SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCLXXVI

MARZIA DE DONNO

CONSENSUALITÀ E INTERESSE PUBBLICO NEL GOVERNO DEL TERRITORIO

BUP Bononia University Press

Bononia University Press
Via Farini 37, 40124 Bologna
tel. (+39) 051 232 882
fax (+39) 051 221 019

www.buponline.com
e-mail: info@buponline.com

© 2015 Bononia University Press
Tutti i diritti riservati

ISSN 2283-916X
ISBN 978-88-6923-031-8

Impaginazione: Sara Celia

Stampa: Editografica

Prima edizione: marzo 2015

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

***

Per la presente monografia la Giunta di Dipartimento ha nominato la seguente Commissione di lettura:

Prof. Antonio Carullo (Alma Mater Studiorum – Università di Bologna)
Prof. Gianluca Gardini (Università di Ferrara)
Prof. Franco Mastragostino (Alma Mater Studiorum – Università di Bologna)

RINGRAZIAMENTI

Questo lavoro è il frutto di un periodo di ricerca svolta, in diverse fasi ed in diversi momenti del mio percorso, in Italia, presso la Scuola di Specializzazione in Studi sull'Amministrazione Pubblica di Bologna, e all'estero, presso l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne e l'Universitat de Barcelona.

Un primo sentito ringraziamento, accompagnato dalla stima e dall'affetto più sinceri, va perciò al Professor Luciano Vandelli, che con la saggezza che sola si addice ad un Maestro, mi ha indirizzato, corretto e guidato («…Non si possono correggere i difetti senza una norma cui fare riferimento…»).

Tutta la mia gratitudine va poi a coloro che con i loro preziosi consigli, la loro generosità e il loro calore hanno voluto arricchire le mie ricerche ed i miei soggiorni stranieri.

Ai Professori Gérard Marcou, Jean-Bernard Auby, Marcel Morabito e Thomas Perroud, per l'avermi aperto quel difficile mondo che è il diritto amministrativo francese; ai Professori Tomás Font i Llovet, Alfredo Galán Galán e Juli Ponce Solé per gli insegnamenti ricevuti e per quella ospitalità mediterranea che non ti fa sentire lontano da casa.

Ai Professori Marco Dugato e Daniele Senzani, che con grande pazienza hanno letto e commentato il lavoro nella sua prima versione. Ai Professori Franco Mastragostino, Antonio Carullo e Gianluca

Gardini, che hanno visto del buono in questo lavoro e reso possibile la pubblicazione in questa Collana.

Alla Professoressa Claudia Tubertini, riserva inesauribile di idee e di conoscenze.

Alla SPISA, fertile luogo di confronto, di studi e di ricerca, ad Angela e ai suoi libri.

A tutti coloro che, con amicizia e amore rari, mi hanno sostenuto, incoraggiato e capito.

I pregi di questo lavoro sono da riferire a loro, le mancanze e i difetti esclusivamente a me.

PREMESSA INTRODUTTIVA

SOMMARIO: 1. Consensualità e tutela dell'interesse pubblico, crisi dello Stato di diritto e dello Stato sociale. Il nuovo volto dell'amministrazione per accordi. – 2. Ambito dell'indagine: il principio di consensualità nel governo del territorio. – 2.1. Gli accordi di pianificazione o accordi "a monte" delle prescrizioni urbanistiche. – 3. Le nuove potenzialità del principio di consensualità: impostazione del tema d'indagine. Gli accordi normativi. – 4. L'attenzione per il diritto amministrativo europeo. Classificazioni per famiglie e metodo dell'analisi comparata.

1. *Consensualità e tutela dell'interesse pubblico, crisi dello Stato di diritto e dello Stato sociale. Il nuovo volto dell'amministrazione per accordi*

Perché accostare in un binomio consensualità e 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.

È possibile conciliare, appianare la tensione, il conflitto, tra l'interesse individuale e l'interesse generale? Non è forse questo lo scopo ultimo della p.a.?

Le risposte che tenteremo di dare a queste domande nel presente lavoro partono dalla necessaria considerazione che l'amministra-

zione moderna appare, oggi più che mai, come un ordinamento che assorbe in sé una rete di rapporti intersoggettivi, caratterizzati da istanze e pretese dialetticamente contrapposte. Il soggetto pubblico è al centro di questo conflitto, 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 alla migliore soddisfazione dell'interesse pubblico concreto, può allora essere funzionale, in taluni casi, a questo ruolo di sintesi della p.a.

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.

Un primo obiettivo di questo lavoro 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.

Riconoscere la negoziabilità delle potestà amministrative ha richiesto infatti di soverchiare assiomi tradizionali e di abbandonare la concezione di una p.a. assoluta e monolitica, autoritaria ed imperativa: l'entrata in vigore della l. n. 241/1990 e, con essa, dell'art. 11, è il frutto di una lunga e lenta evoluzione, da salutare con estremo favore.

Del resto, «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»[1].

All'inizio il diritto pubblico 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.

Ciò corrispondeva alle esigenze dei tempi, contro la vocazione

[1] G. Berti, *Le antinomie del diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, 2, 1996, p. 273.

profonda alla lotta politica ed all'atteggiamento diffuso di sopraffazione tra classi, che resero necessari nuovi strumenti di pacificazione, nei quali la volontà dello Stato assoluto e di polizia si propagava mediante atti *iure imperii*, 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[2], la figura del contratto riemergeva progressivamente, presentandosi come l'arnese migliore per superare il conflitto nascente.

Chiusa, poi, definitivamente la fase storica delle Grandi Guerre, l'avvento della società pluriclasse, l'introduzione del suffragio universale e diretto e l'attuazione del principio democratico mutarono ancora una volta il quadro di riferimento per il diritto pubblico.

La fusione nella Costituzione di elementi propri dello Stato di diritto e tratti del nuovo Stato sociale[3] trasformò il singolo da mero utente dei servizi dell'amministrazione a cittadino, partecipe e corresponsabile del benessere della collettività, pronto a cooperare all'attività amministrativa[4]. E il suo apporto diveniva essenziale per la stessa realizzazione dell'interesse pubblico.

---

[2] Come osservava O. Mayer, «ecco quel che perfeziona l'immagine dello Stato di diritto, la grande idea di un'amministrazione in forme giustiziabili». La citazione è riportata in P. Badura, *Agire amministrativo informale e diritti fondamentali*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 31.

[3] Su cui, cfr. M.S. Giannini, *I pubblici poteri negli Stati pluriclasse*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1979, p. 389 ss.; A. M. Sandulli, *Stato di diritto e Stato sociale*, in *Nord e Sud,* 1963, p. 8 ss., e per ulteriori riferimenti, R. Bin, *Stato di diritto*, in *Enc. dir.*, Annali IV, 2011, pp. 1155-1157.

[4] M.S. Giannini, *I pubblici poteri negli Stati pluriclasse*, cit., p. 403; S. Cassese, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, Il Mulino, 1983, p. 81; G. Berti, *Stato di diritto informale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 1992, p. 3 ss.; F. Bassi, *Autorità e consenso*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 1992, p. 744 ss. Sul nuovo tipo di rapporto tra amministrazione e privato in questo periodo, e più nello specifico, sul ricorso a strumenti negoziali nel campo dell'intervento pubblico nell'economica, cfr. V. Spagnuolo Vigorita, *Problemi giuridici dell'ausilio finanziario pubblico a privati*, ESI, Napoli, 1964; L. Benadusi, *Attività di finanziamento pubblico: aspetti costituzionali e amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, p. 890 ss.; F. Merusi, *Disciplina e organizzazione dei finanziamenti pubblici nelle leggi per il Mezzogiorno*, Milano, Giuffrè, 1968; D. Serrani, *Lo Stato finanziatore*, Franco Angeli, Milano, 1971; G. Pericu, *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, Mila-

Per cogliere allora l'esistenza di nuovi moduli consensuali nell'azione amministrativa, occorreva parlare anche dei caratteri propri del potere pubblico.

In un'epoca di profonde trasformazioni sociali, non era più pensabile di «ritirare [l'amministrazione] in una sorta di esilio monacale, per custodire gelosamente le icone del potere imperativo e dell'atto unilaterale»[5].

Proprio dalla trasformazione in senso democratico dell'amministrazione dipendeva, in fondo, la trasformazione dello stesso Stato in senso egualmente democratico. Il macroparadigma statuale era ancora il frutto di una combinazione di elementi del nuovo Stato di diritto e di tratti del vecchio Stato di polizia.

Il problema di fondo era, dunque, un altro. Era quello della perdurante contrapposizione tra Stato e individuo, che si rifletteva nella gerarchizzazione del rapporto tra pubblica amministrazione e privato; mentre il vero principio di democraticità si esplica in quella «compenetrazione del cittadino nello Stato», che gli permette di trovare posto «con pari dignità e pari valori» nella «collaborazione e compartecipazione ai destini comuni»[6].

Ecco, allora, che la questione della negoziabilità del potere pubblico si innestava più propriamente in quel processo di cambiamento che vede progredire la p.a. dal suo agire autoritativo classico verso pratiche di collaborazione, di concertazione e di consultazione con i cittadini. E quasi si rovescia la prospettiva: non è più la deducibilità del potere in un'obbligazione ad essere posta in discussione, ma lo stesso potere, *rectius*, l'esercizio che del potere era stato fatto fino a quel momento, a raccogliere le maggiori critiche.

Ma il processo di trasformazione del diritto pubblico non si è arrestato e con esso neppure il rapporto tra pubblica amministrazione e privato.

Oggi, a più di vent'anni dall'entrata in vigore della Legge sul

---

no, Giuffrè, 1967-1971; G. Sanviti, *Gli accordi tra lo Stato e le imprese nel quadro della contrattazione programmata*, Milano, Giuffrè, 1974.

[5] G. Berti, *Il principio contrattuale nell'azione amministrativa*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1988, p. 49 ss.

[6] F. Benvenuti, *Il ruolo dell'amministrazione nello Stato democratico contemporaneo*, in *Jus*, 1987, p. 277 ss.

procedimento amministrativo, e dinanzi agli effetti di una nuova crisi che coinvolge tutti i gangli dello Stato di diritto e dello Stato sociale, anche l'agire per accordi si trova, ancora una volta, al centro di nuovi mutamenti.

Da attuazione ed espressione dello Stato di diritto e dello Stato sociale gli accordi amministrativi sono divenuti, infatti, anche uno strumento che risente ed in un certo qual modo tenta di rispondere alla loro stessa crisi.

Da espressione del principio di partecipazione, da istituto necessario per una lettura "costituzionale" dei rapporti tra Stato e cittadino, ricollocato finalmente su un piano di uguaglianza e di pari dignità giuridica, gli accordi amministrativi appaiono sempre più uno strumento a servizio della logica efficientista dell'amministrazione di risultato[7], un mezzo necessario per sopperire alle esigenze economiche imposte da una nuova crisi[8].

Non è più soltanto la necessità di legittimare l'esercizio del potere pubblico, né l'esigenza di rendere più accettate le determinazioni autoritative dell'amministrazione che spingono alla ricerca del consenso e dell'accordo con il privato.

---

[7] L'impiego di strumenti di tipo negoziale produrrebbe, in questo senso, anche soluzioni efficienti ed ottimali, proprio perché contribuisce a definire soluzioni vantaggiose e ad aumentare il benessere di entrambi i contraenti, nell'ambito di una valutazione costi-benefici compiuta a monte dall'amministrazione. Cfr., per tutti, G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2014, p. 187 ss.

[8] Sugli effetti prodotti dalla crisi e sulle trasformazioni in atto nel diritto amministrativo, G. Napolitano, *Crisi economica e ruolo del diritto amministrativo,* in J.L. Piñar Mañas, *Crisis economica y crisis del Estado de Bienestar. El papel del derecho administrativo*, *Actas del XIX Congreso italo español de Profesores de Derecho administrativo*, Madrid, Reus, 2013, p. 41 ss.; Id., *Breve e lungo periodo nel diritto amministrativo*, in *Gior. dir. amm.*, 1, 2015, p. 7 ss.; Id. (a cura di), *Uscire dalla crisi: politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, Il Mulino, 2012; M. P. Chiti, *La crisi del debito sovrano e le sue influenze per la "governance" europea, i rapporti tra Stati membri, le Pubbliche Amministrazioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1, 2013, p. 1 ss.; F. Merusi, *La crisi e il diritto amministrativo*, in *Dir. ec.*, 3, 2012, p. 483 ss.; Id., *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino, Giappichelli, 2013; G. Falcon, *La crisi e l'ordinamento costituzionale*, in *Le Regioni*, 1-2, 2012, p. 9 ss.; L. Vandelli, *Sovranità e federalismo interno: l'autonomia territoriale all'epoca della crisi*, in *Le Regioni*, 5-6, 2012, p. 845 ss.; A. Carullo, *Diritto al benessere e crisi delle autonomie locali*, in www.giustamm.it; A. Morrone, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *Quad. cost.*, 1, 2014, p. 79 ss.

È l'affannosa ricerca di capitali privati, in un generale contesto di scarsità di risorse pubbliche, rese sempre meno disponibili dalla crisi del debito sovrano, che induce le amministrazioni, soprattutto locali, a rendere disponibili per il singolo anche i momenti più intimi della decisione pubblica.

E l'accordo da strumento per spiegare un'amministrazione paritaria e partecipata, è diventato strumento che si lega anche ad episodi corruttivi e di *maladministration*, che richiamano sempre più l'attenzione del giudice penale.

E se pure sono innegabili i potenziali vantaggi che la sinergia pubblico-privata sempre produce, quando si colloca la cura degli interessi della collettività in una dimensione che non può più prescindere dagli apporti del privato, le esigenze vanno inevitabilmente nel senso di una protezione rafforzata dell'interesse pubblico, di cui resta depositaria l'amministrazione.

La risposta, allora, non è certamente quella di un rifiuto della consensualità amministrativa e di un ritorno netto all'autorità e all'unilateralità. Gli accordi restano una forma alta di partecipazione del privato all'azione amministrativa, un'apertura democratica del soggetto pubblico alla società, un modello di composizione di una pluralità di interessi in conflitto, in vista della soddisfazione dell'interesse pubblico.

Se, perciò, la vocazione egoistica ed individuale, sottesa al rapporto bilaterale, non è eliminabile, nondimeno si fanno ancora più evidenti, allo stato attuale, le necessità di circondare questo istituto di nuove cautele, ispirate a finalità di partecipazione, maggiore pubblicità e trasparenza e, non ultimo, di controllo democratico, soprattutto laddove il potere consensualmente conformato è tale da incidere su una pluralità di interessi pubblici e privati (si pensi al governo del territorio).

Nessuna *mistica del consenso*, dunque. Ed infatti, anche se l'accordo amministrativo ha la capacità di spostare la pubblica amministrazione verso più consapevoli posizioni democratiche, è in nostra convinzione che, quale che sia la modalità di esercizio del potere, questo richieda pur sempre i saldi sostegni che offrono le regole dell'azione amministrativa.

D'altro canto, lo stesso interlocutore privato è certamente diverso da quello con cui si apprestavano a dialogare i poteri pubblici a

partire dagli anni Settanta e Ottanta del secolo scorso. Depauperato anch'egli nelle proprie capacità economiche, il singolo è sempre più insofferente a riprodurre, per un irrinunciabile istinto di conservazione, atteggiamenti cooperativi con soggetti pubblici, che si dimostrano mutevoli, instabili e discontinui.

Ciò nondimeno, la tendenza a ricercare il dialogo con il privato viene posta ora anche come un imperativo a tutte le amministrazioni. Ed è un imperativo che proviene non più, o comunque non solo, dalle logiche della democrazia partecipativa, ma soprattutto dalle impellenze dettate dalla nuova crisi, spesso trasformate in precise direttive da parte di entità sovranazionali e della stessa Unione Europea[9].

L'attrazione dei capitali privati diviene allora il faro che deve illuminare il cammino delle amministrazioni, in Italia così come negli altri Stati europei. E gli strumenti impiegati nell'azione pubblica divengono ovunque, non a caso, sempre meno autoritativi e sempre più negoziali.

Così proprio nel 2008, il *Conseil d'Etat* nel suo Rapporto annuale, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*[10], osservava come la pervasiva diffusione dello strumento negoziale, in Francia ma anche presso tutti gli altri partner europei, era il frutto di una crisi del metodo unilaterale che aveva caratterizzato sino a tempi recenti l'azione pubblica. Qualche anno prima, la stessa Commissione Europea nel Libro bianco sulla *governance* del 2001 sollecitava l'Unione ad un cambiamento di metodo nella propria azione, aprendo o rafforzando forme di accordi, vincolanti o volontari, con le organizzazioni della società civile[11].

Tuttavia, un'ambientazione integralmente pubblicistica ed una lettura costituzionalmente orientata del principio di consensualità inducono a ritenere che, secondo un processo osmotico, se il pubbli-

---

[9] Commissione europea, Mobilitare gli investimenti pubblici e privati per la ripresa e i cambiamenti strutturali di lungo periodo: sviluppare i partenariati pubblico-privato, COM (2009) 615, 19 novembre 2009.

[10] *Conseil d'Etat. Rapport public 2008: jurisprudence et avis de 2007. Le contrat, mode d'action publique et de production de normes.*

[11] La Governance europea – Un libro bianco. COM (2001) 428, G.U.C.E. n. 287 del 12 ottobre 2001.

co 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 propria manifestazione di volontà, così come l'amministrazione che è la sola competente a valutarlo, lo ha determinato»[12].

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, ma per perseguire l'interesse pubblico cui il potere resta finalizzato. Inoltre, 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 lo spazio che può riconoscersi ancora oggi agli accordi amministrativi: conseguire la prestazione del privato per la migliore cura dell'interesse pubblico, secondo le modalità consensualmente definite nell'accordo.

Chi si appresta ad osservare e ad analizzare il nuovo volto dell'amministrazione per accordi, com'è in nostra intenzione fare con questo lavoro, non può perciò cadere nell'errore di ritenere che mentre l'autorità e l'unilateralità rappresentino il passato, il consenso sia l'unico futuro possibile per la pubblica amministrazione. L'amministrazione quando si accorda opera pur sempre in veste di autorità, come del resto chiarito dalla stessa Corte Costituzionale con la nota sentenza n. 204/2004, e i privati restano, in questo senso, in un rapporto di sottordinazione.

L'autorità è qui necessaria proprio a tutela dell'interesse pubblico e a salvaguardia dei diritti terzi: la dimensione sempre generale dell'esercizio autoritativo del potere, ancorché consensualmente conformato, risponde, in questo modo, ad un preciso ideale di giustizia.

---

[12] P. Bodda, *Ente pubblico, soggetto privato e atto contrattuale*, Pavia, 1937, p. 95.

2. *Ambito dell'indagine: il principio di consensualità nel governo del territorio*

Si dice che l'urbanistica sia il settore del diritto amministrativo dove maggiormente l'azione pubblica entra in contatto con le posizioni soggettive dei privati, spesso sacrificandole al superiore interesse pubblico[13]. Essa è perciò caratterizzata da un tanto fisiologico quanto costante conflitto tra una pluralità di interessi[14], avendo come suo terminale necessario il territorio, sul quale convergono normalmente la gran parte delle attività umane[15].

Alla pianificazione urbanistica spetta 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 costituzionale[16].

---

[13] 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*, Quaderni della Spisa, Rimini, Maggioli, 2001, p. 55 ss.

[14] Sulla dinamica degli interessi coinvolti nel governo del territorio, E. Follieri, *Contributo allo studio della dinamica della pianificazione urbanistica*, Chieti, M. Solfanelli, 1986; E. Cardi, *La ponderazione di interessi nei procedimenti di pianificazione urbanistica,* in *Foro amm.,* 1989, p. 864 ss.; G. Corso, *Procedimenti di programmazione e comparazione di interessi*, in Aa.Vv., *La ponderazione degli interessi nell'esercizio dei controlli,* Atti del XXXIV Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 22-24 settembre 1988, Milano, Giuffrè, 1991, p. 207 ss.; N. Assini, *La gerarchia degli interessi nei procedimenti di pianificazione urbanistica*, in Aa.Vv., *Gerarchia e coordinamento degli interessi pubblici 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, Giuffrè, 1994, p. 93 ss.; B. Mercurio, *Interesse pubblico nella funzione di pianificazione*, in A. Contieri, F. Francario, M. Immordino, A. Zito (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, ESI, 2010, p. 609 ss.; L. Casini, *L'equilibrio degli interessi nel governo del territorio*, Milano, Giuffrè, 2005; F. Parente, *I moduli consensuali di pianificazione del territorio e la tutela degli interessi differenziati*, Napoli, ESI, 2006; F. Pelizzer, *Le opere di urbanizzazione tra concorrenza e organizzazione del territorio*, in Atti del XIII Convegno annuale AIDU - Trento, 8-9 ottobre 2010, in www.giustamm.it.

[15] F. Salvia, F. Teresi, *Diritto urbanistico*, Padova, CEDAM, 2002, p. 46.

[16] P. Urbani, S. Civitarese, *Diritto Urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 41. Cfr. altresì F. Salvia, *Sulla nozione di urbanisti-*

Non è un caso del resto che proprio in questo settore sia stata messa in discussione la classica definizione di attività di «ponderazione comparativa di più interessi secondari in ordine ad un interesse primario»[17].

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 condizione di parità di partenza poiché di tutto o in ogni caso della maggior parte di essi l'amministrazione è affidataria»[18].

Tutto ciò rende l'urbanistica un *unicum* irripetibile, «molto più che un semplice settore del diritto amministrativo»[19].

Essa allora deve essere colta nella sua dimensione teleologica, e in una prospettiva non relativistica ma generalizzata e generalizzante[20], 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»[21].

Questa sovrabbondante confluenza di interessi pubblici e privati, ma anche diffusi e collettivi, comporta, d'altra parte, anche un sovraccarico sull'unico centro decisore.

---

ca e su alcuni suoi corollari, in *Nuove Autonomie*, 3, 2012, p. 426 ss. 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 contemperata 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.

[17] M.S. Giannini, *Diritto Amministrativo,* III ed., Milano, Giuffrè, 1993, p. 49.

[18] S. Cognetti, *La tutela delle situazioni soggettive tra procedimento e processo. Le esperienze di pianificazione urbanistica in Italia e in Germania*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1987, p. 64 ss.

[19] P. Stella Richter, *Profili funzionali dell'urbanistica*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 43 ss.

[20] F. Salvia, *Sulla nozione di urbanistica e su alcuni suoi corollari*, cit., p. 426.

[21] *Ivi*, p. 247.

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, come noto, una pluralità di soluzioni per far fronte a queste esigenze.

Mantenendo al centro della nostra analisi il rapporto tra pubblico e privato, oggetto della trattazione saranno perciò anche quelle forme di partecipazione *uti singuli*, che si svolgono anche nel governo del territorio sulla base di negoziazioni e di accordi tra pubblica amministrazione e privati.

2.1. Gli accordi di pianificazione o accordi "a monte" delle prescrizioni urbanistiche

Proprio l'ammettere il ricorso alla consensualità in questo settore dell'ordinamento ha rappresentato, nel tempo, il segnale maggiore del cambiamento dello statuto della pubblica amministrazione, che in tal modo procedeva sicura verso una democraticizzazione del rapporto con i propri amministrati[22].

Ma il fattore che ha spinto sempre più le amministrazioni comunali a ricercare moduli consensuali, alternativi agli strumenti di piano tradizionali, è stata innegabilmente anche la carenza di risorse finanziarie.

Appesantiti dagli effetti della crisi economica, i comuni rimpinguano le proprie casse come possono, usando anche il territorio, il regime dei suoli e della loro trasformabilità, come oggetto di scambio tra interessi pubblici e privati.

E proprio la necessità dell'ente locale di soddisfare i bisogni e le

[22] Sulle cause che hanno determinato la diffusione degli strumenti consensuali nell'urbanistica italiana, F. Pugliese, *Risorse finanziarie, contestualità ed accordi nella pianificazione urbanistica*, p. 69 ss. e P. Stella Richter, *Necessità e possibilità della pianificazione urbanistica*, p. 83 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, 1999. Sia inoltre qui consentito rinviare a M. De Donno, *Il principio di consensualità nel governo del territorio: le convenzioni urbanistiche*, in *RGE*, 5, 2010, p. 279 ss.

esigenze dei cittadini, cui fa da contraltare la scarsità di risorse disponibili, fa sì che, oggi, molti dei contenuti dei PRG siano il preciso risultato di una trattativa condotta dal Comune con gli operatori del settore.

Proprio allora la crisi dello Stato sociale muta ancora una volta il volto degli accordi amministrativi applicati al governo del territorio, e li adegua alle esigenze dettate dalla nuova crisi. È proprio in questo settore, del resto, che il processo di trasformazione in atto ha prodotto i maggiori effetti, determinando la creazione di un nuovo tipo di accordo, che non si spiega né si riduce all'ambito delle note convenzioni urbanistiche.

Nella dottrina più recente è invalsa, così, la tendenza a distinguere tra due categorie di accordi urbanistici. Pur appartenendo entrambe al fenomeno della «pianificazione per accordi»[23] e dell'urbanistica consensuale, queste fattispecie sono divise da un radicale tratto di specialità. Non solo esse hanno contenuti ed effetti diversi, ma attengono anche a momenti e livelli differenti della pianificazione urbanistica.

La distinzione è stata efficacemente resa con la denominazione rispettivamente di accordi "a valle" e di accordi "a monte" delle prescrizioni urbanistiche[24].

Se nei primi si identifica un coacervo non sempre omogeneo di moduli operativi negoziali, previsti in svariate norme di legge, il cui prototipo è rappresentato dalla convenzione di lottizzazione, i secondi si rinvengono, invece, in quegli accordi conclusi dagli enti locali con i soggetti privati, per assumere negli strumenti urbanistici «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»[25].

Negli accordi "a monte" si intravede così una sorta di doppia natura giuridica, a un tempo contrattuale e regolamentare. La prima protesa alla disciplina del rapporto tra amministrazione e privato; la seconda destinata ad implementare le stesse previsioni normative del piano urbanistico. Gli accordi di pianificazione, pertanto, si connotano per finalità di tipo "ultraprocedimentale", proprio perché

---

[23] L'espressione è utilizzata da P. Urbani in *Pianificare per accordi*, in *RGE*, 4, 2005, p. 177 ss.

[24] *Ivi*, p. 178.

[25] Così li definisce l'art. 18 della l.r. Emilia-Romagna, n. 20/2000.

non sono destinati ad esaurirsi nel singolo procedimento istituito per governare il rapporto di due soggetti, ma svolgono una funzione di composizione di un assetto regolativo di più interessi.

In tal modo l'accordo finisce per avere un'incidenza diretta anche sulle posizioni soggettive dei terzi, destinatari di una disciplina urbanistica consensualmente definita tra due parti.

Proprio, perciò, la motivazione fondamentalmente economica che spinge oggi ad impiegare quest'ultimo tipo di accordi, nonché la loro incidenza sulla pianificazione generale, che resta pur sempre un luogo di definizione di scelte politiche in ordine all'uso del territorio, connotate dal massimo grado di generalità e volte alla tutela del bene collettivo, rendono gli accordi "a monte" una fattispecie tanto interessante, quanto pericolosa e problematica.

Se infatti questi moduli consensuali possono anche essere intesi come una nuova manifestazione del principio di partecipazione dei cittadini all'attività amministrativa, non può al tempo stesso negarsi come essi nascondano «un orizzonte ricco di insidie»[26].

Sono evidenti 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 dell'amministrazione.

D'altra parte, non sono queste anche ragioni sufficienti per negarne ogni possibilità di giuridica esistenza. Al contrario, la loro ampia diffusione nella prassi dovrebbe imporre anche all'ordinamento italiano la scelta di una loro definitiva riconduzione entro stretti parametri normativi.

Ed invero, gli accordi "a monte", a causa di un atteggiamento conservatore e poco illuminato del legislatore, si legano, attualmente, anche ad un fenomeno di regressione del principio di legalità[27].

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 am-

---

[26] M. Magri, *Gli accordi con i privati nella formazione dei piani urbanistici strutturali*, in *RGU*, 4, 2004, p. 545.

[27] Cfr. sul punto P. Urbani, *Pianificare per accordi*, cit., p. 178; A. Travi, *Accordi fra i proprietari e comune per modifiche al piano regolatore ed oneri esorbitanti*, in *Foro It.*, V, 12, 2002, p. 274 ss.

ministrativo, 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 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 gioco[28].

In verità, proprio la necessità di fornire una disciplina anche per gli accordi di pianificazione inizia in tempi recenti ad essere avvertita a livello statale. Tuttavia, in quest'ambito, non è ancora dato registrare significativi passi in avanti[29].

---

[28] P. Urbani, *Urbanistica consensuale, "pregiudizio" del giudice penale e trasparenza dell'azione amministrativa*, in *RGE*, 2, 2009, p. 47 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*, in www.pausania.it.; Id., *L'urbanistica*, in F. Merloni, L. Vandelli (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, Passigli Editore, 2010, p. 423 ss. 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 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 po' 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».

[29] Basti pensare, dopo il naufragato progetto di legge Mantini, n. 1794/2008, in materia di *Principi fondamentali del governo del territori*o, 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 che ne seguì. Con specifico riferimento agli accordi "a monte", la Commissione redattrice proponeva «l'adozione di un duplice intervento per meglio disciplinare gli accordi urbanistici: da un lato, una disciplina degli accordi urbanistici in generale, che mantenga agli accordi la loro natura pubblicistica, ai sensi dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990, ma ne precisi caratteri e contenuti quando lo strumento è applicato alla definizione e all'attuazione di scelte urbanistiche; dall'altro, l'introduzione, in deroga all'art. 13 della legge n. 241/1990, della necessaria adozione di procedure di partecipazione al procedimento di approvazione di determinate scelte urbanistiche». Va poi 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 nel maggio 2014 dalla commissione interministeriale insediata presso il Ministero delle Infrastrutture, che all'art. 1 annovera tra i principi fondamentali del governo del territorio anche il principio di consensualità e al successivo art. 15 det-

Differente è la tendenza a livello regionale. 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, infatti, una disciplina normativa anche per gli accordi "a monte"[30].

Nonostante il silenzio del legislatore statale, è comunque doveroso registrare che nel nostro ordinamento si sia compiuta una trasformazione radicale del modello di azione amministrativa. La diffusa tendenza a ricercare un punto di convergenza tra interessi pubblici e interessi privati coinvolti nella pianificazione territoriale giunge 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.

La stessa analisi comparata dimostrerà, del resto, come questo processo evolutivo si sia verificato o è in procinto di realizzarsi anche in altri ordinamenti.

Gli accordi di pianificazione in Italia, così com'è stato per i *Planungsvereinbarungen* in Germania e per i *convenios urbanísticos de planeamiento* in Spagna, rappresentano perciò la nuova sfida del principio di consensualità calato nel nuovo millennio, su cui anche il legislatore italiano deve misurarsi.

---

ta disciplina in materia di «accordi tra amministrazioni e privati in ambito urbanistico e giurisdizione».

[30] Sono soltanto due le Regioni che hanno legiferato sugli accordi di pianificazione. Si tratta dell'Emilia-Romagna, con l'art. 18 della l.r. 24 marzo 2000, n. 20, come modificato dalla l.r. 6 luglio 2009, n. 6 e del Veneto, con l'art. 6 della l.r. 23 aprile 2004, n. 11. Per un'analisi della disciplina cfr. G. Pagliari, *Gli accordi urbanistici tra p.a. e privati*, in *RGU*, 4, 2008, p. 455 ss.; F. Gualandi, *Gli accordi nell'urbanistica negoziale con particolare riferimento all'art. 18 della Legge regionale dell'Emilia Romagna n. 20/2000*, in www.lexitalia.it.; M. Magri, *Gli accordi con i privati nella formazione dei piani urbanistici strutturali*, cit., p. 539 ss.; S. Moro, *Gli accordi "a monte" delle prescrizioni urbanistiche: spunti di riflessione*, in *RGE*, 3-4, 2010, p. 453 ss.; G. Sciullo, *Accordi e conferenze di servizi nella legge sul governo del territorio dell'Emilia Romagna*, in www.lexitalia.it.; 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 ss.; M. Breganze, *La nuova pianificazione urbanistico-territoriale in Veneto e gli accordi con i privati*, in *RGU*, 1-2, 2005, p. 210 ss.; V. Domenichelli, *Gli elementi caratterizzanti della Legge Regionale del Veneto 23 aprile 2004, n. 11*, in *Nuova rass.*, 5, 2006, p. 499 ss. Sia, inoltre, consentito rinviare anche per questi aspetti a M. De Donno, *Il principio di consensualità nel governo del territorio: le convenzioni urbanistiche*, cit., p. 309 ss.

3. *Le nuove potenzialità del principio di consensualità: impostazione del tema d'indagine. Gli accordi normativi*

La necessaria presa d'atto delle trasformazioni che più di recente hanno caratterizzato l'amministrazione per accordi spinge a chiedersi se il principio di consensualità abbia esaurito le sue potenzialità applicative o se, al contrario, non si siano dischiusi nuovi spazi di riflessione.

Del resto, le stesse problematicità inevitabilmente connesse alla negoziazione pubblico-privata, e, soprattutto, a questa nuova fattispecie consensuale, inducono anche a domandarsi se gli accordi di pianificazione possano spiegarsi come tutte le altre forme di accordo che il nostro ordinamento ha conosciuto sino ad ora, oppure se essi non dispongano di un *quid pluris* che li diversificherebbe da tutti gli altri casi.

Così, l'esigenza di inquadrare questi accordi, che, in effetti, differenziandosi rispetto a tutte le altre fattispecie, si pongono al livello più alto del principio di consensualità, ci spinge a tratteggiare un nuovo possibile modello per spiegare e rendere giustificabile forme di negoziazione aventi ad oggetto le prescrizioni urbanistiche.

In questo lavoro, ci proponiamo pertanto di ragionare anche sulla categoria dei c.d. accordi normativi tra pubblica amministrazione e privato, il cui schema potrebbe forse meglio spiegare le ipotesi di codeterminazione negoziata dei contenuti dei piani urbanistici e, in prospettiva più ampia, le forme di negoziazione pubblico-privata del contenuto degli atti normativi e degli atti amministrativi generali.

L'impressione, del resto, è che mentre nel nostro ordinamento sia stato ampiamente indagato in dottrina il tema degli accordi normativi tra soggetti di diritto pubblico[31], manchi, per converso,

[31] Si fa qui riferimento alle ipotesi su cui si è interrogata la dottrina italiana, di accordi conclusi tra Regioni o tra Stato e Regioni in grado di produrre disposizioni normative con efficacia *ega omnes.* Cfr., fra i primi ad aver introdotto il tema, G. Sanviti, *Convenzioni e intese nel diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1978; G. D'Orazio, *Gli accordi prelegislativi tra le Regioni (uno strumento di cooperazione interregionale)*, in *Giur. cost.*, 1977, p. 956 ss.; S. Bartole, *Supremazia e collaborazione nei rapporti tra Stato e Regioni,* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, p. 84 ss.; E. de Marco, *La negoziazione legislativa*, CEDAM, Padova, 1984. Più di recente la questione ha ripreso, come noto, vigore dopo la riforma del Titolo V della Costituzione e l'introduzione di una vocazione consensuale del c.d. principio di sussidiarietà

una compiuta attenzione per questa stessa figura, quando parti siano un'amministrazione ed un privato.

D'altronde, l'abbandono di questa fattispecie andrebbe significativamente individuato nella sua stessa eliminazione dalla trama definitiva della l. n. 241/1990, ancorché essa fosse stata inizialmente prevista nello schema del disegno di legge redatto dalla Commissione Nigro[32].

Certamente il mancato recepimento potrebbe essere spiegato con argomenti di segno negativo, tesi a contestare la stessa possibilità giuridica di accordi normativi, se conclusi tra soggetti di natura giuridica diversa. Ma, forse, potrebbe anche essere letto come il semplice rifiuto di un legislatore non ancora pronto ad ammettere e ad accogliere forme di negoziazione tra pubblica amministrazione e privato aventi ad oggetto il potere normativo.

Posta in ogni caso la *voluntas legis*, l'obiettivo sarà quello di verificare se questo tipo di accordi, nonostante la mancata previsione, possa essere legittimamente ammesso nel nostro ordinamento, anche, ma non solo, ai fini di un diverso inquadramento della fattispecie degli accordi "a monte"[33].

Al fine di validare quest'ipotesi, occorrerà chiedersi se il principio di consensualità possa essere inteso alla stregua di un principio generale del diritto amministrativo. Occorrerà chiedersi, cioè, se il

---

legislativa. Per questi aspetti si rinvia a quanto si dirà nel Cap. II delle conclusioni. Basti qui citare, per ora, F. BENELLI, C. MAINARDIS, *La negoziazione delle competenze fra Stato e Regioni e il suo seguito giurisprudenziale*, in A. BARBERA, T. F. GIUPPONI, *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna, BUP, 2008, p. 469 ss.

[32] Sull'*iter* formativo della l. n. 241/1990, 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, 1990, ed in particolare il saggio di G. PASTORI, *L'amministrazione per accordi nella recente progettazione legislativa*, p. 77 ss.; M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'Amministrazione,* in *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 5 ss., ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, Giuffrè, 1996, in particolare, p. 2044 ss.; ID., *L'accordo nell'azione amministrativa*, in *Quaderni del Formez*, Roma, 1988, p. 86 ss., ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, Giuffrè, 1996, in particolare, p. 1932 ss.

[33] Del resto questa doppia natura giuridica, a un tempo contrattuale e regolamentare, può essere intravista anche in altri negozi conclusi dall'amministrazione con i privati. Si pensi, per tutti, al contratto di servizio pubblico, nel quale, da un lato, è predeterminata la disciplina del rapporto sussistente tra le parti e, dall'altro, sono definite le condizioni e le modalità di erogazione del servizio pubblico a favore degli utenti.

principio di consensualità, richiamato attualmente dall'art. 11 della l. n. 241/1990, esaurisca la sua funzione nell'ambito dell'attività provvedimentale dell'amministrazione o se, al contrario, esso non debba ritenersi più ampio e tale da informare ogni occasione di esercizio del potere pubblico, incluso quello normativo.

Ed invero il ricorso a moduli consensuali è già ammesso in un significativo numero di settori dell'ordinamento, anche diversi da quelli strettamente appartenenti al diritto amministrativo, come nel caso degli accordi tributari e del patteggiamento nel diritto penale. Pertanto la possibilità di forme di accordo in funzione di determinazione del contenuto degli atti normativi e degli atti amministrativi generali non dovrebbe essere esclusa, almeno *a priori*.

Basti pensare, del resto, che forme di negoziazione vanno affermandosi in via di prassi anche nei procedimenti regolatori delle Autorità indipendenti, ancorché prontamente arginate dalla giurisprudenza amministrativa[34].

Con riferimento, poi, agli accordi transattivi e alle ADR che spesso ricorrono nei settori d'intervento di queste Autorità, una parte della dottrina pubblicistica afferma che degli accordi tra p.a. e privati si possa in fondo parlare anche come di «modi possibili di applicare diversamente le norme rispetto a quanto ritenuto dalla pubblica amministrazione in prima battuta»[35].

In tal senso, allora, l'esercizio del potere pubblico, sia rivolto alla definizione di casi concreti e puntuali, sia finalizzato alla predisposizione di una disciplina generale, può essere conformato e plasmato attraverso una composizione di più interessi potenzialmente in conflitto, verso la migliore definizione dell'interesse pubblico concreto, cui inevitabilmente tende l'azione amministrativa.

Ciò detto, non può certamente passare inosservato come l'art. 13 della l. n. 241/1990 vieti il ricorso agli accordi nell'«attività dell'amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, ammi-

---

[34] S. Cassese, *Negoziazione e trasparenza dei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in Aa.Vv., *Il procedimento davanti alle Autorità Indipendenti*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 37 ss. e in giurisprudenza vd. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 1 dicembre 2004, n. 6091.

[35] M. Ramajoli, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Dir. amm.*, 1-2, 2014, p. 18.

nistrativi generali, di pianificazione e di programmazione». Ed analogo divieto riproduce anche a proposito dei procedimenti tributari.

Del resto, proprio dell'interpretazione letterale di questa norma si è servita una parte della dottrina contraria agli accordi "a monte" per affermare, da un lato, l'impossibilità giuridica degli stessi e, dall'altro, e più nello specifico, per sostenere l'illegittimità costituzionale delle leggi regionali che li disciplinano.

La norma osterebbe alla configurabilità di un principio fondamentale nella materia del governo del territorio, dal quale sia desumibile che *anche* il contenuto degli strumenti urbanistici generali possa essere definito attraverso un'intesa negoziale tra amministrazione e privati[36].

Nondimeno, questo atteggiamento di chiusura, condiviso anche dalla giurisprudenza prevalente, solleva più di una critica. Come da più parti sostenuto, l'art. 13 non istituirebbe infatti alcun divieto di estendere le forme di partecipazione previste dagli art. 7 e ss. della l. n. 241/1990 anche ai 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, debbano sempre essere ammessi livelli così elevati di partecipazione, rimettendosi la valutazione finale alla specifica disciplina di settore[37].

D'altra parte, la stessa necessità di supplire ad una carenza di legittimazione democratica nell'azione delle Autorità indipendenti attraverso una di tipo procedimentale ha fatto sì che la dottrina e la giurisprudenza, unanimi, abbiano già escluso l'applicazione dell'art. 13 proprio nei procedimenti regolatori di queste Autorità. In tal modo, forme di partecipazione degli interessati, sul modello del *notice and comment* americano, tendono a dispiegarsi normalmente in tali procedimenti, grazie anche alle stesse spinte provenienti dalla disciplina comunitaria[38].

---

[36] Così, G. Pagliari, *Gli accordi urbanistici tra p.a. e privati*, cit., p. 476 ss.

[37] A. Travi, *Accordi fra i proprietari e comune per modifiche al piano regolatore ed oneri esorbitanti*, cit., p. 277.

[38] Cfr. in giurisprudenza, da ultimo, Cons. St., Sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2521; TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 3 gennaio 2011, n. 1. Sulla partecipazione degli interessati ai procedimenti regolatori delle Autorità amministrative indipendenti, si vedano, in dottrina, senza pretesa di completezza, E. Chiti, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2004, p. 679 ss.; M. Clarich, *Au-*

Ci sembra, del resto, che l'ostacolo posto dalla lettera dell'art. 13 anche alla configurabilità di forme di partecipazione *uti singuli* e di matrice consensuale nell'attività normativa della p.a. possa essere superato proprio ritenendo il principio di consensualità un principio generale del diritto amministrativo.

In presenza di un principio di tale portata, l'art. 13 non potrebbe allora essere concepito come un impedimento all'ammissibilità di accordi pubblico-privati anche negli ambiti dell'azione amministrativa contemplati dalla norma. Essa, perciò, al più può operare come semplice clausola di rinvio a favore della legge speciale, cui pure non manca di fare riferimento.

In tal senso, allora, l'art. 13 dovrebbe essere inteso non come un divieto di applicazione degli accordi anche nell'attività volta all'emanazione di atti normativi e generali, di pianificazione e programmazione, ma come un'esplicitazione del criterio ermeneutico che regola i rapporti tra legge generale e legge speciale, volto ad evitare semplicemente duplicazioni nella disciplina delle garanzie partecipative dei privati nei diversi procedimenti dell'amministrazione.

In tanto, dunque, potranno ammettersi forme di negoziazione anche nei procedimenti in questione, in quanto esse siano espressamente previste da una disposizione di legge.

Al tempo stesso, però, ciò non significa che in assenza di una norma, generale o speciale, che li disciplini espressamente, gli accordi normativi non siano giuridicamente possibili nel nostro ordinamento. Se è vero che il principio di consensualità è principio generale del diritto amministrativo, come intendiamo dimostrare in questo scritto, va da sé che esso possa informare ogni manifestazione del potere, ivi incluso quello normativo.

Diversa sarà, al più, la questione dell'efficacia giuridica che, in assenza di specifica previsione, si intenda o si debba riconoscere a

---

torità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello, Bologna, Il Mulino, 2005, p. 149 ss.; N. Longobardi, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 281 ss.; L. Torchia, *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 137 ss.; M. Ramajoli, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in E. Bruti Liberati, F. Donati, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 189 ss.; V. Cerulli Irelli, *I poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, in M. D'Alberti, A. Pajno, *Arbitri dei mercati*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 75 ss.

tali fattispecie. L'atipicità delle forme di partecipazione dei privati non vale di per sé ad escluderne l'esistenza, semmai induce a discutere della loro vincolatività.

Su tutti questi profili ci prefiggiamo pertanto di svolgere più ampie considerazioni nella parte finale di questo lavoro.

Se, del resto, una tesi di questo tipo ha qualche fondamento, un suo rafforzamento potrebbe giungere dalla stessa analisi comparata, che, come autorevolmente sostenuto, «dimostra la relatività dei sistemi giuridici e decostruisce il mito delle risposte esatte»[39].

Negli Stati Uniti esiste già dal 1990 una disciplina su forme di negoziazione pubblico-privato nella formazione dei regolamenti amministrativi. Con il *Negotiated Rulemaking Act* è stato infatti già istituzionalizzato un procedimento negoziale quale modalità alternativa di produzione normativa da parte delle *agencies* americane[40].

Lo studio delle modalità con cui il principio di consensualità si afferma, se si afferma, anche nei Paesi dell'Unione Europea, nonché la verifica dell'esistenza anche in questi ordinamenti di quei particolari moduli consensuali che noi qui chiamiamo accordi normativi, potrebbe in effetti suffragare l'idea di una *vis espansiva* della consensualità amministrativa anche "di ritorno" nel nostro ordinamento.

L'impressione, del resto, è che l'art. 13 non possa sopravvivere nella sua attuale formulazione, svelando, nonostante l'interpretazione che della norma si è voluto fornire, un pregiudizio ed una ritrosia del legislatore nazionale verso forme ampie di partecipazione e di negoziazione degli atti a contenuto normativo o generale. Ed è un pregiudizio che, allo stato delle attuali trasformazioni del diritto amministrativo italiano ed alla luce dei modelli stranieri che qui analizzeremo, non ha davvero più ragion d'essere.

---

[39] S. Cassese, *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2006, p. 606.

[40] Si veda per questi aspetti, anche per più ampi riferimenti, T. Ziamou, *Alternative Modes of Administrative Action: Negotiated Rule-making in the United States, Germany and Britain*, in *European Public Law*, 6, 2000, p. 45 ss.; G. P. Manzella, *Brevi cenni sulla Regulatory Negotiation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 1994, p. 273 ss.; G. De Minico, *Regole comando e consenso*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 97 ss.

4. *L'attenzione per il diritto amministrativo europeo. Classificazioni per famiglie e metodo dell'analisi comparata*

La sfida attuale del diritto amministrativo, così come di tutte le scienze giuridiche, è del resto proprio quella di doversi calare in un contesto necessariamente europeizzato, in cui il dato giuridico statale deve combinarsi con quello sovranazionale[41].

Nello «spazio amministrativo europeo» ogni singolo Stato è uno Stato membro e le loro amministrazioni non sono più strumenti di mera esecuzione del diritto comunitario, ma soggetti operanti in un'amministrazione più ampia, comune ed integrata nell'ordinamento dell'Unione[42].

Dopo il Trattato di Lisbona, la questione amministrativa è divenuta una «questione di interesse comune». Pertanto, proprio nella prospettiva europea e comparata che qui si accoglie, lo studio anche di altri ordinamenti stranieri sarà finalizzato a stabilire non solo le analogie e le divergenze, ma sarà orientato nella direzione del dialogo infrastatale, di tipo laterale[43], che, nella comune area giuridica, sappia trarre gli insegnamenti più creativi provenienti dalle altre esperienze straniere[44].

---

[41] A. Von Bogdandy, *Prospettive della scienza giuridica nell'area giuridica europea. Una riflessione sulla base del caso tedesco*, in *Foro It.*, V, 2, 2012, p. 54

[42] Cfr. M. P. Chiti, *Les droits administratifs nationaux entre harmonisation et pluralisme eurocompatible*, in J.B. Auby, J. Dutheil de la Rochère, *Traité de droit administratif européen*, 2 éd., Bruylants, Bruxelles, 2014, p. 867 ss.

[43] Il termine «apertura laterale» si deve a S. Cassese, *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in M. Chiti, G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, *Parte Generale*, t. I, Milano, Giuffrè, 2007, p. 11.

[44] Sono questi profili che si legano inevitabilmente al più ampio tema della *cross-fertilizations* e dei *legal transplants* tra sistemi europei, di cui non possono che essere ricordati alcuni contributi fondamentali: J. Bell, *Mechanism of Cross-Fertilizations of Administrative Law in Europe*, in J. Beatson, T. Tridimas (eds.), *New Directions in European Public Law*, Hart Publishing, Oxford, 1998; Id., *Convergences and divergences in European Administrative Law*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, p. 23 ss.; J. Schwarze, *European Administrativ Law*, Sweet&Maxwell, London, 1992; P. Craig, *European Administrative Law*, Oxford University Press, 2006; S. Cassese, *Le problème de la convergence des droit administratifs: vers un modèle administratif européen?*, in *L'Etat de droit, Mél. en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 47 ss.; A. Watson, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, 2nd ed., Athens and London, The University of Georgia Press,

Del resto, una ricerca atta a verificare l'esistenza di forme di negoziazione del potere pubblico, se adeguatamente sorretta dagli opportuni elementi qualitativi e da un significativo riscontro quantitativo, induce anche a porsi un'altra domanda, e cioè se di principio di consensualità non possa anche parlarsi in termini di principio generale del diritto amministrativo comunitario, in quanto principio comune ad una pluralità consistente di Paesi membri.

Il risultato cui la comparazione deve tendere non è, del resto, semplicemente quello di prendere contezza delle diversità e delle asimmetrie sussistenti tra i vari ordinamenti nazionali. L'apporto originale dell'analisi comparata sta invece nel mettere ordine tra i dati acquisiti mediante la ricerca, e dotarli di una coerenza di sistema che si realizza proprio attraverso la costruzione di nuovi modelli[45].

Volendo allora ricorrere ad una metodologia di (micro-) comparazione multilaterale[46], la prima operazione da compiere sarà per-

1993; N. Garupa, A. Ogus, *A Strategic Interpretation of Legal Transplants*, in *Journal of Legal Studies*, 35, 2006, p. 339 ss.

[45] L. Pegoraro, *Glossario di diritto pubblico comparato*, voce *Modelli*, Roma, Carrocci Editore, 2009, p. 182.

[46] Secondo M. Rheinstein, la microcomparazione si contrappone alla macrocomparazione, così come la *Comparative Nomothetics* alla *Comparative Nomoscopy* di J. Wigmore. Esse hanno rispettivamente ad oggetto lo studio comparato di singoli istituti giuridici di più ordinamenti e la comparazione tra più ordinamenti nel loro complesso. La microcomparazione per J.L. Costantinesco è poi funzionale alla macrocomparazione, permettendo la realizzazione del suo scopo ultimo, l'accostamento dei diversi ordinamenti per una loro classificazione in sistemi e modelli. Cfr. J. Wigmore, *A New Way of Teaching Comparative Law*, in *Journal of S.P.T.L.*, 1926, p. 6 ss.; M. Rheinstein, *Legal systems: Comparative law and legals systems*, in *International Encyclopedia of the Social Sciences*, 1968, p. 204 ss.; J.L. Constantinesco, *Introduzione al diritto comparato*, ed. it. a cura di A. Procida Mirabelli di Lauro, R. Favale, Torino, Giappichelli, 1996. Sul metodo nella scienza del diritto comparato, tra i tanti, si veda G. Gorla, *Diritto comparato*, in *Enc. dir.*, XII, 1964, p. 928 ss.; Id., *Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur.*, XI, 1989, p. 1 ss.; R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 1980, p. 12 ss.; Id., *Droit commun de l'Europe et composantes du droit*, in M. Cappelletti, *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Firenze, La Nuova Italia, 1978, p. 95 ss.; Id., *Legal formants: A dynamic Approach to Comparative Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 39, 1991, p. 1 ss.; Id., *Comparazione giuridica e conoscenza del dato giuridico positivo*, in Aa.Vv., *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 243 ss.; A. Gambaro, R. Sacco, *Diritto comparato*, in *Nov. dig.it.*, II, 1981, p. 1167 ss.; A. Pizzorusso, *Corso di diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 1983; G. Lombardi, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Milano, Giuffrè, 1986; M.-C. Legrand, *A propos d'une réflexion sur*

ciò quella di una classificazione dei diversi ordinamenti europei per famiglie.

Lasciando sullo sfondo i tentativi classificatori metagiuridici proposti tra il XIX e i primi decenni del XX secolo, una prima distinzione comunemente accolta dalla scienza comparata è stata, notoriamente, quella tra Paesi di tradizione romano-germanica e Paesi di *common law*.

Mantenendo al centro della nostra attenzione la categoria dei contratti pubblici complessivamente intesa, comprensiva, cioè, di tutte quelle fattispecie contrattuali in cui è parte un soggetto pubblico[47], si può osservare come sulla base di questo primo criterio il termine contratto pubblico ricorra solo nei Paesi di derivazione romanistica. Esso si riferisce alla distinzione sussistente tra contratti retti dal diritto pubblico e quelli disciplinati dal diritto privato.

---

la comparaison juridique, in *Rev. int. dr. comp.*, 4, 1993, p. 879 ss.; S. De La Sierra, *Una metodología para el Derecho Comparado europeo. Derecho público comparado y derecho administrativo europeo*, Thomson-Civitas, 2004; H. C. Gutteridge, *Comparative law: an introduction to the comparative method of legal study and Research*, (*Cambridge Studies in International and Comparative Law*, Vol. I.), London: Cambridge University Press, 1946; M. Reimann, R. Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, New York, 2006.

[47] Invero, 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 contratto. Ed infatti è talvolta proprio al termine contratto che si fa ricorso anche per indicare gli accordi aventi ad oggetto l'esercizio del potere pubblico (*öffentlichrechtlichen Vertrages, contratto di diritto pubblico* o *contratto ad oggetto pubblico*, *beleidsovereenkomst*, *acuerdo administrativo*, *acto administrativo consensual*, *ugoda, contrato sobre o exercício de poderes públicos*), sì che risulta in alcuni casi difficile distinguerli da altre figure giuridiche tipicamente e più propriamente contrattuali (*procurement contracts*, *contrats administratifs*, *contratos administrativos, contracting out*). Ciò probabilmente dipende non solo dall'accezione più o meno estesa che di contratto viene accolta in ciascuno Stato, ma anche dalla diffidenza, più o meno forte, che ognuno di essi conserva in relazione ad uno strumento originariamente di diritto comune, ma piegato alla cura di un interesse pubblico. Su questi aspetti si vedano anche le osservazioni di J.-B. Auby, *Comparative Approaches to Rise of Contract in the Public Sphere*, *Public Law*, 2, 2007, p. 46; Id., *Les problèmes posés par le développement du contrat en droit administratif comparé*, in *Contrats publics*, *Mélanges en l'honneur de Michel Guibal*, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, t. I, pp. 414-415; S. Torricelli, *Les limites à l'utilisation des instruments contractuels dans l'activité administrative*, in R. Noguellou, U. Stelkens (dir.), *Droit comparé des Contrats Publics/Comparative Law on Public Contracts*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 127 ss.

Analogo impiego non esiste invece nei Paesi di *common law*, dove il termine '*public contracts*', se utilizzato, al più ha un valore meramente descrittivo[48]. Ciò è dovuto alla generale riconduzione delle relazioni contrattuali delle *agencies* al diritto privato, che si spiega con la concezione classica, di origine britannica, secondo cui la Corona, salvo alcune eccezioni, è soggetta alle stesse regole dei privati[49].

Tuttavia, né questo criterio di classificazione, né quello ulteriore elaborato a partire dalla nota critica di Dicey al *droit administratif* francese[50], e basato sulla contrapposizione tra sistemi a diritto comune, ricorrenti nel mondo anglosassone, e sistemi a diritto amministrativo, propri dell'Europa continentale[51], possono essere utili per i nostri fini.

Quest'ultimo criterio infondo risulta essere, con qualche approssimazione, molto simile al precedente[52]. Il che probabilmente testimonia l'originaria natura ancillare del diritto amministrativo comparato rispetto alla prima scienza comparatistica, che nasce e si sviluppa attorno alle categorie del diritto civile[53].

---

[48] Così P. Craig, *Specific power of public contractors*, p. 173 ss. e M. Fromont, *L'évolution du droit des contrats de l'administration. Différences théoriques et convergences de fait*, p. 263 ss., entrambi in R. Nouguellou, U. Stelkens (dir.), *Droit comparé des contrats publics*, cit.

[49] L'amministrazione inglese, infatti, non gode di particolari prerogative nel rapporto negoziale, come, per esempio, la possibilità di revocare o modificare unilateralmente il contratto. Sui *public contracts* nell'esperienza inglese cfr. C. Turpin, *Government Procurement and Contracts*, Essex, Longman, 1989; M. D'Alberti, *I 'public contracts' nell'esperienza britannica*, Napoli, Jovene; S. Civitarese Matteucci, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 150 ss.

[50] A.V. Dicey, *Introduction of the Study of the Law of the Constitution*, I ed., Macmillan and Co., London, 1885.

[51] M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, Il Mulino, 1992, p. 10 ss.

[52] Come osserva G. Lombardi, in *Premesse al corso di diritto pubblico comparato*, cit., p. 49, ove egli nota che per esempio il decentramento, l'organizzazione federale e dei poteri locali prescindono dalla stessa distinzione tra Paesi di *common law* e di *civil law.*

[53] La ragione per cui il diritto comparato si è sviluppato prima nel diritto privato e poi nel diritto amministrativo risiede in un dato di carattere prevalentemente utilitaristico. L'apporto conoscitivo della comparazione, infatti, è risultato più proficuo nelle relazioni commerciali transfrontaliere, che nei rapporti tra più amministrazioni o tra amministrazioni e cittadini appartenenti a Stati differenti. Sull'evoluzione del diritto amministrativo comparato, vd. J. S. Bell, *Comparative Admini-*

All'interno del gruppo di diritto romano o a diritto amministrativo, infatti, occorre registrare ulteriori e più ampie differenze quanto al concetto di contratto pubblico.

In particolare, le esigenze di distinzione attengono anzitutto al regime applicabile. Secondariamente, esse sono finalizzate a separare le fattispecie negoziali deputate al procacciamento di beni e servizi da parte dell'amministrazione, da quelle, oggetto più propriamente del nostro studio, in cui viene dedotto nel contratto lo stesso esercizio del potere pubblico.

Proprio le ulteriori parcellizzazioni sussistenti tra i Paesi a diritto amministrativo comportano perciò l'esigenza di ricercare altrove una classificazione che permetta di meglio perseguire l'ulteriore obiettivo che qui ci prefiggiamo, quello di descrivere la mappa amministrativa del principio di consensualità.

D'altronde, come si vedrà, per gli aspetti che di seguito esamineremo, la Francia risulta tanto più prossima all'Inghilterra di quanto lo stesso Dicey avrebbe potuto allora riconoscere. E del resto, è noto come ormai il modello inglese e quello francese si pongano lungo il filo di progressive convergenze[54].

Secondo allora la nuova classificazione proposta da M. Fro-

---

strative Law, in M. Reimann, R. Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit., p. 1260 ss.; M. Chiti, *Diritto amministrativo comparato*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, 1990, p. 206 ss.; G. Della Cananea, *Administrative Law in Europe: a historical and comparative perspective*, in *Italian Journal of Public Law* 2, 2009, p. 162 ss. Come noto, i primi tentativi di comparazione nel diritto amministrativo risalgono alle analisi dello stesso fondatore del diritto amministrativo americano, F. J. Goodnow, *Comparative Administrative Law*, New York and London, G. P. Putnam's Sons, 1893 e a quelle che, in Francia, svolse J. Rivero, *Cours de droit administratif comparé*, Paris, Le Cours de Droit, 1957. In tempi più recenti il diritto amministrativo comparato ha trovato anche in Italia espressione negli studi di sistema di M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, Il Mulino, 1992; S. Cassese, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in S. Cassese, *Trattato di diritto amministrativo*, t. I, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 1-93; G. Napolitano, *Diritto amministrativo comparato*, in S. Cassese, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2007.

[54] Su questi aspetti il rinvio d'obbligo è a S. Cassese, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, cit., in particolare, p. 85 ss.; Id., *Il problema della convergenza dei diritti amministrativi: verso un modello amministrativo europeo?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, p. 23 ss.; M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato*, cit., p. 17 ss.; p. 159 ss.

mont[55], come di recente riedita e riformulata da J. Ziller[56], gli Stati europei potrebbero essere suddivisi in maniera più appropriata in quattro gruppi distinti: il gruppo francese (Francia, Paesi Bassi, Belgio e Grecia); il gruppo tedesco (Germania, Austria, Svizzera e Polonia); il gruppo ad influenza franco-tedesca (Italia, Spagna, Portogallo, Svezia e Finlandia); e, infine, il gruppo britannico (Gran Bretagna, Irlanda, Danimarca e Norvegia).

La ripartizione si fonda sulla necessaria compresenza nel panorama comunitario dei modelli a *droit administratif* e dei sistemi che seguono il *Verwaltungsrecht*, accanto ai quali mantiene la propria oggettiva presenza il *common law* di origine anglosassone.

Una più corretta analisi delle tradizioni nazionali ha richiesto inoltre l'individuazione anche di un quarto gruppo di Paesi, caratterizzati da un momento di iniziale ricezione del modello francese e da una successiva convergenza verso le tradizioni tedesche.

Può, allora, notarsi come questa classificazione sia quella che più fedelmente riproduce le peculiarità ordinamentali proprie del nostro tema d'indagine.

La Francia, per prima, si ispirò ad un generale *principe de soumission au droit public* dei contratti dell'amministrazione, per ragioni di natura prevalentemente giurisdizionale.

Tuttavia, questo è anche il Paese che ancora oggi, tra tutti gli Stati europei, esprime con maggiore forza il rifiuto per la negoziabilità del potere pubblico.

Nonostante infatti la presenza di forme consensuali diverse dal *contrat administratif*, variamente definite dalla dottrina con il termine di *actes unilatérales negociés*, di *conventions à effets réglementaires* e più in generale di *actes plurilatéraux à simple apparence contractuelle*, la Francia, a causa di un atteggiamento fortemente contrario del *Conseil d'Etat*, non ammette né all'interno della cate-

---

[55] M. Fromont, *Droit administratif des Etats européens*, PUF, 2006, p. 13 ss.

[56] J. Ziller, *Les droits administratifs nationaux: caractéristiques générales*, in J.B. Auby, J. Dutheil de la Rochère, *Traité de droit administratif européen*, cit., p. 743 ss. L'A., in particolare, ha ritenuto di dover spostare l'Italia, per l'importanza che in essa assume il procedimento amministrativo e per la centralità del diritto soggettivo, dal gruppo dei Paesi che subiscono la prevalente influenza francese a quelli il cui diritto amministrativo risulta il frutto di una doppia convergenza, a un tempo francese e tedesca.

goria del *contrat administratif* né al di fuori di essa, manifestazioni di negoziazione della *puissance publique.*

Le convenzioni di questo tipo, seppure ampiamente diffuse nella prassi, sono ritenute nulle dal giudice francese, anche quando uno schema consensuale sembra essere velatamente tratteggiato dallo stesso legislatore

Diversamente, la Germania ha accolto, salvi alcuni temperamenti, il principio di soggezione al diritto privato dei contratti dell'amministrazione.

D'altra parte, il legislatore tedesco ha ricondotto alla diversa nozione di *öffentlich-rechtlicher Vertrag* proprio quella particolare fattispecie che si caratterizza per finalità sostitutive dello strumento negoziale all'atto unilaterale. È in questo Paese che, come noto, vennero elaborate quelle necessarie teorie atte a giustificare l'ammissibilità di moduli consensuali aventi ad oggetto l'esercizio del potere pubblico. Teorie, delle quali la fattispecie del contratto di diritto pubblico di cui al § 54 della *Verwaltungsverfahrensgesetz* costituisce, primo in Europa, l'esatto precipitato positivo.

Allo studio di questi due modelli, che si pongono evidentemente l'uno come l'archetipo negativo l'altro come l'archetipo positivo della consensualità amministrativa, affiancheremo l'analisi del sistema spagnolo.

La circolazione dei formanti giuridici tra le diverse famiglie del diritto amministrativo dà i suoi frutti proprio nella particolare conformazione che il principio di consensualità ha assunto in Spagna.

Da un momento di iniziale e passiva ricezione del modello francese, infatti, la Spagna ha progressivamente accolto, anche attraverso le influenze provenienti dall'Italia, le opposte soluzioni tedesche, a definitivo superamento del tradizionale divieto di *negociabilidad del poder público.*

L'emblematico innesto tra radici giuridiche differenti conduce, infatti, l'ordinamento iberico non solo a recepire istituti propri ora dell'una – il *contrato administrativo* soggetto interamente al diritto amministrativo – ora dell'altra tradizione – *l'acuerdo administrativo consensual* previsto dalla *Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo*

Común – ma soprattutto a svilupparli con originalità e secondo il proprio sentire giuridico.

Proprio questo Paese dimostrerà, perciò, come sia del tutto possibile il passaggio dall'una all'altra soluzione senza episodi di rottura per l'ordinamento.

Nei capitoli finali tenteremo inoltre di rintracciare per brevi cenni l'esistenza di forme consensuali di esercizio del potere pubblico anche negli altri Stati Europei.

La non esatta corrispondenza tra la presenza e soprattutto l'accettazione sul piano giuridico del contratto di diritto pubblico e questa mappa amministrativa che la più recente dottrina ci ha consegnato, ci indurrà pertanto a compiere qualche ulteriore osservazione sulla natura del principio di consensualità anche in termini di principio generale del diritto amministrativo comunitario.

Parte Prima

L'ATTIVITÀ CONSENSUALE DELLA P.A. IN FRANCIA

Capitolo I

L'INDISPONIBILITÀ DEL POTERE PUBBLICO E LE *CONVENTIONS A EFFETS REGLEMENTAIRES*

Sommario: 1. Lo sviluppo dell'*administration contractuelle* nella prassi delle amministrazioni pubbliche francesi. – 2. L'indisponibilità delle potestà amministrative e la nullità delle convenzioni aventi ad oggetto l'esercizio del potere pubblico nella giurisprudenza del *Conseil d'Etat*. – 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. – 2.4. La conferma della nullità e la riqualificazione giuridica delle convezioni aventi ad oggetto l'esercizio del potere pubblico nella giurisprudenza più recente. – 2.5.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. nella dottrina francese: tra *contrat* e *acte unilatéral*. – 3.1. *Contrat* e *convention* nell'originaria classificazione di L. Duguit. – 3.2. … e nella dottrina pubblicistica successiva. – 3.3. La polemica di C. Eisenmann sulla distinzione tra *acte unilatéral* e *acte plurilatéral*. – 4. L'attività consensuale della p.a. nella dottrina francese: tra *contrat* e *règlement*. – 4.1. Le diverse teorie sulla natura giuridica della *concession de service public*. La teoria dell'*acte mixte* e la teoria della natura contrattuale. – 4.2. La teoria de la *double nature* della concessione. – 4.3. La teoria delle *conventions à conséquences réglementaires* in A. de Laubadére, F. Moderne e P. Devolvé. – 4.4. Le considerazioni sull'*acte mixte* di Y. Madiot. – 5. «*L'essor du concept contractuel*». La fioritura delle convenzioni dopo le prime riforme sul decentramento e gli sviluppi recenti. – 5.1. La teoria delle *clauses réglementaires* dei *contrats administratifs*: dall'*arrêt Cayzeele* all'*arrêt Bonhomme*.

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 éxecutoire* sembrava lo strumento normale d'azione per l'amministrazione, mentre il contratto occupava un posto tradizionalmente limitato[1].

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 amministrativo[2]. 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 statutario[3].

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 administratifs … On peut donc dire que jamais la puissance publique et ses agents n'agissent dans les mêmes conditions que les particuliers*»[4].

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 confidare parte dei nuovi compiti ai

---

[1] F. Feral, *Contrat public et action publique: au cœur d'une administration régulatrice,* in *Mél. Guibal*, t. II, cit., p. 527 ss.

[2] L. Duguit, *Les transformations du droit public*, Paris, Armand Colin, 1913, p. 159.

[3] H. Barthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, Arthur Rousseau, 1900-1901, p. 490 ss.; p. 581.

[4] È 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.

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*[5], la dottrina – Hauriou, Duguit, Jèze – 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 privilegiata del rapporto, disponeva di alcune prerogative per la tutela dell'interesse pubblico, che tuttavia non si traducevano in un pregiudizio per il privato[6].

Tra il 1900 al 1930 vennero così delineati gli aspetti essenziali di questo istituto, 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 Cinquanta, *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* e, contestualmente, alla creazione delle prime imprese pubbliche e ai processi di

[5] T.C. 8 février 1873.

[6] In questo sta, del resto, la peculiarità del *contrat administratif* francese, il quale «*est un contrat synallagmatique, avec, comme un droit privé, un jeu réciproque de droits et d'obligations. Mais il participe de la mission d'intérêt général qu'en charge l'administration, ce qui conduit à une certaine inégalité dans les rapports contractuels*». Così, P.L. Frier-J. Petit, *Droit administratif*, 7 éd., Paris, Montchrestien, 2012, n° 76.

nazionalizzazione, a rendere lo strumento contrattuale un «*souvenir de la belle époque*»[7]. E il mezzo privilegiato dell'azione amministrativa ritornò ad essere l'*acte unilatéral*.

A partire dagli anni Cinquanta e Sessanta del secolo scorso, tuttavia, avviati con la V Repubblica i processi di ristrutturazione istituzionali, territoriali, economici e sociali del Paese[8], le nuove missioni dell'amministrazione determinarono sia un ritorno allo strumento contrattuale propriamente inteso[9], che un ricorso sempre più crescente a forme convenzionali ed a metodi di azione negoziata, convenzionale e concertata[10], che sembravano rendere più accettato l'intervento statale da parte degli operatori economici privati[11].

Così, mentre l'atto amministrativo unilaterale manifestava i suoi

---

[7] 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 Stassinopoulos*, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 219.

[8] Per questi aspetti si veda S. Gambino, *Amministrazione e contratto: trasformazioni nell'organizzazione e nell'azione amministrativa in Francia,* in *Dir. ec.*, 2, 1992, p. 321 ss.; Id., *Amministrazione e contratto: l'esperienza francese fra tecnocrazia e consenso*, in C. Amirante (a cura di), *La contrattualizzazione dell'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1993, p. 131 ss.

[9] Si tratta di quei contratti che A. de Laubadère definì «*contrats de collaboration*», mediante i quali il privato forniva all'amministrazione prestazioni e servizi o veniva incaricato di funzioni di interesse pubblico (*concessions de service public*). Vd. A. de Laubadère, *Administration et contrat*, in *Mélanges offerts à Jean Brèthe de la Gresseye*, Bordeaux, Editions Bière, 1968, p. 453 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*, Paris, L.G.D.J., 1971, p. 14 ss.

[10] A. de Laubadére 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 Laubadère, *Administration et contrat,* cit., p. 453.

[11] 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 assujetti*». Cfr. A. de Laubadère, *Administration et contrat*, cit., p. 454; L. Richer, *La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques*, in *AJDA*, 2003, p. 973.

limiti, 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'intervento statale nell'economia, il terreno in cui si svilupparono i primi accordi tra l'amministrazione e i privati[12].

L'esempio principale è dato dalle *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.

Anche nel campo sociale, l'amministrazione fece frequente 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 ausiliari[13]. Si pensi, ancora, agli accordi conclusi dallo Stato con le organizzazioni sindacali, per ottenere un miglioramento delle condizioni di lavoro e salariali dei dipendenti pubblici[14].

Nel settore scolastico, poi, 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*), mentre, nel settore sanitario, la legge di riforma ospedaliera, *loi du 31*

---

[12] 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 Laubadère, *Interventionnisme économique et contrat*, in *Rev. Fr. adm. publ.* 1979, p. 791; Id., *L'administration concertée*, in *Mélanges en l'honneur de Michel Stassinopoulos*, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 407 ss.; Id., *Administration et contrat*, cit., p. 453 ss.; Ch. L. Vier, *Le procédé contractuel dans l'administration économique*, *Thése*, Paris, 1972. Si veda altresì, A. de Laubadère, F. Moderne, P. Devolvé, *Traité des contrats administratifs*, t. I, Paris, L.G.D.J., 1983, p. 19 ss.

[13] Cfr. F. Moderne, *La nature juridique des conventions tarifaires nationales passées entre la Caisse Nationale d'Assurance Maladie et les organisations nationales les plus représentatives des médecins, 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 *Dr. soc.*, 1975, p. 335 ss.

[14] Cfr. M. Voisset, *Concertation et contractualisation dans la fonction publique*, in *AJDA*, 1970, p. 388 ss.; Y. Saint-Jours, *Réflexions sur la politique de concertation dans la fonction publique*, *Dr. soc.*, 1975, p. 227 ss.

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 pubblico[15].

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*»[16].

Tuttavia, nonostante la loro vasta diffusione nella legislazione e nella prassi delle amministrazioni francesi, questi modelli consensuali si scontrarono con le posizioni fermamente unilaterali della giurisprudenza del *Conseil d'Etat*, al quale notoriamente si riconosce il principale ruolo creativo del diritto amministrativo francese.

Nel presente capitolo ci occuperemo perciò di analizzare più nel dettaglio, attraverso l'ausilio della casistica giurisprudenziale, le ragioni che portarono ad escludere in questo ordinamento la possibilità di moduli consensuali nei quali fosse deducibile l'esercizio del potere pubblico.

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 dal giudice francese nella prima metà del secolo scorso, siano valide ancora oggi, ovvero se esse abbiano subito significativi mutamenti, anche grazie all'apporto della dottrina, sì da poter registrare un'evoluzione dell'ordinamento, che lo conduca ad una convergenza sistemica rispetto agli altri modelli nazionali oggetto della nostra trattazione.

---

[15] A. de Laubadère, F. Moderne, P. Devolvé, *Traité des contrats administratifs,* cit., p. 21; J. Waline, J, Rivero, *Droit administratif*, 21 éd., Paris, Dalloz, 2006, p. 378 ss.

[16] A. de Laubadère, F. Moderne, P. Devolvé, *Traité des contrats administratifs*, cit., p. 20.

2. *L'indisponibilità delle potestà amministrative e la nullità delle convenzioni aventi ad oggetto l'esercizio del potere pubblico nella giurisprudenza del* Conseil d'Etat

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, 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 in origine 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[17].

La loro stessa genesi si rinviene in una famosa sentenza del *Conseil d'Etat*, nella quale si annullava una convenzione con cui un comune aveva delegato attività di sorveglianza e di vigilanza ad un istituto privato[18].

Tuttavia, quest'idea venne di seguito estesa a tutti i poteri unilaterali dell'amministrazione e il divieto di ricorrere al contratto nell'esercizio dei *pouvoirs de police* divenne un'applicazione particolare del divieto di negoziare su ogni potere di decisione unilaterale. La concezione classica si trasformò così nell'indisponibilità di ogni competenza amministrativa[19]: tutti i poteri pubblici sono «*inaliénables et imprescriptibles*»[20]. Nella giurisprudenza ricorreva come un *leit motiv* il passaggio della sentenza *Ville de Castelnaudary*

---

[17] Esiste un'incompatibilità naturale tra «*le mécanisme contractuel et les impératifs de l'ordre public, base légale de toute mesure de police*», così 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. Sulla nozione di *police administrative* si veda il fondamentale saggio di E. Picard, *La notion de police administrative,* Paris, L.G.D.J., 1984.

[18] C.E. 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary.*

[19] Cfr. su questi aspetti J. Petit, *Nouvelles d'une antinomie: contrat et police*, in *Les collectivités locales*, *Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 353.

[20] 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*

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, tout engagement, toute convention*»[21].

Forme convenzionali venivano quindi escluse in tutte quelle materie che implicavano la sovranità dello Stato e che, come tali, non potevano essere oggetto di partecipazione dei privati (c.d. *matierès regaliennes*).

Tra di esse 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 regolamentare[22].

D'altra parte, la stessa base legale delle funzioni pubbliche era sufficiente per escludere ogni facoltà dell'amministrazione di disporne 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 esse[23]. L'amministrazione non è libera rispetto alle proprie competenze: «*renoncer à [les] exercer, [les] déléguer à un autre, lui sont également interdits*»[24].

Discendeva, in definitiva, dal «*caractère légal, … impersonnel,*

---

que les autorités ne renoncent pas à leur pouvoir et ne laissent pas lier leur pouvoir par des conventions».

[21] C.E. 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*; ma anche C.P. Lille18 mai 1953, *Maire de Mouveaux*.

[22] Cfr. A. de Laubadère, F. Moderne, P. Devolvé, *Traité des contrats administratifs,* cit., p. 44 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. *inalienabilité du pouvoir fiscal* veniva smentita dalla diffusione del *contrat fiscal*.

[23] A. de Laubadère, F. Moderne, P. Devolvé, *Traité des contrats administratifs,* cit., p. 47.

[24] J. Rivero, *Existe-t-il un critère du droit administratif?* in *RDP*, 1953, p. 287.

… permanent ou d'ordre public … l'interdiction faite aux autorités … d'utiliser la technique contractuelle dans la mise en œuvre de leurs pouvoirs»[25].

L'esigenza alla base di questo 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 riconosceva all'amministrazione un potere di recesso unilaterale per sopravvenuti motivi di interesse pubblico[26], la tradizione giuridica francese tendeva a preservare un nucleo intangibile della *puissance publique*, nel quale non sarebbe stato ammissibile il ricorso ad alcune forma negoziale, ad alcuna *technique d'ordre contractuel*, che fosse in grado di vincolare l'amministrazione[27].

Dal nostro angolo prospettico, si rende perciò necessario concentrare ora l'attenzione proprio su quelle convenzioni con cui l'au-

---

[25] Cfr. J. Moreau, *De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel*, cit., p. 14.

[26] 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 public* – 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 financiéres*, 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*, Paris, L.G.D.J., 2010, p. 239 ss. Si veda altresì, F.-P. Bénoît, *De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatéral dans les contrats administratifs*, in *JCP*, 1963, I, p. 1775 ss.; J. Dufau, *Le pouvoir de modification unilatéral de l'administration et les contrats de concession de service public*, in *AJDA*, 1955, p. 65 ss.; A. de Laubadère, *Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs*, in *RDP*, 1954, p. 36 ss.

[27] Cfr. J. Moreau, *De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel*, cit., p. 16.

torità 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 sempre fatto discendere la nullità. 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, e fanno tuttora, sovente ricorso all'accordo con il privato per il perseguimento di utilità pubbliche, mediante soddisfazione dell'interesse del singolo.

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*[28].

Si suole perciò distinguere[29] 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, di cui all'art. 11 della l. n. 241/1990.

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.

[28] *Ivi*, p. 3.

[29] Si veda anche L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, cit., p. 58.

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.

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 impiegato[30].

Almeno agli inizi, poi, non si sottraeva alla declaratoria di nullità neppure la seconda e diversa ipotesi di delega delle funzioni mediante ricorso alla convenzione, e ciò non solo nel caso in cui essa fosse stipulata con un soggetto privato[31] ma anche quando controparte era un altro soggetto pubblico[32].

Il *Conseil d'Etat* dichiarando la nullità di queste convenzioni non faceva altro che rammentare alle amministrazioni il loro dovere di esercitare in maniera piena ed effettiva le competenze ricevu-

---

[30] La pronuncia che si suole citare in proposito è proprio *Ville de Castelnaudary*, 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». C.E. 17 juin 1932. 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 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. 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 ss.

[31] C.E. 30 septembre 1983*, Féderation 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.

[32] 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*». C.E. 10 décembre 1962, *Association de pêche et de pisciculture d'Orléans.*

te 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, deve ancora oggi 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 legislativa[33].

Come si vedrà più avanti, però, queste ultime conclusioni saranno destinate a cedere a partire dagli anni 1982-1983, una volta fiorito il processo di *décentralisation*[34].

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*»[35], questo secondo tipo di convenzione ricorre tutte quelle volte in cui l'amministrazione si obbliga a *donner satisfaction* al privato, attraverso il rilascio di autorizzazioni o altre attività di favore. Così facendo, l'amministrazione si impegna ad assumere in futuro una determinata decisione, vincolandosi, in particolare, relativamente al suo contenuto.

L'effetto prodotto è perciò un autovincolo del soggetto pubblico, che si obbliga, per tale via, ad esercitare il proprio potere secon-

---

[33] M. Degoffe, J.-D. Dreyfus, *Transfert de compétences et conventions dans le droit de l'intercommunalité*, in *AJDA*, 2001, p. 807.

[34] Per questi aspetti si veda J.-D. Dreyfus, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personne publiques*, Paris, L'Harmattan, 1997.

[35] L'espressione fu impiegata per la prima volta proprio da J. Moreau, *De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel*, cit., p. 10.

do modalità consensualmente definite. A cosa accostare questa fattispecie se non ad un accordo amministrativo sul contenuto del provvedimento?

Benché in questo caso *l'abandon de souveraneité* è minore rispetto alle ipotesi precedenti, anche questo tipo di convenzione venne ripetutamente dichiarato illegittimo ed inammissibile dal *Conseil d'Etat*.

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'édiction et au contenu de la décision sollicitée*», ciò che non sarebbe concepibile per il diritto francese.

Vi sarebbe 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[36].

---

[36] Cfr. *Ivi*, p. 11. 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. Nel noto *affaire Leveneu* 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. *Leveneu* 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 Leneveu 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*». C.E. 5 novembre 1913, *Leneveu.* Ma è soprattutto nel diritto urbanistico che ricorrono con più frequenza questo tipo di accordi, pur sempre dichiarati inammissibili dal giudice amministrativo. Rinviando al prossimo capitolo per una più completa trattazione della casistica, nella quale è possibile intravedere la fisionomia di altrettante convenzioni urbanistiche, qui ci limitiamo a ricordare una delle sentenze più significative, T.A. Paris 22 novembre 1960, *Societé des établissements Lick et Brevets Paramount*. 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

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, ricorre in tutte le ipotesi in cui la legge dispone espressamente che le amministrazioni debbano agire per via unilaterale[37]. Ne discende, allora, un divieto implicito di *sostituire* l'accordo con il privato all'atto amministrativo. Nessuna possibilità di surrogare l'atto unilaterale con uno consensuale è ammissibile.

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[38].

---

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'amministrazione. Su questi aspetti si vedano anche gli approfondimenti contenuti nel paragrafo successivo.

[37] Cfr. A. de Laubadère, F. Moderne, P. Devolvé, *Traité des contrats administratifs*, cit., pp. 52-53.

[38] 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 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. lorsque la loi a conféré un pouvoir réglementaire à une autorité administrative, celle-ci est tenue d'agir au moyen de prescriptions unilatérales et ne peut pas prendre légalement des engagements contractuels qui pourraient ensuite être invoqués par les administrés*

Lo stesso divieto ricorre, del resto, nel caso in cui l'amministrazione è 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 accords contractuels*»[39]. In altri termini, quando l'autorità deve esercitare una potestà normativa, 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, intorno agli anni Sessanta fiorì una produzione legislativa che autorizzò lo Stato a concludere convenzioni con gli istituti scolastici privati e sui quali la dottrina argomentava per riconoscere valore proprio a quelli che noi qui definiamo accordi normativi. Il C.E. annullava anche queste convenzioni in quanto «*dans la mesure où elle* [*une situation*] *est fixée par des lois et règlements, ne peut pas faire l'objet d'accords contractuels*»[40].

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.

---

et risqueraient de faire obstacle aux adaptations nécessaires de la réglementation». C.E. 8 mars 1985. 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 in cui l'amministrazione negoziava 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 unilaterali. 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.* 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 vincolante. CE 20 juin 1975, *Leverrier*; CE 10 décembre 1982, *Epx Pagotto*; CE 20 septembre 1990, *Commune de Cabesse.*

[39] C.E. 20 janvier 1978, *Syndicat National de l'enseignement technique agricole public.*

[40] C.E. 20 janvier 1978, *Syndicat National de l'enseignement technique agricole public.* Del medesimo avviso era del resto anche il *Conseil Constitutionnel*, che escluse 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.

2.4. La conferma della nullità e la riqualificazione giuridica delle convenzioni aventi ad oggetto l'esercizio del potere pubblico nella giurisprudenza più recente

Se si sposta l'attenzione alla casistica giurisprudenziale più recente, il quadro non muta, ma continuano ad essere riproposti i tre limiti interdittivi all'attività amministrativa consensuale. A partire dagli anni Novanta, le posizioni unilaterali del giudice francese sono arricchite però da una nuova tendenza.

Da un lato, infatti, il *Conseil d'Etat* conferma 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 la giurisprudenza d'oltralpe non pare cedere alcuno spazio al principio di consenusalità nell'azione delle pubbliche amministrazioni francesi[41].

Conferma quest'impressione, del resto, il fatto che nelle sentenze più recenti, il Consiglio di Stato si impegna in una precisazione delle conseguenze derivanti dalla stessa declaratoria di nullità, quando ritiene 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 pubblico[42]. E tantomeno l'ema-

[41] 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*, cit., p. 350 ss.

[42] C.A.A. Lyon, 31 décembre 1993, *Epoux Eymain-Mallet.*

nazione di una decisione amministrativa unilaterale contraria a precedenti pattuizioni con il privato, può essere valutata sotto il profilo dell'eccesso di potere[43].

Talvolta però il giudice riconosce un indennizzo a chi ha subito un pregiudizio, a causa del legittimo affidamento serbato nell'accordo concluso con l'amministrazione[44]; 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 contratto[45].

In altri casi ancora, il giudice amministrativo ravvisa una responsabilità amministrativa del funzionario che abbia dato corso ad un contratto per sua natura impossibile[46].

Ma, come detto, è un'altra tendenza quella che spesso contraddistingue la giurisprudenza più recente[47].

È stato osservato[48], 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 regolamento.

Del resto, accade pure che se un'autorità amministrativa si im-

---

[43] T.A. Paris, 22 novembre 1960, *Société des établissements Lick et Brevets Paramount*; C.E. 5 novembre 1943, *Leneveu*.

[44] C.E. 11 mai 1956, *Sté Lesieur-Afrique*; C.E. septembre 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.

[45] T.A. Versailles, 19 octobre 1984, *Blanchard et Monbrun*.

[46] C.A.A. Lyon, 31 décembre 1993, *Epoux Eymain-Mallet*.

[47] R. Romi, *La requalification par le juge des actes négociés en actes unilatéraux, archaïsme paradoxal ou technique d'avenir?*, in *AJDA*, 1, 1989, p. 9 ss.; P. Brunet, *Les conflits des qualifications: le cas des actes réglementaires en forme de conventions*, in *Revue des contrats,* 2, 2005, p. 434 ss.

[48] E. Fatôme, *L'urbanisme contractuel*, in *AJDA*, 1993, p. 63 ss.

pegna mediante un accordo previo con il privato ad assumere una determinata decisione in futuro, che non è né contraria alla legge né posta al di fuori delle sue competenze, risulta talvolta difficile per il giudice spogliare di legalità il documento formale sottoposto alla sua cognizione.

È proprio in tali casi che il *Conseil d'Etat*, pur mantenendo ferma la qualificazione unilaterale della determinazione amministrativa finale, riconosce al tempo stesso valenza di accordo preparatorio allo scambio di consensi intervenuto tra le parti, ancorché questo abbia proprio ad oggetto il contenuto del futuro provvedimento[49].

Sono queste, del resto, tecniche di qualificazione giuridica elaborate ormai da lungo tempo dal C.E. e che, nondimeno, mantengono la loro validità ancora oggi.

Ciò non farebbe che confermare la perdurante ed insormontabile validità delle tradizionali posizioni della giurisprudenza 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[50].

---

[49] A questo artifizio il giudice fa ricorso soprattutto in materia di urbanistica, a proposito degli accordi che precedono il rilascio di un *permis de construire* o di una *autorisation de lotir*. Qui basti citare, rinviando la disamina completa al prossimo capitolo, la sentenza C.E. 2 octobre 1992, *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*»; 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.*

[50] La sentenza C.E. 23 juin 1995, *Ministre de la Culture c. Assoc. Défense Tuileries* offre l'esempio più lampante della tendenza ora descritta. 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 ad-

*2.5. 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

Poste dunque all'attenzione del *Conseil d'Etat* tutte quelle fattispecie, a carattere complesso, in cui l'atto dell'amministrazione si incontra con un atto di volizione del privato[51], emerge sempre un'impostazione a carattere esclusivamente unilaterale ed una visione escludente, nella maniera più assoluta, il contratto[52].

In tutti questi casi, la questione dogmatica verte sul se si debba 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 la questione cambia a seconda del momento in cui il privato manifesta la propria dichiarazione, se, cioè, questi, assumendo l'iniziativa, intenda provocare la decisione dell'amministrazione, ovvero si pronunci successivamente ad essa, e quindi in funzione di acquiescenza all'atto.

---

dirittura 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*». Una simile qualificazione giuridica impediva così che l'atto andasse incontro a declaratoria di nullità.

[51] Tale complessità, invero, emerge anche in altre ipotesi, che al momento interessano meno la nostra analisi. Si tratta dei casi, c.d. *actes d'accompagnement du contrat* o *actes détachables du contrat*, in cui il contratto stipulato tra amministrazione e privato è 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, risponde ad esigenze di carattere processuale a tutela dei terzi, ai quali in tal modo viene 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, cit., p. 503 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 détachable et distinction des contentieux*, in *DA*, 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 ss.

[52] Per una ricostruzione della giurisprudenza del *Conseil d'Etat*, vd. A. de Laubadère, F. Moderne, P. Devolvé, *Traité des contrats administratifs*, cit., p. 63 ss.

Deve 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?

La risposta che fornisce il *Conseil d'Etat* è che la sollecitazione o l'accettazione del provvedimento amministrativo da parte del privato non configurano un contratto e neppure un atto bilaterale, e ciò anche nei casi in cui derivano delle obbligazioni in capo al destinatario dell'atto stesso.

La giurisprudenza, anche recente[53], afferma, in tal modo, l'esistenza, in via generale, dei c.d. *actes unilatéraux pris «avec l'accord» du destinataire* (o *«en accord» avec lui*), spiegando, poi, diversamente la vicenda ricorrendo ora all'istituto della *condition* ora alla costruzione de l'*accord comme aménagement procédural* dell'atto amministrativo.

Con riferimento all'ipotesi dell'*accord condition de l'acte unilatéral*, il consenso del privato può sia porsi 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, è perciò, a seconda dei casi, *suspensive* o *résolutoire*. Il provvedimento, nel primo caso, non produce effetti fintantoché non sopraggiunge l'accettazione del singolo; nel secondo, cessa 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*[54].

---

[53] Cfr. P. Brunet, *Le conflit de qualification: le cas des actes réglementaires en forme des conventions*, cit., p. 434 ss.

[54] Vengono ricondotti a questa classificazione i casi, numerosissimi, in cui l'amministrazione riconosce alcuni vantaggi fiscali a fronte dell'assunzione di determinati impegni da parte del privato. Tali fattispecie sono pur sempre concepite come decisioni unilaterali cui accede il consenso del beneficiario-onerato e caratterizzate dalla presenza di una condizione risolutiva – l'eventuale inadempimento – che dà luogo a cessazione degli effetti dell'atto amministrativo. Cfr. C.E. 10 mars 1967, *Ministre de l'Economie c. Société Samat et Cie*. 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*». È questo,

Fu per prima la nomina del dipendente pubblico a venire inquadrata nella categoria in questione: l'atto di nomina necessitava dell'accettazione da parte del funzionario e la sua mancanza, dal punto di vista formale, andava a costituire esattamente il contenuto della condizione risolutiva dell'atto unilaterale dell'amministrazione[55].

In realtà queste ricostruzioni, prestandosi talvolta a finzioni giuridiche, nelle quali, in fondo, si ripetono le soluzioni cui era già pervenuta, in un passato remoto, la scienza amministrativa tedesca e quindi quella italiana[56], non sempre convincono la dottrina francese, che talvolta si è dimostrata più propensa a ravvisarvi dei veri e propri «*accords de volonté bilatéraux, qui ne seraient pas toujours des contrats*»[57].

---

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 lavorative; C.E. 10 décembre 1975, *Lorizon*, secondo cui la fonte dell'impegno degli studenti si fonderebbe sua una «*situation réglementaire*», mentre non costituirebbe il contenuto di un contratto. Così anche C.E. 30 mars 1981, *Dame Frioucourt,* che, a proposito dell'impegno degli allievi dell'E.N.A di prestare servizio a favore di un'amministrazione statale per un periodo di almeno due anni, stabilì che il funzionario non vi è tenuto se non nei casi in cui ha 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*, in *AJDA*, 1968, 140.

[55] C.E. 22 décembre 1924, *Castelli*; C.E. 20 février 1924, *Brandsetter*. In dottrina, vd. R. Bonnard, *Précis de droit administratif*, 4 éd., Paris, Sirey, 1943, p. 451; Id., *La nature juridique de la nomination des fonctionnaires publics dans le droit positif français*, in *RDP*, 1930, p. 1 ss.; P. Duez, G. Debeyre, *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, 1952, p. 652; L. Rolland, *Précis de droit administratif*, Paris, Dalloz, 1951, p. 76.

[56] Su cui si vedano le considerazioni che verranno svolte nel Cap. I, Parte II.

[57] A. de Laubadère, F. Moderne, P. Devolve, *Traité des contrats administratifs,* cit., p. 61. 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*, vd. R. Bonnard, *Précis de droit administratif*, cit., p. 34, n. 1. Allo stesso modo J. Rivero, 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. Si veda, più di recente, anche Y. Gaudamet, *Droit administratif général,* t. I, in Y. Gaudamet, A. de Laubadère, *Traité de droit administratif*, 16 éd., Paris, L.G.D.G, 2007, p. 669.

Ma anche la seconda costruzione offerta dalla giurisprudenza non si sottrae a questa forma di dissimulazione: *l'accord comme aménagement procédural d'un acte unilatéral*[58].

Questa teoria, detta *de l'incorporation*, colloca il meccanismo giuridico de *l'accord donné à un acte unilatéral* nell'ambito del procedimento amministrativo.

È durante l'*iter* procedimentale che l'amministrazione acquisisce il consenso del soggetto privato, il quale, trasfuso nell'atto amministrativo unilaterale conclusivo del procedimento, non emerge né appare al di fuori di esso.

Attraverso la soluzione dell'*incorporation* la giurisprudenza riesce perciò a mantenere l'apparenza unilaterale dell'atto, che, emesso al termine della contrattazione, obbliga il privato a mantenere gli impegni per tale via assunti.

Ma come si può spiegare, senza ricorrere ad artifizi, che ci si trova in presenza di un impegno del destinatario, inserito in una decisione unilaterale dell'amministrazione, piuttosto che di uno scambio bilaterale di impegni reciproci?[59] Come distinguere *l'acte administratif unilatéral* nel quale si incorpora l'impegno del suo destinatario da uno scambio di consensi puro e semplice?[60]

Il rifiuto di vedere un tutto contrattuale in questi casi si spiega proprio alla luce del principio cardine del sistema francese, secondo cui il potere pubblico non può costituire oggetto di contratto. Per cui se una negoziazione si deve ammettere, questa rimane comun-

---

[58] Questa seconda soluzione giurisprudenziale riscuoteva, invece, il consenso di M. Hauriou. Cfr. M. Hauriou, *Principes de droit public*, cit., p. 136 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*».

[59] 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 *AJDA*, 1973. 323., p. 364.

[60] A. de Laubadère, F. Moderne, P. Devolvé, *Traité des contrats administratifs,* cit., p. 66.

que a livello informale e con finalità preparatorie durante il procedimento, ma non può emergere al termine di questo in un atto formalmente consensuale[61].

Questa preclusione giurisprudenziale ricorre frequentemente anche nei casi di definizione consensuale di atti di natura regolamentare, di accordi normativi.

In tali ipotesi, la dichiarazione di volontà viene assorbita dall'atto dell'amministrazione, che mantiene in tal modo la propria connotazione unilaterale[62]. Considerando che talvolta sono le stesse dispo-

[61] Può essere interessante cogliere le ragioni di questa giurisprudenza rileggendole nella sentenza considerata la più rappresentativa di questo orientamento, C.E. 2 mars 1973, *Syndicat National de commerce en gros des équipements pièces pour véhicules et outillages*, 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 prezzi. 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. 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. … 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*», *Concl. Braibant*, in *AJDA*, 1973. 323. Vd. P. Weil, *Le renouveau de la théorie du contrat administratif et ses difficultés*, 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 ss. Fu poi nelle successive sentenze C.E. 23 octobre 1974, *Valet*, in *AJDA*, 1975. 364, e C.E. 4 juillet 1975, *Syndicat du commerce de la chaussure*, in *AJDA*, 1976. 429, che il *Conseil d'Etat* esplicitò compiutamente 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 …*».

[62] 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* (vedi nota precedente). Essa venne applicata per la prima volta durante il periodo dell'interventismo economico e del blocco dei prezzi, su cui J. Dutheil de la Rochére, *Le*

sizioni legislative a legittimare la conclusione di un accordo propriamente inteso, il giudice avrebbe potuto in questi casi aprire a quelle teorie, di cui appresso, sulle *conventions à effets réglememntaires* o sull'*acte mixte*, valorizzando proprio gli effetti giuridici che lo scambio di consensi produce nei confronti dei terzi.

Ma lo Stato non può esercitare i propri poteri normativi contrattandoli con i privati: le convenzioni intervenute non possono perciò che essere incorporate dall'atto unilaterale, unica manifestazione visibile e possibile dell'esercizio del potere.

3. *L'attività consensuale della p.a. nella dottrina francese: tra* contrat *e* acte unilatéral

Ma lo sviluppo dell'*administration contractuelle* costituì una grande novità che richiamò immediatamente anche l'attenzione dei giuristi. Essi vi videro, nella più ampia prospettiva dell'azione generale dello Stato, un «*proudhonisme*» diffuso ed una rianimazione del contratto sociale[63], l'apertura di una nuova fase della storia del dirit-

---

régime conventionnel des prix, in *AJDA* 1967. p. 579 ss.; D. Linotte, *L'évolution récente du régime administratif des prix*, in *RDP*, 1970. p. 1425 ss. La teoria viene però riproposta ancora nel 2004 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 mantengono 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*». Cfr. C.E. 3 mai 2004, *Société Les Laboratoires Servier*; C.E. 20 octobre 2004, *Société Bayer Pharma. Contra*, C.E. 10 juin 1994, *Confédération française des syndicats de biologistes*, che parla di «*actes réglementaires à élaboration contractuelle et non de véritables contrats*». In dottrina, P. Brunet, *Les conflits des qualifications: le cas des actes réglementaires en forme de conventions*, cit., p 434 ss.

[63] Cfr. L. Richer, *Droit des contrats administratifs,* Paris, L.G.D.J., 2010, p. 48 ss. Si veda altresì, V. Costantinesco, *Proudhon lecteur de Rousseau: le contrat*

to[64], un'illustrazione di ciò che alcuni avevano definito *Etat concordataire*, e soprattutto una testimonianza di un nuovo modo di amministrare, «*faite de négociations et d'accords conclus entre l'autorité publique et l'administration*»[65].

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*»[66].

La diffusione di 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*[67].

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*[68],

---

social en question, in *Mél. Guibal*, cit., t. II. P. 417 ss.; M. Miaille, *La sainteté du contrat. La laïcité de J.J. Rousseau*, in *Mél. Guibal*, cit., t. II, p. 437 ss.

[64] 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 Laubadère, F. Moderne, P. Devolvé, *Traité des contrats administratifs*, cit., p. 20, n. 8.

[65] A. de Laubadère, *Administration et contrat*, cit., p. 454.

[66] *Ivi*, p. 453.

[67] «*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 Laubadère, F. Moderne, P. Devolvé, *Traité des contrats administratifs*, cit., p. 22.

[68] Code civ., art. 1101: «*Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose*».

e per il suo tramite nella scienza privatistica[69], gli studiosi di diritto pubblico in Francia conobbero maggiori difficoltà nel riconoscerla.

3.1. Contrat *e* convention *nell'originaria classificazione di L. Duguit*

La maggior parte dei pubblicisti francesi, in effetti, accogliendo una nozione assai restrittiva di contratto, rifiutò costantemente l'idea dei civilisti secondo la quale esso coincide con la 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 giuridici[70].

Il fondatore della scuola di Bordeaux propose una definizione di portata generale, applicabile sia al diritto amministrativo che a quello privato, ma pur sempre più ristretta rispetto a quella che ne diede la scienza civilista.

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 dévient créancière*»[71].

Il fondamento della fattispecie stava quindi, secondo il model-

---

[69] Per i civilisti la distinzione tra *convention* e *contrat* aveva un interesse esclusivamente terminologico, tant'è che nella pratica essi utilizzavano i due termini come sinonimi. Cfr. 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 e XI, 1954, *Principaux contrats*; G. Ripert, J. Boulanger, *Traité de droit civil,* tome II *Obligations et droits réels,* 1957; G. Marty, P. Raynaud, *Traité de droit civil,* tome II, 1 vol., *Les obligations*, 1962; J. Flour, J.-L. Aubert, *Droit civil, les obligations*, vol. 1, Coll. U, 1975; J. Ghestin, *Droit civil, les obligations*, 1980; A. Weil, F. Terré, *Droit civil, les obligations*, 3 éd., 1980; J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. IV, 12 éd., Paris, PUF, 1985.

[70] L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel,* t. I, 3 éd., Paris, Ancienne Librairie Fontemoign & C. Éditeurs, 1927, p. 380 ss.

[71] *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 déterminés par des buts différents*» (pp. 380-381).

lo 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 essere contratto che quando la convenzione generasse delle situazioni soggettive di creditore e debitore[72].

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 individui.

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*»[73] e «*concordantes*», «*déterminées par le*

[72] *Ivi*, pp. 384-385.
[73] *Ivi*, p. 400.

même but et … le même objet»[74]; 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 non dava luogo ad un rapporto obbligatorio tra debitore e creditore, ma istituiva una situazione giuridica oggettiva, a carattere normativo[75].

Perciò, anche se «*l'extérieur de l'acte est contractuel; le fond ne l'est pas*»[76]: l'*union* era sì, dunque, una *convention* ma una «*convention-loi*». Vi sarebbero rientrate la concessione di servizio pubblico, il matrimonio e i contratti collettivi di lavoro nel diritto privato, i trattati nel diritto internazionale.

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, come si vedrà, nelle classificazioni qui riportate i caratteri e gli estremi delle categorie elaborate dalla dottrina tedesca e da quella italiana a proposito dell'atto complesso, dell'atto collettivo, degli atti amministrativi bilaterali e dello stesso accordo normativo.

Del resto, anche Duguit si ispirò ampiamente, nel comporre le definizioni di *acte collectif, union*, *acte-condition* e *contrat*, alle teorizzazioni compiute in Germania alla fine del XIX secolo[77]. Ed infatti, con il termine di *acte collectif* egli aveva tradotto letteralmente l'espressione di *Gesamtakt*, con la quale Gierke intendeva l'atto nascente da due o più dichiarazioni di volontà, che restano parallele le une alle altre[78].

---

[74] *Ivi*, p. 402.

[75] «*… 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.

[76] *Ibidem.*

[77] Cfr. su questo punto, A. de Laubadère, F. Moderne, P. Devolvé, *Traité des contrats administratifs,* cit., p. 25; S. Flogaïtis, *Contrat et acte administratif unilatéral,* in *L'État de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 231 ss.

[78] La teoria della *Gesamtakt*, benché essa fosse stata oggetto degli studi di un considerevole numero di autori tedeschi, fu conosciuta in Francia proprio at-

Viceversa, l'*union* costituiva la trasposizione in francese della *Vereinbarung* di Binding, in cui le dichiarazioni di volontà si condizionano reciprocamente, ma dando vita ad una regola oggettiva ed impersonale.

L'*acte-condition*, a sua volta, coincideva perfettamente con il *Verwaltungsackt auf Unterwerfung*, l'atto amministrativo su sottomissione di Mayer. Ad esso la dottrina francese, da Duguit in poi, fece del resto ricorso proprio per spiegare la nomina del funzionario pubblico. Anche in Francia, infatti, questa aveva natura unilaterale, in ciò probabilmente subendo le influenze della dottrina tedesca sulla *Herrschaft* o *puissance publique*[79].

Diversamente, già si manifestava nelle elaborazioni di Duguit quella distinzione, che diverrà vera e propria spaccatura, 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*[80].

3.2. … e nella dottrina pubblicistica successiva

La teoria di Duguit provocò le immediate reazioni sia dei civilisti, in ragione dei pretesi scarsi risvolti pratici delle nuovi costruzioni[81], sia del *Conseil d'Etat*, che non riconobbe né il suo valore dottrinale né la sua pratica utilità[82].

---

traverso l'opera di Gierke, ed in particolare grazie ad un articolo del 1905 di A. Bezin pubblicato nel *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse* (1905, p. 288 ss.) ed agli studi di alcuni civilisti della levatura di V. Reglade, *De la nature juridique de l'acte d'association, Thèse*, Bordeaux, 1920 e di G. Roujou de Boubée, *Essai sur l'acte juridique collectif*, Paris, L.G.D.J., *Bibliothèque de droit privé*, 1961. Su questi aspetti, cfr. S. Flogaïtis, *Contrat et acte administratif unilatéral*, cit., p. 231.

[79] S. Flogaïtis, *Contrat et acte administratif unilatéral*, cit., pp. 234-235.

[80] L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel,* cit., p. 382.

[81] Cfr. F. Gény, *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*, cit., p. 38; S. Flogaïtis, *Contrat et acte administratif unilatéral,* cit., p. 132.

[82] 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.*

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*[83].

Tra questi, soltanto J. Waline preferì la concezione di contratto proposta dai civilisti[84].

Al contrario, il pensiero di Duguit fu seguito da L. Rolland[85], P. Duez e G. Debeyre[86], mentre G. Jèze[87] e R. Bonnard[88] 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*[89].

Quanto al contratto, atto creatore di situazioni giuridiche indi-

---

Corneille, commissaire du gouvernement, disait très justement: "Cet 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'Etat». Cfr. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, cit., p. 129.

[83] Per una ricostruzione del dibattito, vd. A. de Laubadère, F. Moderne, P. Devolvé, *Traité des contrats administratifs,* cit., p. 24 ss.

[84] 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*».

[85] L. Rolland, *Précis de droit administratif*, Paris, Dalloz. 1951.

[86] P. Duez, G. Debeyre, *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, 1952.

[87] G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif,* 3 éd. 1925, l, t. III, Paris, Dalloz, 3 éd., (1926), IV (1934), V e VI (1936), p. 25 ss. Dello stesso autore si veda altresì, Id., *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissement publics*, 3 vol., Paris, Giard, 1927-1934.

[88] R. Bonnard, *Précis de droit administratif*, cit., p. 30 ss.

[89] G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, cit., p. 25.

viduali, esso si differenziava dall'atto unilaterale unicamente per la forma e per il numero dei suoi autori[90].

Così, nell'*acte contractuel*, l'effetto giuridico era prodotto dalle dichiarazioni di volontà, reciprocamente integrantisi, di due o più individui, che perseguono effetti e finalità diverse[91].

Del resto, come Duguit aveva già segnalato a proposito degli atti plurilaterali, anche se ogni contratto è un accordo di volontà, non ogni accordo di volontà è un contratto. Non poteva pertanto aversi quest'ultimo 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*»[92].

A medesime constatazioni giungevano anche L. Rolland, P. Duez et G. Debeyre, che salutarono con favore le ricostruzioni offerte da Duguit, Jèze 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 contrapposti[93]. Risultava perciò fondamentale per una corretta analisi giuridica del fenomeno, affermare, ancora una volta, che se ogni contratto presupponeva un accordo 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*»[94].

---

[90] *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*».

[91] «*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.*

[92] *Ivi*, p. 42. A differenza di Jèze, M. Hauriou costruì una nozione di contratto originale, benché, in ultima analisi, anch'essa convergeva 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 ed., Paris, Sirey, 1916, p. 136 ss.

[93] L. Rollard, *Précis de droit administratif*, cit., n° 62.

[94] P. Duez, G. Debeyre, *Traité de droit administratif*, cit., p. 191.

3.3. La polemica di C. Eisenmann sulla distinzione tra acte unilatéral *e* acte plurilatéral.

Fino alla prima metà del secolo scorso non fu 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 dagli anni Cinquanta, da C. Eisenmann[95] e successivamente da G. Dupuis[96], P. Ferrari[97], G. Isaac[98], M. Hequard-Théron[99] e M. Rousset[100].

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

---

[95] Cfr. C. Eisenmman, *Cours de droit administratif*, Tome II, Paris, L.J.D.G., 1982, p. 210 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.

[96] 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 ss.

[97] P. Ferrari, *Essai sur la notion de co-auteur d'un acte unilatéral en droit administratif français*, in *Mél. Charles Eisenmann*, cit., p. 215 ss.

[98] G. Isaac, *La procédure administrative non contentieuse*, Paris, L.G.D.J., 1968.

[99] M. Hacquard-Théron, *Essai sur la notion de réglementation*, Paris, L.G.D.J., 1977, p. 18 ss.

[100] M. Rousset, *L'idée de puissance publique en droit administrauf,* Paris, Dalloz, 1960.

altri atti di diritto privato determinerebbe 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'édiction 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 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 contratto[101], sì che l'uno sembrava risolversi nell'altro, con esclusione di qualsiasi altra figura.

Non è raro, così, scorgere nelle opere di questi autori l'impiego dei due termini come sinonimi[102]. 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.

---

[101] 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 leurs 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*».

[102] Vd. G. Dupuis, *Définition de l'acte unilatéral*, in *Mél. Charles Eisenmann*, cit., p. 205 ss.

Queste conclusioni, soprattutto per il periodo in cui vennero elaborate, se accolte, avrebbero potuto determinare importanti ricadute pratiche e teoriche nella configurazione di alcune fattispecie consensuali, nelle quali non si poteva prescindere dal consenso del privato.

Nondimeno, se pure il criterio qualitativo si prestava 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 sia da parte della dottrina successiva[103] che della stessa giurisprudenza, ancorata, come visto su indissolubili posizioni unilateraliste.

4. *L'attività consensuale della p.a. nella dottrina francese: tra* contrat *e* règlement

Ma è soprattutto su un altro fronte che si registra la peculiarità delle elaborazioni francesi.

Nonostante il quadro di forte discredito per la negoziabilità del potere pubblico emergente dalla giurisprudenza del *Conseil d'Etat*, è proprio in Francia, infatti, che vengono conseguiti i più interessanti risultati teorici e dogmatici a proposito della figura dell'accordo normativo tra soggetto pubblico e privato.

Il che probabilmente potrebbe essere spiegato anche in ragione

[103] Cfr. R. Odent, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 2007, 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 résultante d'un acte unilatéral pris par une autorité administrative et accepté ou subi par les administrés*». Si veda altresì A. de Laubadère, F. Moderne, P. Devolvé, *Traité des contrats administratifs*, cit., p. 57, i quali, 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.

della diversa e più ampia nozione di atto amministrativo unilaterale che caratterizza la Francia rispetto agli altri ordinamenti che prenderemo in esame, a cominciare dalla Germania.

Fu forse per questo motivo, perciò, che la dottrina d'oltralpe si sentì sollecitata anche ad indagare sui possibili punti di contatto sussistenti tra le opposte figure del contratto (o meglio, della convenzione) e del regolamento.

Come visto, 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*[104].

Così era 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.

---

[104] Del resto, nel diritto amministrativo francese non rileva neppure, ai fini del regime giuridico applicabile e in punto di tutela processuale, una netta distinzione tra la dimensione individuale (*actes individuels*) o generale (*actes réglementaires*) dell'*acte administratif unilatèral*. È atto amministrativo unilaterale sia il provvedimento – espressione sconosciuta in questo ordinamento –, che traduce nel caso concreto e nei confronti di uno o più destinatari determinati le prescrizioni di legge, sia qualsiasi altro atto del potere esecutivo, ivi inclusi dunque gli atti normativi che da quest'ultimo promanano. Così, per esempio, a differenza dell'Italia, dove, come noto, il regolamento è, in linea generale, impugnabile davanti al giudice amministrativo solo insieme all'atto applicativo effettivamente produttivo di una lesione nella sfera giuridica del ricorrente; la Francia ammette la diretta ed autonoma proponibilità del *recours pour excès de pouvoir* contro i regolamenti. A partire dall'*arrêt Casanova* (C.E. 29 mars 1901), il *Conseil d'Etat* ha sviluppato infatti una concezione assai ampia di interesse ad agire in materia, che prescinde dall'effettiva lesione di una posizione giuridica soggettiva in capo al ricorrente. Ne discende, quale ulteriore e pacifico corollario, che l'annullamento con efficacia *erga omnes* del regolamento può derivare anche dal ricorso esperito dal singolo non direttamente leso dalla disposizione regolamentare. Su questi aspetti, cfr. S. Platon, *Règlements administratifs*, in *JurisClasseur Administratif*, fasc. 108-35; M. Fromont, *Droit administratifs des Etats européens*, cit., in particolare, p. 164 ss. e p. 273 ss.; J. Ziller, *Le contrôle du pouvoir réglementaire en Europe*, in *AJDA*, 1999, p. 635 ss.; G. Marcou, T.I. Khabrieva, *Les procédures administratives et le contrôle à la lumiére de l'expérience européenne en France et en Russie,* Societé de legislation comparé, Paris, 2012, p. 35 ss.

La produzione di *effets réglementaires* da parte di un atto giuridico puntuale trova la propria spiegazione nell'influenza che sul pensiero giuridico francese esercitò, ed esercita tuttora, la classificazione materialista di Duguit[105], nella quale agli *actes-subjectifs*, identificabili essenzialmente 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 successiva[106]. E se pure il *Conseil d'Etat* si guardò bene dall'utilizzarlo, in ultimo, anch'esso fece sovente ricorso alla nozione[107].

D'altra parte, secondo la dottrina francese, è possibile che alla produzione di *effets réglementaires* 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 dall'amministrazione e dal privato.

Si tratta, a ben vedere, proprio di quelle fattispecie, identificabili con il termine di accordi normativi, che nel nostro ordinamento sono state ammesse nelle sole relazioni tra soggetti pubblici e che, in Francia, già L. Duguit classificava sotto il nome di *union* e di *convention-loi*.

Ad esse del resto si riferirono anche G. Jèze e R. Bonnard quando osservavano che «*tantôt l'acte-condition est unilatéral, tantôt il*

---

[105] L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, cit., p. 64 ss.

[106] Cfr. A. de Laubadere, F. Moderne, P. Devolvé, *Traité des contrats administratifs*, 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.

[107] Così per esempio può leggersi in C.E. 16 février 1966, *Conséil départemental de la Seine de l'Ordre des chirurgiens dentistes*, a proposito dell'adesione ad una *convention-type: «Par cette adhésion, les intéressés se placent ainsi sous le régime d'un statut 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, F. Moderne, P. Devolvé, *Traité des contrats administratifs*, cit., p. 81.

est bilatéral»[108], sì che anche «*l'acte-condition peut être en forme de convention, c'est l'acte-condition-accord*»[109].

In tali casi, si verificava che dalla conclusione di un contratto, o meglio, come si vedrà, di una convenzione o di un accordo tra amministrazione e 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 réglementaires* 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*[110].

Benché, come in parte già visto, il *Conseil d'Etat* fu sempre restio ad accettarla, furono ricondotte entro questa categoria astratta le concessioni di servizio pubblico[111], gli accordi tra i *syndicats de medecins* e le *Caisses de securité sociale*, gli accordi conclusi tra lo Stato e gli *établissements d'enseignement privé*, infine, le convenzioni concluse nell'ambito delle lottizzazioni[112].

Per la vivacità e la moltitudine delle teorie cui essa diede adito,

---

[108] G. Jèze, *Principes généraux*, cit., p 47.

[109] R. Bonnard, *Précis de droit administratif*, cit., p. 35.

[110] 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*, Paris, L.G.D.J, 1971.

[111] 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. Cfr. P. Laroque, *Les usagers des services publics industriels*, Paris, Sirey, 1933, pp. 23-24.

[112] 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*, Paris, L.G.D.J., 1968, pp. 97-130; Id., *Les conventions entre personnes publiques*, in *Mél. Stassinopoulos*, Paris, L.G.D.J., 1974, 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*, Paris, Economica, 1987, p. 185; e, più di recente, D. de Béchillon, *Le contrat comme norme dans le droit public positif*, in *RFDA*, 1992, p. 15 ss.

ci soffermeremo nelle prossime pagine sulla controversa natura giuridica delle concessioni di servizio pubblico.

4.1. 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.

Normalmente nella prassi delle amministrazioni, 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 del funzionamento del servizio pubblico così come la disciplina, consensualmente definita, del rapporto tra concedente e concessionario.

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 seriamente[113] – dal richiamo ad esso compiuto nel *cahier des charges particu-*

[113] 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 *recour 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 legittimazione 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.*

lier 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 contrattuale (*clauses contractuelles*) e clausole di natura regolamentare (*clauses réglementaires*)[114].

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 différentes, 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*»[115].

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 del soggetto privato.

---

[114] L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, cit., p. 420 ss. Dello stesso autore, si veda altresì Id., *De la situation des particuliers à l'égard des services publics*, in *Rev. dr. pub.*, 1907, p. 411 ss.

[115] L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, cit., p. 421.

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 *recours pour excès de pouvoir.*

A medesime conclusioni giungevano anche Jèze[116] e Bonnard[117], i quali sottolineavano come la concessione, o, il che è lo stesso, il *cahier des charges particulier*, atteggiandosi 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 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 contratto[118].

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 scon-

---

[116] G. Jèze, *Contrats administratifs*, cit., p. 157 ss.

[117] R. Bonnard, *Précis de droit administratif*, cit., p. 714 ss.

[118] A. de Laubadère, F. Moderne, P. Devolvé, *Traité des contrats administratifs*, cit., p. 104.

trasse con eventuali pretese contrattualmente acquisite (*droits acquis*) da parte del concessionario[119].

La teoria dell'atto misto, così definita, alla quale aderì la maggior parte della dottrina[120], trovò notevole eco anche all'interno della giurisprudenza del Consiglio di Stato[121].

Le ricostruzioni di Duguit, Jèze e Bonnard infatti vennero salu-

---

[119] Fu quanto sostenuto da Hauriou e Jèze 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 Laubadére 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*, cit., p. 1, p. 164.

[120] Aderirono a questa tesi, tra gli altri, anche H. Berthélemy, *Traité de droit administratif*, cit., p. 711; R. Bonnard, *Précis de droit administratif*, cit., p. 715; L. Rolland, *Précis de droit administratif,* 1950, n° 149; Id., *La concession*, in *Rev. dr. pub.*, 1909, p. 520 ss.; J. Waline, *Traité élémentaire de droit administratif*, cit., p. 392; J. Rivero, *Droit administratif*, cit., p. 411; Y. Madiot, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral,* cit., p. 1 e 151 ss.

[121] 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 collectifs est l'objet même du service public*». Il testo è riportato in Y. Madiot, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral*, cit., p. 159. Inoltre, a definitiva consacrazione della teoria di Duguit, il C.E. ne ricavò differenti corollari. Non solo riconobbe all'utente del servizio pubblico la facoltà di esperire il *recours pour excès de pouvoir* in caso di violazione delle *caluses règlementaires* del *cahier des charges* (*inter alia*, C.E. 21 décembre 1906, *Syndicat Croix-de-Seguey*; C.E. 27 novembre 1935, *Baudoin*; C.E. 7 novembre 1958, *Sté Electricité et eaux de Madagascar*), ma stabilì anche che il concessionario non potesse derogare alle regole generali del servizio pubblico, fissate nel *cahier des charges*, per il tramite di un accordo particolare concluso con un utente (C.E. 5 mai 1943, *Cie générale des eaux*).

tate positivamente soprattutto dai detrattori delle tesi contrattuali, sviluppatesi intorno alla fine del XIX secolo[122].

Secondo queste ultime[123], 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 parti[124]. Le posizioni di diritto soggettivo riconosciute in capo agli utenti venivano spiegate invece mediante il ricorso alla c.d. *stipulation pour autrui*[125].

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

---

[122] 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 loi à l'administration?*, D. 1953, Chron. p. 87.

[123] 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*.

[124] 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 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*, cit., p. 149.

[125] E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2 éd., t. I, Paris, L.G.D.J, 1896, p. 605.

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.*

4.2. 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, en un autre sens le mode de gestion d'un service public à besoins variables*»[126].

Ma la teoria della doppia natura, seppure apparve ad alcuni sostenibile[127], fu criticata da un punto di vista formale oltre che giu-

[126] C.E. 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*. Cfr. S. Flogaïtis, *Contrat et acte administratif unilatéral,* cit., p. 238.

[127] Essa fu per un certo periodo sostenuta anche dallo stesso Hauriou, il quale, invero, secondo la ricostruzione che del suo pensiero diedero A. de Laubadére, 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*

ridico: in effetti era difficile concepire che lo stesso atto avesse una natura differente a seconda dei soggetti 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 pubblico[128].

4.3. 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

---

quartier Croix-deSeguey-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 éd. Sirey, Paris, 1933, p. 1015. Cfr. altresì, A. de Laubadère, F. Moderne, P. Devolvé, *Traité des contrats administratifs,* cit., p. 103; Y. Madiot, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral*, cit., pp. 149-152.

[128] A. de Laubadère, F. Moderne, P. Devolvé, *Traité des contrats administratifs*, cit., p. 104; Y. Madiot, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral*, cit., p. 151.

potestà pubbliche, la fattispecie delle *conventions à conséquences réglementaires.*

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 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 jurdiques 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, di isolare rispetto a questo tutti quegli accordi che gli autori definiscono con il termine di *conventions à conséquences règlementaires*.

Queste fattispecie, a loro volta, comprendevano al loro interno due distinte tipologie: da una parte, le convenzioni che attribuisco-

no individualmente ad un soggetto una situazione regolamentare già definita, c.d. *conventions attributives de situations règlementaires* e che rientrano in quelli che Duguit aveva definito *actes-condition*; dall'altra, quelle che hanno 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 règlementaires*, e che venivano identificate con la *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 règlementaires* le modifiche delle disposizioni a carattere normativo in esse contenute operano automaticamente, *de plano,* senza necessità di un mutuo consenso delle parti; mentre nelle *conventiones à effets réglementaires*, gli effetti normativi sono 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 parti[129].

Proprio la presenza di elementi di natura consensuale con quelli di natura regolamentare induceva, infine, de Laubadére, Moderne e Devolvé a collocare la concessione di servizio pubblico tra le *conventions à effets réglementaires*, che di esse costituiva 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 terzi[130].

L'aspetto interessante della teoria stava quindi nel concepire come perfettamente possibile che situazioni di carattere oggettivo ed impersonale, per dirla con Duguit, disposizioni di natura normativa, secondo un'espressione a noi più prossima, ed applicabili quindi ad una pluralità indistinta di soggetti, potessero essere poste nell'ordinamento giuridico per effetto dell'incontro delle volontà di un soggetto pubblico e di un soggetto privato.

---

[129] Cfr. A. de Laubadère, F. Moderne, P. Devolvé, *Traité des contrats administratifs*, cit., pp. 28-43.

[130] *Ivi*, pp. 105-109.

*4.4. 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. Madiot[131], rinvenendosi, qui, una matrice pienamente contrattuale della fattispecie[132].

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 regolamentari[133].

Egli definì, non a caso, il proprio *acte mixte* come un *contrat* (*de droit public ou de droit privé*) *à effets réglementaire*s.

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 ces derniers émettent un consentement. En d'autres termes il produit de véritables effets réglementaires*»[134].

Egli analizzava sotto questa copertura, da una parte, un certo numero di «*accords collectifs*» (le *conventions collectives,* gli *accords collectifs en agriculture,* gli accordi tra *Syndicats des médecines* e la *Caisse de securité 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

---

[131] Y. Madiot, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral: recherche sur la notion d'acte mixte en droit public français*, cit.

[132] La figura elaborata dall'autore diverge in parte anche dalla teoria de l'*acte mixte* analizzata in precedenza.

[133] *Ivi*, p. 294.

[134] *Ivi*, pp. 28-29.

precisava la nozione, definendo più propriamente l'*acte mixte* come «*l'acte passé entre une ou plusieurs personne privées et l'administration et qui associe, par fusion ou juxtaposition des éléments contractuels à des éléments réglementaires*»[135].

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

[135] *Ivi*, p. 243.

stessa 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.

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.

5. «L'essor du concept contractuel». *La fioritura delle convenzioni dopo le prime riforme sul decentramento e gli sviluppi recenti*

«*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. Richer[136] in un convegno dal titolo «*Puissance ou impuissance publique*», il cui interrogativo di fondo era se lo Stato potesse ancora ricorre 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.

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 concertazione[137].

Quale che fosse l'atteggiamento della giurisprudenza, l'uso crescente del dialogo con i privati nel processo di formazione ed appli-

---

[136] L. Richer, *Présence du contrat*, in *AJDA*, 1999, p. 34.

[137] Y. Jégouzo, *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*, Paris, Dalloz, 2004, p. 544. Anche lo stessto J. Moreau dovette ammettere «*qu'existe une sorte de mode contemporain 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*», cfr. J. Moreau, *Les matières contractuelles*, in *AJDA*, 1998, p. 747.

cazione 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 pubblico[138], e il mito di una sua formulazione astratta ed autoritaria cedeva a meccanismi di concreta, pragmatica, concertata o contrattata determinazione insieme al privato[139].

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 amministrativa[140], collocati entro la cornice di un nuovo *droit négocié*[141].

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 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*[142].

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*»[143].

Nonostante perciò il fermo divieto della giurisprudenza, il ri-

---

[138] Cfr. H. Zeghbib, *Le contrat dans l'action publique. Retour sur une pratique établie,* in *Mél. Guibal*, t. II, cit., p. 613 ss. Si veda altresi, 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.

[139] G. Clamour, *Esquisse d'une théorie générale des contrats publics*, in *Mél. Guibal*, cit., t. II, p. 671 ss.

[140] Cfr. P. Idoux, *Dynamique contractuelle et dynamique délibérative dans le renouvellement des méthodes d'action publique*, in *Mél. Guibal*, t. II, cit., p. 547 ss.

[141] 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 du réseau européen droit et société, maison des Sciences de l'Homme*, n° 5, 1998, p. 21 ss.; J. Cailosse, *Sur la progression en cours des techniques contractuelles d'administration*, in L. Cadiet (sous la dir.), *Le droit contemporain des contrats*, cit., p. 89 ss.

[142] Cfr. J.-C. Hélin, R. Hostiou, Y. Jégouzo (dir.), *Les nouvelles procédures d'enquête publique*, Paris, Economica, 1986.

[143] Cfr. J.D. Dreyfus, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, cit., p. 208.

corso 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*[144].

Dopo la prima fase, cui abbiamo dedicato la prima parte del 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 Stato, e all'immagine di rapporti gerarchici e discendenti tra lo Stato medesimo e i suoi cittadini, si sostituiva un paesaggio istituzionale di collettività locali autonome e libere di amministrarsi[145].

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 e la necessità di coordinare la *clause générale de compétence* con la pluralità di funzioni amministrative di cui le collettività territoriali furono investite, fecero il resto.

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*

---

[144] L. Richer, *La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques*, in *AJDA*, 2003, p. 973 ss.

[145] Così, M. Hecquard-Théron, *La contractualisation des actions et des moyens publics d'intervention*, in *AJDA*, 2003, p. 452; R. Denoix de Saint Marc, *La question de l'administration contractuelle*, in *AJDA*, 2003, p. 970 ss.

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*. Gia la *loi du 13 juillet 1991* aveva invece istituito i *contrats de ville*[146].

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: «*aucun 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*»[147].

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 locali[148]. E il contratto, nella sua espressione più lata, conosceva nuovi approdi.

---

[146] Cfr. J.H. Sueur, *Développement local et droit négocié: l'expérience des chartes intercommunales d'aménagement et de développement*, in *RDP* 1988, p. 199 ss.; E. Fatome-J. Moreau, *L'analyse juridique dans le contexte de la décentralisation*, in *AJDA*, 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 ss.; Id., *Les contrats entre l'Etat et les collectivités territoriales. Réflexions sur quelques problèmes juridiques et administratifs*, in *AJDA*, 2003, p. 982 ss.

[147] 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*, in J. Moreau, G. Darcy (dir.), *La libre administration des collectivités locales. Réflexions sur la décentralisation*, Economica, Paris, 1984, p. 103 ss.

[148] Cfr. per questi aspetti, D. Turpin, *La protection constitutionnelle de la liberté contractuelle*, in *Mèl. Guibal*, t. I, p. 63 ss.; nonché i numerosi contributi del Dossier *AJDA* del 1998 dedicato al tema. Si vedano, in particolare, C. Brechon-Moulenes, *La liberté contractuelle des personnes publiques*, p. 643 ss.; E. Picard, *La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental?*, p. 651 ss.; B. Stirn, *La liberté contractuelle, droit fondamental en droit administratif?*, p. 673 ss.

È *l'époque du tout contractuel*[149], del *pan-contractualisme*[150] e dell'*idéologie du contrat*[151]. 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 contrattuali[152].

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 convenzione[153].

Ma il contratto guadagnava spazi anche nelle *matierès regaliennes*, insinuandosi sempre più nell'ambito delle c.d. *operations matérielles de police*, man mano che questa veniva assimilata al *service public*[154]. 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*"[155]. Ne derivava anche un'attenuazione del dogma dell'incompatibilità tra *police* e *contrat*[156] e la stessa delega delle funzioni di sorveglianza e

---

[149] L. Richer, *La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques*, cit., p, 974.

[150] F. Moderne, *L'évolution récente du droit des contrats administratifs: les conventions entre personnes publiques*, in *RFDA*, 1985, p. 1.

[151] J. Cailosse, *Sur la progression en cours des techniques contractuelles d'administration*, cit., p. 89.

[152] 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,* Paris, L.J.D.G., 2004.

[153] Cfr., M. Hecquard-Théron, *La contractualisation des actions et des moyens publics d'intervention*, cit., p. 453.

[154] J. Petit, *Nouvelles d'une antinomie: contrat et police*, cit., p. 358; R. Chapus, *Droit administratif général*, 15e éd., Paris, Montchrestien, 2001, p. 697.

[155] J. Moreau, *Les matières contractuelles*, cit., p. 748;

[156] Vd. per questi aspetti J. Petit, *Nouvelles d'une antinomie: contrat et police*, cit., p. 355 ss.; J.B. Auby, note sous C.E. 1 avril 1994, *Commune de Menton*, in *RDP*, 1994, p. 1825 ss.; R. Denoix de Saint Marc, *La question de l'administration contractuelle*, cit., p. 970 ss.; E. Lemaire, *Actualité du principe de prohibition de la privatisation de la police*, in *RFDA*, 2009 p. 767 ss.; L. Moreau, *La contractualisation de l'exercice de la police administrative*, in *Mél. Guibal*, cit., t. II, p. 171 ss. E in giurisprudenza, C.E. 29 décembre 1997, *Commune d'Ostricourt*; C.E. 27février 2004, *Mme Popin.*

vigilanza a soggetti privati, se pure faceva sorpresa, non scandalizzava più[157].

All'inizio degli anni Novanta, poi, il legislatore introduceva 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.*

Benché sia fatta coincidere ancora oggi con un *contrat administratif*, la *convention de délégation de service public* conserva un tratto distintivo proprio 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* per come elaborata dalla giurisprudenza, scartando invece quella delle *conventions à conséquences réglementaire*[158].

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 riforme dell'amministrazione territoriale degli anni Ottanta, il ricorso a tecniche consensuali sembra, alla fine del secolo, non conoscere più frontiere[159]. E il tema del confine tra *contrat*, *règlement* e *acte unilatérale* riprende nuovo vigore nella dottrina: *actes unilatéraux négociés*, *actes négociés, actes négociés contractuels, accords contractuels, actes normatifs bilatéraux*, *conventions de police*, … non si poneva più limite alle classificazioni dogmatiche[160].

---

[157] E. Lemaire, *Actualité du principe de prohibition de la privatisation de la police*, cit., p. 767 ss.; L. Richer, *Présence du contrat*, cit., p. 34 ss.

[158] Cfr. J.B. Auby, C. Maugué, *Les contrats de délégations de service public*, in *La Semaine Juridique*, n° 9, mars 1994. 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 ss. e 875 ss.; C. Chenuaud-Frazier, *La notion de délégation de service public*, *RDP*, 1995, p. 175 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 *AJDA* 2004. 1449.

[159] P. Idoux, *Dynamique contractuelle et dynamique délibérative*, in *Mél. Guibal*, t. II, cit., p. 548.

[160] Vd. E. Picard, *La notion de police administrative*, cit., p. 754 ss.; R. Chapus, *Droit administratif général*, cit., p. 493; F. Feral, *Contrat public et action publique: au cœur d'une administration régulatrice*, cit., p. 537.

Resta ferma ed imperitura, però, la chiusura del Consiglio di Stato.

5.1. La teoria delle clauses réglementaires *dei* contrats administratifs*: dall'*arrêt Cayzeele *all'*arrêt Bonhomme

Un primo varco di luce sembra però essersi aperto anche nella giurisprudenza francese, per effetto di un processo elaborativo connesso proprio alla teoria delle *clauses réglementaires* dei *contrats administratifs*, iniziato con la sentenza *Cayzeele* del 1996 e portato, di recente, a nuovi ed interessanti sviluppi con il c.d. *arrêt Bonhomme* (o *Département du Tarn-et-Garonne*).

In linea generale, lo si è visto, secondo il *Conseil d'Etat* l'accordo che produce *effets réglementaires* nei confronti dei terzi viene giudicato tale solo in apparenza e, per tale via, riqualificato come un mero atto amministrativo unilaterale (*acte réglementaire*). Tuttavia, in taluni casi, il giudice amministrativo francese ha ammesso che un *contrat administratif* propriamente inteso possa produrre, al pari di un regolamento, effetti anche al di fuori delle parti.

Nel primo caso, è la volontà dell'amministrazione ad incorporare l'accordo nel *règlement*; nel secondo, le determinazioni del soggetto pubblico sono tali da comportare l'inserimento di disposizioni normative all'interno di uno schema contrattuale.

Se, infatti, per principio generale un *contrat administratif* non può creare diritti o obbligazioni a carico dei terzi senza il loro consenso[161] e, allo stesso modo, i terzi non possono invocare un *contrat administratif*[162], talvolta la sfera di applicazione personale del contratto viene ampliata dal giudice proprio attraverso l'espediente delle *clauses réglementaires*.

---

[161] C.E. 7 octobre 1987, *Sté des casinos de Touquet.*

[162] C.E. 23 juin 1976, *Latty*; C.E. 1er mars 1991, *Pabion.* Il principio della relatività degli effetti del contratto, sancito dall'art. 1165 del *Code civil*, ai sensi del quale «*les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elle ne nuisent point aux tiers …*», è richiamato ed applicato dal *Conseil d'Etat* anche per i *contrats administratifs*. Cfr, p. es., C.E. 20 octobre 2000, *Perreau*. Sul principio in questione si veda M. Ubaud-Bergeron, *Le juge, les parties et les tiers: brèves observations sur l'effet relatif du contrat*, in *Mél. Guibal*, cit., p. 575 ss.

Come visto in precedenza, la compresenza nel medesimo negozio bilaterale di clausole di natura contrattuale (*clauses contractuelles*) e di clausole regolamentari (*clauses réglementaires*) era già stata ammessa anche dal giudice amministrativo, per spiegare la natura di atto complesso della *concession de service public*[163]. Ma l'efficacia plasmante dell'analisi materialista degli atti giuridici di Duguit e di Jèze ha comportato un'estensione tale della teoria delle *clauses réglementaires*, da spingere lo stesso *Conseil d'Etat* ad applicarla anche ad altri tipi di contratto dell'amministrazione, diversi dalla concessione, ma aventi pur sempre ad oggetto l'affidamento di un servizio pubblico[164].

Alla base di questa eccezione al principio di relatività degli effetti del contratto vi è, in fondo, sempre la medesima esigenza: pre-

---

[163] Si veda in proposito quanto già esposto nei precedenti paragrafi. Qui si ripropone la definizione che di *clauses contractuelles* e di *clauses réglementaires* hanno fornito A. DE LAUBAÈRE, F. MODERNE e P. DEVOLVÉ, in *Traité de contrats administratifs*, cit., p. 109: «*alors que les clauses contractuelles, en raison de la relativité des effets des contrats, ne peuvent ni être invoquées par les usagers, qui sont tiers au contrat, ni leur être opposées, les clauses réglementaires jouent, à leur profit ou à leur détriment, exactement le rôle d'un règlement*». Secondo S. NICINSKY, *L'usager du service public industriel et commercial*, Paris, L'Harmattan, 2003, possono distinguersi tre grandi categorie di *clauses règlementaires*: le clausole che stabiliscono i grandi principi del servizio pubblico; quelle che disciplinano lo *status* dell'utente e, infine, alcune disposizioni relative al rapporto tra l'amministrazione ed il concessionario. La giurisprudenza relativa alle *conventions de délégation de service public* è particolarmente fornita al riguardo. Sono regolamentari le clausole che determinano le modalità di erogazione del servizio pubblico a favore degli utenti (C.E. 10 juillet 1996, *Cayzeele*; C.E. 14 janvier 1998, *Commune de Toulon et Cie des eaux et de l'ozone*); quelle che limitano la responsabilità del gestore nei loro confronti (C.E. 11 juillet 2001, *Sté des eaux du Nord*); quelle che fissano le tariffe (C.E. 5 mai 1961, *Ville de Lyon*; C.E. 29 avril 1988, *Union régionale de coopérative agricole*; C.E. 15 avril 2007, *Fédération Nationale de l'aviation marchande*). Si vedano inoltre C.E. 5 mars 1943, *Cie Générale des Eaux*; C.A. Paris 26 avril 1989, *Sté des Pompes Funèbres Générales*; C.E. 29 décembre 1997, *Bessis*; C.E. 30 octobre 1996, *Wajs*. Cfr. per questi aspetti anche B. SEILLER, *Acte administratif (I-Identification)*, *B-Clauses règlementaires*, n° 67, *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, cit., pp. 228-229.

[164] La presenza di *clauses règlementaires* è così stata ammessa a proposito di un contratto concluso tra lo Stato francese e la compagnia *Air France* per l'integrazione del personale di *Air Algérie* (C.E. 23 février 1968, *Picard*) o per la definizione delle linee aeree della compagnia *Air-Inter* (CE 18 septembre 1977, *Chambre de commerce La Rochelle*).

servare dalla contrattazione con il privato la disciplina del funzionamento e dell'organizzazione del servizio pubblico[165].

Ma v'è di più. In taluni casi, infatti, la giurisprudenza francese si è spinta tanto avanti da ammettere l'esistenza di contratti forniti esclusivamente di clausole regolamentari[166], ovvero a riconoscere la produzione di *effets réglementaires* da parte di *contrats* soggetti ad approvazione dell'autorità amministrativa, a prescindere dalla loro afferenza all'organizzazione di un *service public*[167].

Il che probabilmente è già di per sé sufficiente per cogliere la differenza tra la nozione di contratto che vige, per esempio, nel nostro ordinamento e quella che caratterizza il sistema francese. Ed infatti se, come visto in precedenza, nella commistione tra l'elemento normativo – produttivo di effetti nei confronti dei terzi – e l'elemento contrattuale – *res inter alios acta* – una parte della dottrina, a noi forse più congeniale e vicina, vi ravvisava l'essenza di una diversa fattispecie a metà tra il regolamento ed il contratto, il *Conseil d'Etat* non ha mai messo in discussione la natura di *contrat administratif* per queste fattispecie: «*les effets sont donc réglementaires, mais l'acte n'en demeure pas moins contractuel*»[168].

La giurisprudenza francese, in altri termini, non ha accolto, neppure in questo caso, la teoria delle *conventions à effets réglementai-*

---

[165] Del resto, analoghe conseguenze possono apprezzarsi nel caso di atti unilaterali posti in essere dal soggetto privato incaricato della gestione di un servizio pubblico: il criterio de l'*organisation d'un service public* fa sì che i suoi atti acquistino natura regolamentare (T.C. 15 janvier 1968, *Compagnie Air France c. Époux Barbier*). Cfr. B. Seiller, *Acte administratif (I-Identification), B-Clauses règlementaires*, cit., n° 66.

[166] È il caso delle convenzioni costitutive di un *groupement d'intérêt public*: C.E. 14 janvier 1998, *Syndicat National des personnel des affaires sanitaires et sociales*; C.E. 14 janvier 1998, *Syndicat départemental Interco*.

[167] È il caso delle *conventions nationales médicales*, concluse, a partire dal 1971, tra gli organismi rappresentativi dei medici e le *Caisses nationales de Sécurité sociale*. Per effetto della successiva approvazione delle convenzioni da parte del Ministro della Salute, esse si applicano a tutti i soggetti del settore senza che sia richiesta alcuna specifica ed individuale adesione. Cfr. C.E. 18 octobre 1974, *Confédération nationale des auxiliaires médicaux*; C.E. 18 février1977, *Hervouët*; C.E. 9 octobre 1981, *Syndicat des médecins de la Haute-Loire*; C.E. 10 juin 1994, *Confédération française des syndicats de biologistes*. Su questi aspetti si veda anche M. Chenevoy-Gueriaud, *Les conventions nationales médicales*, PU Clermont-Ferrand, 2004.

[168] L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, cit., p. 67.

res o dell'*acte mixte*, ma ha ribadito la natura giuridica di contratto amministrativo, al più separando all'interno di quest'ultimo, secondo l'insegnamento di Duguit, le *clauses réglementaires*[169].

Cionondimeno, può forse intravedersi un primo indebolimento dei confini tra il *contrat administratif* e l'*acte réglementaire* proprio nell'importante *revirement* del *Conseil d'Etat* del 1996.

Con il noto *arrêt Cayzeele*[170] è stata ammessa infatti per la prima volta[171] la generale ricevibilità del *recours pour excès de pouvoir* del terzo contro le *clauses réglementaires* contenute in un qualsiasi contratto di diritto amministrativo.

In Francia, il regime del contenzioso dei *contrats administratifs*[172] ha risposto, almeno sino a tempi recenti, alla precisa esigenza di preservare la stabilità del negozio. Ne è derivata la scelta di riservare gli strumenti di tutela diretti contro quest'ultimo (*recours de pleine juridiction*) esclusivamente alle parti[173].

Se nei sistemi giuridici che hanno scelto di sottoporre i con-

---

[169] La teoria delle *clauses réglementaires* ha prevalso su quella civilistica della *stipulation pour autrui*, che mal si adeguava al differente contesto pubblicistico. Quest'ultima, infatti, presuppone un interesse personale dello stipulante e il suo regime ruota attorno al fondamento della volontà delle parti, mentre nel diritto pubblico francese non solo l'amministrazione non ha né persegue un interesse personale, ma soprattutto i rapporti con gli amministrati non possono essere retti dalla logica contrattuale e dalla volontà delle parti. Cfr. L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, cit., pp. 229-230.

[170] C.E. 10 juillet 1996, *Cayzeele*.

[171] Ammesso solo per la *concession de service public* (C.E., 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*; C.E. 27 novembre 1935, *Baudoin*; C.E. 7 novembre 1958, *Sté Electricité et eaux de Madagascar*; C.E. 11 décembre 1963, *Syndicat de défense du rétablissement de la voie ferrée Bort-Eygurande*), il ricorso dei terzi contro le *clauses réglementaires* era invece stato negato per tutti gli altri tipi di *contrat administratif* (C.E. 19 octobre 1934, *Association des usagers de l'énergie électrique de Saint-Omer*; C.E. 16 avril 1986, *Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion*). Cfr. P. Devolvé, *Le recours pour excès de pouvoir contre les dispositions réglementaires d'un contrat. Note sous Conseil d'Etat, 10 juillet 1996, M. Cayzeele*, in *RFDA*, 1997, p. 89 ss.

[172] Su cui si veda D. de Béchillon, *Contrats administratifs (Contentieux des)*, in *Répertoire Dalloz de contentieux administratif.*

[173] C.E. 22 avril 1988, *Labit*; C.E. 14 mars 1997, *Cie d'aménagement des coteaux de Gascogne.* Per una ricostruzione del tema si veda anche R. Noguellou, *France*, in R. Noguellou, U. Stelkens (dir.), *Droit comparé des Contrats Publics*, cit., p. 694 ss.

tratti dell'amministrazione al diritto privato, come l'Italia, l'azione di nullità può essere esperita da chiunque abbia interesse – salva una rigorosa interpretazione dell'interesse ad agire[174] –, in Francia, la peculiare connotazione pubblicistica del *contrat administratif* ha comportato, almeno in punto di tutela giurisdizionale, un'applicazione letterale del principio di relatività degli effetti del contratto[175].

Fino al 1996, perciò, l'unica azione messa a disposizione del terzo era rappresentata dal *recours pour excès de pouvoir* ma contro gli *actes détachables* del contratto[176], ciò che, secondo una nota espressione, garantirebbe solo una tutela "*platonique*"[177].

L'*arrêt Cayzeele*, ammettendo la ricevibilità del *recours pour*

---

[174] Sul tema si rinvia a S. Pagliantini, *L'azione di nullità tra legittimazione ed interesse*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2011, in particolare p. 429 ss., ove l'autore rileva come l'art. 1421 c.c. vada interpretato solo a favore di quei terzi che vantino una posizione giuridica dipendente rispetto a quella delle parti del contratto (creditori ed aventi causa) e vada, altresì, ristretto ai soli casi in cui dalla declaratoria di nullità del contratto il terzo possa conseguire una *particolare utilità personale*, tesa ad una modificazione in senso vantaggioso della propria sfera patrimoniale. Infatti, «il terzo attore non lo si può immaginare come occasionale artefice, in giudizio, della protezione di un interesse collettivo» alla validità o alla liceità del negozio (p. 433).

[175] Sulla comparazione tra i diversi regimi del contratto amministrativo nei distinti Paesi europei la bibliografia è vasta, nondimeno sia consentito rinviare ad alcuni contributi fondamentali: R. Noguellou, U. Stelkens (dir.), *Droit comparé des Contrats Publics*, cit.; A. Massera, *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione*, in G. Napolitano (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Giuffrè, 2007, p. 175 ss.; M. Fromont, *Droit administratifs des Etats européens*, cit., in particolare, p. 298 ss.; E. Ferrara (a cura di), *I contratti della pubblica amministrazione in Europa*, Giappichelli, 2003.

[176] Sono considerati *actes détachables* una serie di atti unilaterali dell'amministrazione che precedono la stipulazione del contratto, i quali, nonostante la loro natura preparatoria, possono produrre effetti pregiudizievoli (*faisant grief*) nei confronti dei terzi. La pronuncia cui si fa risalire la *théorie des actes détachables du contrat* è C.E. 4 août 1905, *Martin*. Già con la sentenza *Commune de Gorre* del 4 août 1903, di due anni precedente, il C.E. aveva ammesso invece la ricevibilità del ricorso per eccesso di potere contro gli *actes détachables* dei contratti di diritto privato delle amministrazioni francesi.

[177] L'espressione è del *Commissaire du Gouvernement* Romieu, che la impiegò nelle sue conclusioni all'*arrêt Martin*. L'annullamento dell'*acte détachable* da parte del giudice dell'*excès de pouvoir* non sortisce alcun effetto diretto sul contratto. In ragione della separazione sussistente tra i due tipi di contenzioso, è l'amministrazione, messa in mora dal terzo, che deve attivarsi per risolvere il contratto o per stimolare una declaratoria di nullità da parte del giudice de *l'execution* (o di *pleine*

excès de pouvoir contro le *clauses réglementaires*, ha aperto quindi una breccia nel *contrat administratif*. Così facendo, infatti, il C.E. ha spezzato il dogma, incontestato sino a quel momento, secondo cui il contratto non può essere, in tutto o in parte, aggredibile dai terzi e soprattutto mediante ricorso per eccesso di potere[178].

È proprio in questo arresto che, perciò, alcuni hanno visto finalmente un'apertura del giudice francese alla teoria di Y. Madiot: l'estensione, a favore del terzo, della tutela tipica degli atti amministrativi illegittimi contro clausole regolamentari, direttamente lesive dei loro interessi, e contenute in un contratto da altri concluso, potrebbe significare il riconoscimento dell'effettiva sussistenza di una natura e quindi di una disciplina ibrida della fattispecie, (nuovamente) a metà tra contratto e regolamento[179].

D'altra parte, sarebbe possibile ravvisare una destrutturazione, se così la si vuol definire, del *contrat administratif* anche in nuovi e più recenti sviluppi.

Tra il 2007 e il 2014, infatti, il terzo ha visto ulteriormente ampliate le sue possibilità di tutela: non più limitate al solo *acte détachable* o alle *clauses réglementaires*, ma estese alle stesse *clauses contractuelles* o al contratto nel suo insieme.

Prima infatti l'*arrêt Tropic*[180] e poi l'*arrêt Bonhomme*[181] hanno riconosciuto definitivamente la possibilità per il terzo – salva una rigorosa prova del proprio interesse ad agire – di esperire l'azione di nullità con *recours de pleine juridiction*.

Se l'*arrêt Tropic*, sotto l'influsso comunitario, aveva riconosciuto tale possibilità ai concorrenti non aggiudicatari, è l'*arrêt Bonhomme* che la estende «*à tout tiers à un contrat administratif*», che sia

juridiction). Cfr. C.E. 24 mai 2001, *Avriller*; C.E. 10 décembre 2003, *Institut de recherche pour le développement*.

[178] Sul principio si veda P. Devolvé, *Les stipulations contractuelles ne sont ni attaquables ni invocables en excès de pouvoir. Note sous Conseil d'Etat 14 mars 1997, Compagnie d'aménagement des coteaux de Gascogne*, in *RFDA*, 1997, p. 349 ss.

[179] M. Ubaud-Bergeron, *Le juge, les parties et les tiers: brèves observations sur l'effet relatif du contrat*, cit., p. 590.

[180] C.E.16 juillet 2007, *Tropic*.

[181] C.E. 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne.*

stato «*lésé dans ses intêréts de façon suffissamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses*»[182].

La novità è considerevole per l'ordinamento francese, in quanto ora la stabilità del *contrat administratif* – così come quella di un atto amministrativo unilaterale – può cedere sotto l'azione di terzi, tra i quali, si ritiene, possano essere ora annoverati anche gli utenti di un servizio pubblico, i contribuenti di un comune parte del contratto, le associazioni dei consumatori[183].

La piena equiparazione tra gli strumenti di tutela contro gli atti e i contratti amministrativi a favore di chiunque possa risultare pregiudicato dalle relative disposizioni o stipulazioni, e quindi la piena equiparazione tra la posizione di terzo rispetto al contratto e quella di controinteressato rispetto al provvedimento, potrebbe forse indurre la dottrina francese ad interrogarsi nuovamente su ciò che per il diritto amministrativo francese è davvero un *contrat administratif*, nel quale tornare a scindere ed isolare le figure ibride a metà tra *contrat* e *règlement* o tra *contrat* e *acte administratif unilatéral*.

D'altra parte, non si può mancare di osservare come la tutela accordata al terzo dinanzi ad un negozio che produca effetti pregiudizievoli nella sua sfera giuridica possa anche ricordare la clausola di salvaguardia dei diritti dei terzi prevista dall'art. 11 della l. n. 241/1990 a proposito degli accordi amministrativi[184] ovvero, co-

---

[182] La sentenza specifica altresì che il terzo potrà lamentare solo quei vizi del contratto che siano «*en rapport direct avec l'inêrét lésé … ou d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office*». Per un commento alla pronuncia, si veda P. Devolvé, *De Martin à Bonhomme. Le nouveau recours des tiers contre les contrats administratifs. Note sous Conseil d'Etat 4 avril 2014, Département de Tarne et Garonne*, in *RFDA* 2014, p. 438 ss. Secondo l'A., inoltre, il *recours de pleine juridiction* contro il contratto nel suo intero o contro sue singole clausole contrattuali dovrebbe ora assorbire il *recours pour excès de pouvoir* diretto contro le clausole regolamentari. Sarebbe perciò il giudice de l'*execution* a dover conoscere anche di queste ultime, pena una rigida ripartizione tra le azioni nella pratica inaccettabile.

[183] Cfr. S. Dyens, *Le recours «Tarn-et-Garonne»: quand la sécurité prime sur la legalité*, in *AJ Collectivité Territoriales*, 2014, p. 375 ss.

[184] Su cui si veda T.A.R. Lombardia, Brescia, 29 settembre 2005, n. 903. In dottrina, cfr. L. De Lucia, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, Giappichelli, 2005, in particolare, p. 158 ss.; e per una distinzione tra la nozione di terzo rispetto al contratto e quella

me si vedrà, dal § 58-I della *Verwaltungsverfahrengesetz* a proposito dell'*öffentlich-rechtlicher Vertrag*.

Resta da capire quale potrà essere l'attenzione che la dottrina francese riserverà ai possibili scenari aperti dalla nuova pronuncia.

In tempi più recenti, infatti, gli stessi giuristi hanno dimostrato un nuovo generale scetticismo rispetto alla teoria degli atti amministrativi negoziali, argomentando soprattutto sugli effetti negativi prodotti dall'incontro consensuale tra l'interesse pubblico e gli interessi egoistici dei privati e sul rischio di una commercializzazione delle funzioni amministrative, esercitate a favore del miglior offerente.

Criticata del resto è anche la carenza di vincolatività degli accordi, che colloca in una perdurante incertezza gli operatori economici[185].

Sembrerebbe quasi che presa contezza della loro esistenza, davanti al bivio se accoglierli o non accoglierli nel proprio ordinamento, la Francia, almeno al momento, abbia preferito la seconda strada[186].

---

di terzo rispetto all'accordo amministrativo, F. TIGANO, *Gli accordi procedimentali*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 173 ss.

[185] Già nel 2000, il *Rapport Mauroy* «*Refonder l'action publique locale*» aveva messo in discussione il fenomeno consensuale: «*si la contractualisation est positive, sa systématisation a des effets pervers*». Così alcuni hanno iniziato a sostenere che «*il faut se défaire des illusions du tout contractuel*» e l'entusiasmo dei primi sostenitori ha suscitato le critiche dei più. Se alcuni non hanno creduto fino in fondo nelle capacità taumaturgiche dello strumento consensuale, troppo millantate per essere vere, per altri le disillusioni nascevano soprattutto dagli effetti che emergevano e si producevano nella prassi delle negoziazioni. E si è parlato così di «*imposture*», di «*démagogie*», di «*vaine agitation pour créer l'illusion de la démocratie administrative*». Cfr. su questi aspetti, L. RICHER, *La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques*, cit., p. 973; Y. JEGOUZO, *L'administration contractuelle en question,* in *Mél. Moderne*, cit., p. 554; N. PORTIER, *Un nouveau mode de relations entre l'Etat et ses partenaires: l'exemple de l'aménagement du territoire*, in *AJDA*, 2003, p. 988; R. DENOIX DE SAINT MARC, *La question de l'administration contractuelle*, cit., p. 975.

[186] Segnala la persistenza di quest'orientamento R. NOGUELLOU, *La transmission des obligations en droit administratif*, L.G.D.J., Paris, 2005, p. 68: «*L'administration emprunte parfois des voies proches du contrat en ce qu'une négociation est organisée, mais qui n'ont du contrat que la forme ou le nom: l'accord de volonté est inexistant et l'on est face à un acte unilatéral*».

Ed invero, non solo le riflessioni dogmatiche che potrebbero scaturire dall'*arrêt Bonhomme*, ma anche il recente progetto di *Code de la procédure administrative non contentieuse*[187] potrebbero condurre anche l'ordinamento francese ad un ripensamento.

Non può qui non osservarsi, infatti, che l'indisponibilità e la non negoziabilità del potere pubblico furono argomentazioni ricorrenti tanto in Italia, quanto in Germania e in Spagna. L'introduzione di una disciplina legale degli accordi tra p.a e privati in questi Paesi è avvenuta proprio al momento dell'entrata in vigore di un testo di disciplina del procedimento amministrativo.

La Francia è al suo ennesimo tentativo. Potrebbe allora essere questa l'occasione per farli emergere dal limbo della prassi, a tutela dei principi di legalità ed imparzialità delle stesse pubbliche amministrazioni francesi.

---

[187] L'art. 3 della *Loi du 12 novembre 2013 habilitant le gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens* ha delegato il Governo francese ad adottare con *ordonnance*, entro il termine di ventiquattro mesi dalla sua entrata in vigore, un *Code relatif aux relations entre le public et les administrations*, al fine di «*faciliter le dialogue entre les administrations et les citoyens, fondé sur la simplification des relations, la transparence, et une plus grande réactivité de l'administration*» (*Exposé des motifs* al *projet de loi n° 664, du 13 juin 2013*). A questo proposito, l'*alinéa* 3, n° 3 autorizza il Governo a modificare le regole sul procedimento amministrativo già esistenti al fine di «*renforcer la participation du public à l'élaboration des actes administratifs*». La rivista *AJDA* ha pubblicato nel suo fascicolo 7/2014 un *Dossier* dedicato al tema, dal titolo «*La simplification des relations entre l'administration et les citoyens*». Si veda, in particolare, P. Gonod, *Codification de la procédure administrative*, p. 395 ss.; M. Guyomar, *Les perspectives de la codification contemporaine*, p. 400 ss.; M. Vialettes-C. Barrois de Sarigny, *Le projet d'un code des relations entre le public et les administrations*, p. 402 ss. Sul tema della codificazione della *procédure administrative non contentieuse* in Francia, cfr. J.-B. Auby, T. Perroud (Ed.) *Procédure administrative et production de la décision publique/Administrative Procedure and public decision-making*, Bruxelles, Bruylant, 2015; J.-B. Auby (Ed.), *Codification of administrative procedure*, Brussels, Bruylant, 2014; P. Gonod, *La codification de la procédure administrative*, *AJDA*, 2006, p. 489 ss.; R. Schwartz, *Le code de l'administration*, *AJDA*, 2004, p. 1860 ss.; Y. Gaudemet, *La codification de la procédure administrative non contentieuse en France*, in *Recueil Dalloz Sirey*, 1986, Chronique XVII, p. 107 ss.; C. Wiener, *Vers une codification de la procédure administrative*, PUF, 1975.

Capitolo II

IL *CONTRAT* NEL DIRITTO URBANISTICO FRANCESE: L'*URBANISME CONTRACTUEL*

Sommario: 1. L'urbanistica consensuale in Francia. Antecedenti ed evoluzioni. – 2. La distinzione tra *urbanisme opérationnel e urbanisme réglementaire*. – 2.1. *Il ricorso al contrat nell'urbanisme opérationnel.* La *concession d'aménagement urbain*. – 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*». – 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'urbanistica consensuale in Francia. Antecedenti ed evoluzioni*

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 discussioni[1]. È quest'ultimo proprio il caso della Francia.

[1] Tra i contributi di diritto comparato in lingua francese, possono essere menzionati T. Tanquerel, J. Morand-Deviller, F. Alvers Correia (dir.), *La contractualisation dans le droit de l'urbanisme, Colloque biennal de l'Association International de droit de l'urbanisme (AIDrU)*, Coimbra, 23-24 septembre 2011, *Les Cahiers du GRIDAUH, Série de droit comparé*, Paris, *La Documentation française*, 2014; 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

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, esaminata nel precedente capitolo.

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.

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 dispiegati[2].

Fino alle riforme del decentramento degli anni Ottanta del secolo scorso[3], 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

---

RGE 5, 2012, p. 179 ss.; J.-B. Auby, *Contrats publics et urbanisme*, in *Revue Internationale de Contrats Publics*, 1, 2013, p. 1 ss.; F. Lichère (dir.), *Partenariats public-privé: rapports du XVIIIe congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé,* Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit Administratif/Administrative Law, 2011; 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, 1987, p. 174 ss.; Id., *Le droit français de l'urbanisme parmi les différents droits européens*, in *AJDA* 1993 p. 73 ss.

[2] J.-B. Auby, *Partenariats public-privé et aménagement urbain*, in *Revue juridique de l'économie publique*, 697, 2012, étude 4.

[3] 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 ss.; Id., *La loi du 18 juill. 1985 sur l'aménagement urbain: genèse et lignes directrices*, in *RFDA* 1986, p. 295 ss.; J. Chapuisat, *L'urbanisme après la décentralisation*, in *AJDA*, 1984, p. 273 ss.; F. Bouyssou e J. J. Chapuisat, *La répartition des compétences. Commentaire de la loi di 7 janvier 1983*, *AJDA* 1983, p. 81 ss.; F. Moderne, *Décentralisation et urbanisme,* LPA, 1982, p. 9 ss.; Y. Jégouzo, *Le financement de l'aménagement après la loi 18 juill.1985*, in *RFDA*, 1986, p. 339 ss.; C. Teitgen-Coly, *L'urbanisme opérationnel: définition et mise en œuvre de techniques de l'aménagement*, in AJPI, 1986, p. 7 ss.

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 all'*urbanisme réglementaire* e all'*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)[4], 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 sovracomunale. La stessa *Loi ALUR du 24 mars 2014* ha del resto previsto, più di recente, un meccanismo di trasferimento delle competenze in materia dai comuni agli EPCI[5]. E la situazione sarà certamente

[4] 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. Jégouzo, *La décentralisation de l'urbanisme,* in *AJDA*, 1993, p. 168 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 éd., 2012, p. 13.

[5] *Loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové*, c.d. *Loi ALUR*, pubblicata sul *Journal officiel du 26 mars 2014*. La legge prevede un meccanismo di tutela delle minoranze, che garantisce ad una percentuale qualificata di Comuni di

destinata a consolidarsi con l'istituzione, dopo la *Loi du 27 janviér 2014*, delle *métropoles* e la previsione di *conventions territoriales pour l'exercice concerté des compétences partagées*[6].

È, 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 concorrenziali[7].

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*[8], fu proprio in conseguenza della valorizzazione del principio di *libre*

---

opporsi a tale trasferimento. Qualora, per contro, il trasferimento avvenga, il nuovo PLUi (*Plan Local d'urbanisme Intercomunale)* verrà redatto dall'EPCI in collaborazione con i Comuni medesimi. L'introduzione del nuovo piano comporta, a cascata, degli effetti anche sullo SCOT (*Schéma de cohérence territoriale*) di livello provinciale, che, per evitare sovrapposizioni, avrà una vocazione puramente strategica. Su questi aspetti, cfr. il dossier *AJDA* «*ALUR: une grande loi ou simplement une loi volumineuse?*» pubblicato nel n°19/2014, di cui si vedano, in particolare, i contributi di Y. Jégouzo, *La loi ALUR du 24 mars 2014: vue panoramique et tableau impressionniste*, p. 1071 ss.; J.-P. Lebreton, *La planification urbaine dans la loi ALUR*, p. 1088 ss.; R. Noguellou, *La loi ALUR et l'offre foncière*, p. 1096 ss. Si vedano altresì i contributi pubblicati sul Dossier *AJ Collectivités territoriales*, pubblicato nel 2014, tra cui, in particolare, S. Traoré, *Le plan local d'urbanisme intercommunal et la loi ALUR*, p. 350 ss.; J.-P. Strebler, *La loi ALUR et les schémas de cohérence territoriale*, p. 355 ss.; Id., *Focus: la loi ALUR et le contenu des PLU*, p. 360 ss.

[6] *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 *AJDA*, 2013, p. 1556 ss.; M.-C. De Montecler, *La loi Métropoles est conforme à la Constitution*, in *AJDA*, 2014, p. 188 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 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 www.federalismi.it.

[7] Vd. J.-P. Gaudin, *Les nouvelles politiques urbaines*, Paris, PUF, 1993.

[8] F. Davignon, *L'utilisation du contrat en matière d'aménagement et de développement local*, in *Contrats et Marchés publics*, 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*

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*[9], che produce importanti ricadute per il nostro tema d'indagine. Essa coinciderebbe grossomodo, e 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 generale[10].

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

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».

[9] 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, 1987, p. 174 e ss; Id., *Le droit français de l'urbanisme parmi les différents droits européens*, in *AJDA*, 1993 p. 73 ss.

[10] 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*, cit., p. 227 ss. Ripropone l'accostamento anche J.-B. Auby, in J.-B. Auby, H. Périnet-Marquet, R. Noguellou, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, cit., p. 179.

costruzione, ristrutturazione o riqualificazione, condotte o orientate dai soggetti pubblici[11].

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*»[12].

Nel diritto urbanistico francese la regola, che almeno nel primo periodo non soffriva eccezioni, era che queste operazioni fossero svolte direttamente dall'amministrazione statale[13]. 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 temporaneamente[14], ricorrendo ora all'espropriazione forzata, ora agli strumenti messi a disposizione dai c.d. *droits de préemption*[15].

---

[11] «*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. Périnet-Marquet, R. Noguellou, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, 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.

[12] 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. Périnet-Marquet, R. Noguellou, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, cit., p. 376.

[13] 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*, cit., p. 175.

[14] A. de Laubadére, *Traité de droit administratif*, 7 éd., 1980, t. 2, p. 430.

[15] I *droits de préemption* sono diritti di prelazione riconosciuti ai soggetti pubblici dall'art. L. 240-1 del *Code de l'Urbanisme*. Questi ultimi hanno in tal mo-

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 territoriali[16].

È, 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 privée 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 pubblico[17]. È la *convention* o *concession d'aménagement*.

Tuttavia 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,* 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 acti-*

---

do la possibilità di interporsi nelle transazioni immobiliari, per acquistare, con preferenza rispetto ad altri soggetti privati, terreni o aree necessarie per la realizzazione di *opérations d'aménagement*. Cfr. J.-B. Auby, H. Périnet-Marquet, R. Noguellou, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, cit., p. 328.

[16] 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 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*, cit., p. 63 ss.

[17] F. Moderne, *Les conventions en matière d'urbanisme*, in *Collectivités locales*, Dalloz, p. 3767-1 ss.

vités 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»[18].

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 particolari[19].

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 estranee[20].

---

[18] «*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 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*».

[19] P.-L. Frier, *Contrats et urbanisme réglementaire: les obstacles juridiques*, in *DA*, 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.

[20] Vd. per la distinzione tra *police générale* e *police spéciale*, R. Chapus, *Droit administratif général,* cit., n° 923 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 ss.

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 rileverebbero quindi per l'ordine pubblico generale, ma per un ordine pubblico speciale, ricollegandosi pertanto più propriamente all'esercizio di una *police spéciale*[21].

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*[22].

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.

---

[21] 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*.

[22] E. Fatôme, *L'urbanisme contractuel*, cit., p. 63 ss.

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 terreni[23], esegue i lavori e le opere pubbliche necessarie, procede alla vendita o alla locazione delle costruzioni realizzate, ricavandone un profitto a titolo di remunerazione[24].

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*[25]. 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 economici[26].

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'ipote-

---

[23] 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.

[24] E. Fatôme, L. Richer, *Nature et contenu du contrat d'aménagement*, in *Revue de droit immobilier*, 1994, p. 169 ss.

[25] 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. Fatôme, *Le nouveau régime juridique des ZAC*, in *BJDU*, 6, 2000, p. 394 ss.

[26] Cfr. art. L. 300-4 e seguenti del *Code de l'urbanisme*, come modificati dal décret n° 2009-889 du 22 juillet 2009.

si di *contrat administratif*, i giuristi divergevano quanto al tipo contrattuale cui ricondurla.

Se alcuni ritenevano che essa fosse un *contrat de mandat*[27], se altri la consideravano una *concession de service public*[28], se, infine, altri ancora reputarono che si trattasse di un *contrat administratif sui generis*[29], 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 pubblici[30].

---

[27] C. Devès, *La concession d'aménagement n'est pas un mandat*, in *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 23, 6 Juin 2011, p. 2205 ss.

[28] F. Moderne, *Les conventions en matière d'urbanisme*, in *Collectivités locales*, Dalloz, p. 3767-1 ss.

[29] E. Fatôme, *L'urbanisme contractuel*, cit., p. 72.

[30] 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 procedimentali con il diritto comunitario, intervenne nel 2009 un nuovo decreto, che pose fine definitivamente alla questione. Cfr. P. Lignières, O. Mar-

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 pattuiti[31]. Egli deve provvedere all'acquisizione dei relativi permessi di costruire, che l'amministrazione rilascia se ed in quanto non ritenga di dover modificare, per motivi di interesse pubblico[32], le proprie previsioni di piano nella zona interessata.

È unanimemente riconosciuto infatti che la conclusione di una *concession d'aménagement* non conferisce al singolo alcun diritto di costruire[33] né alcuna pretesa circa l'immutabilità del disegno urbanistico in essa contenuto[34].

La giurisprudenza ha costantemente ribadito infatti che «*une décision de création de zone d'aménagement concertée, bien qu'elle n'ait pas un caractère réglementaire, ne crée pas un droit au main-*

TIN, *L'avenir des conventions publiques d'aménagement confronté au droit communautaire*, in *DA*, 8, Août 2004, prat. 8; J.B. AUBY, *Les contrats d'aménagement et l'économie mixte dans la tourmente*, in *DA*, 2, Février 2005, Repère 2; S. TRAORÉ, *La concession d'aménagement après la loi du 20 juillet 2005*, in *DA*, 12, Décembre 2005, étude 20; E., FATÔME, L. RICHER, *Questions sur les nouvelles concessions d'aménagement*, in *AJDA*, 2006 p. 926 ss.; E. FATÔME, 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 *AJDA*, 2007 p. 409 ss.; A. GARCIA, *Qualification des contrats d'aménagement,* in *DA*, 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 ss.; F. LLORENS, P. SOLER-COUTEAUX, *Marchés, DSP, concessions de travaux ou d'aménagement: de quelques problèmes de frontière*, in *Contrats et Marchés publics*, 11, Novembre 2011, Repère 10; R. NOGUELLOU, *Les conventions d'aménagement critiquées par la Commission*, in *DA*, 6, Juin 2004, Alerte 3; C. DEVÈS, *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*, 6, 13 Février 2012, p. 2054 ss.

[31] Vd. per questi aspetti, P. PLANCHET, *Une convention d'aménagement ne préserve pas du changement des règles d'urbanisme*, in *AJDA*, 2010, p. 912 ss.

[32] C.E. 29 mars 1983, *Commune de Chateaugay*; C.E. 15 avril 1992, *SCI Vallières et autres*.

[33] 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.

[34] C.A.A. Bordeaux 8 février 2001.

tien 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»[35].

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 a corrispondere un indennizzo[36].

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 discrezionali, 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*.

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'édiction d'actes unilatéraux et ne laisse, sauf exceptions, aucune place au procédé contractuel*».

È quanto afferma R. Cristini, nel suo *Droit de l'urbanisme* del 1985[37].

---

[35] 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.

[36] C.E. 30 novembre 1994, *SCI Palaiseau-Villebon*; C.E. 15 novembre 2000, *Commune de Morschwiller-le-Bas*; C.E. 17 mars 1989, *Ville de Paris et Société Sodevam*.

[37] R. Cristini, *Droit de l'urbanisme,* Paris, Economica, 1985, p. 12, cit. da E. Fatôme, *L'urbanisme contractuel*, cit., p. 63.

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*»[38].

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.

Invero, la maggior parte dei casi concreti analizzati dalla giurisprudenza francese può essere assimilata ad altrettante convenzioni urbanistiche (o accordi "a valle").

Sul modello fondante delle convenzioni di lottizzazione, esse sono state definite dalla dottrina italiana prevalente come un coacervo 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 Comune. 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

[38] L'impiego, per la prima volta, dell'espressione è attribuibile a E. Fatôme, che affrontò la questione nel saggio, già altrove citato, dal medesimo titolo e pubblicato nel 1993.

è sviluppato il divieto in questione. 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*»[39], e, pertanto, «*la délivrance du permis de construire est un acte unilatéral que seule la puissance publique a le pouvoir de prendre*»[40].

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*»[41].

In alcuni casi, però, la convenzione non viene annullata, prediligendosi lo schema dell'accordo preparatorio, come caldeggiato anche da una parte della dottrina urbanistica[42]. Se, infatti, la con-

---

[39] T.A. Paris 22 novembre 1960, *SA des établissements Lick et Brevets Paramount*.

[40] 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.

[41] 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 *AJDA*, 2005. 1531.

[42] E. Fatôme, *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*».

venzione 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*»[43].

La legittimità delle prestazioni dedotte nella convenzione, in particolare, verrebbe 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.*[44], proprio per porre fine al «*racket*» cui avevano

---

[43] CE 2 octobre 1992, *Commune de La Chapelle-en-Serval*. Cfr. anche C.E. 20 juillet 1971, *Société civile du domaine du Bernet*; C.E. 14 juin 1978, *SCI du Val-Roger*.

[44] 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*».

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 autorizzatorio[45].

Il giudice amministrativo riconosce la 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 deroghino alla norma[46]. Esse, pertanto, sarebbero prive di causa[47] e obbligherebbero l'amministrazione a ripetere quanto illegittimamente percepito[48].

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 urbanistiche[49].

In questi casi 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

---

[45] P.-L. Frier, *Contrats et urbanisme réglementaire*, cit., p. 4.

[46] 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, p. 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 atresì, P. Bernard, *Offre de concours et urbanisme*, in *AJDA*, 2008, p. 889 ss.; P. Planchet, *Une convention d'aménagement ne préserve pas du changement des règles d'urbanisme*, cit., p. 912 ss.

[47] 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*.

[48] 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*.

[49] Di questo avviso anche lo stesso P.L. Frier, in *Participations financières et corruption,* in *AJDA*, 1993. p. 148 ss.

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*»[50].

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 Societé Résoc per il pregiudizio subito[51].

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*

[50] C.A.A. Paris 13 juin 1989, *Commune de Bois d'Arcy.*

[51] T.A. Versailles 3 décembre 1993, *Societé Résoc.* Si veda anche C.E. 22 mars 1985, *Brune.*

contractuel. La jurisprudence sanctionne de la façon la plus ferme cet exercice irrégulier des compétences»[52].

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.

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 pubblici[53]. 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

[52] 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*, in *RFDA*, 1989, p. 809 ss.

[53] 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. Fatôme, *L'urbanisme contractuel*, cit., p. 67.

quest'ordinamento sia possibile registrare un'apertura verso gli accordi urbanistici[54].

Potrebbe leggersi in questa luce già una sentenza del T.A. di Versailles, nella quale è possibile intravedere la fisionomia di un accordo "a monte".

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 Vallee 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 construction d'un collège d'enseignement général … qui correspond à un intérêt général*»[55].

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 interessata[56].

Già la *Loi SRU du 13 décembre 2000* aveva introdotto nel *Co-*

---

[54] F. Priet, L'*urbanisme est-il soluble dans le contrat?*, in *AJDA*, 2011, p. 2157 ss.

[55] T.A. Versailles 2 octobre 1987, confermata anche dal *Conseil d'Etat*, C.E. 19 mars 1997, n° 93763.

[56] J.-B. Auby, *Contrats publics et urbanisme*, cit., p. 4.

de de l'urbanisme l'art. 332-11-2[57], 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 avverà il finanziamento da parte del privato. Essa precisa altresì il regime degli altri contributi dovuti, le disposizioni urbanistiche 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.

---

[57] *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. 421-1est 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».*

La convenzione determinerebbe quindi effetti vincolanti per le potestà urbanistiche della stessa amministrazione[58]. 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'aménnagement 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*[59].

Sembra, in ogni caso, che queste convenzioni appaiano comunque come un primo segnale dell'emergere a livello legislativo

---

[58] Secondo P.L. Frier «*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*»; vd. P. L. Frier, *Contrat et urbanisme réglememen-taire*, cit., p. 5. *Contra*, P. Planchet, *Une convention d'aménagement ne préserve pas du changement des règles d'urbanisme*, 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*».

[59] N. Gonzalez-Gharbi, *Une nouvelle participation d'urbanisme négociée: la participation de projet urbain partenarial*, in *Const. Urb*. 2009, p. 28 ss.; J.-P. Strebler, *Le projet urbain partenarial, contribution souple» au financement d'équipements publics*, in *Revue de droit immobilier*, 2009, p. 521 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.

di una prassi innegabilmente esistente tra i privati e i comuni francesi[60].

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 francese[61].

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 legislativa[62]. Non vi sarebbe cioè, in questo caso, *une allérgie au contrat par nature*, secondo la distinzione classica che aveva fornito A. de Laubadère[63]. E pertanto, se si accoglie un simile ordine di considerazioni, è la legge stessa che può mantenere questo divieto[64], 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 nell'ambito del governo del territorio.

---

[60] J.-B. Auby, *Contrats publics et urbanisme*, cit., p. 4; Id., *Quelques réflexions sur l'état du droit de l'urbanisme*, in *Et. fonc.*, 2006, n° 120.

[61] P. L. Frier, *Contrat et urbanisme réglemementaire*, cit., p. 6.

[62] *Ibidem.*

[63] *Ibidem.* Del medesimo avviso anche E. Fatôme, *L'urbanisme contractuel*, cit., p. 67.

[64] 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*, cit., p. 915.

Parte Seconda

L'ATTIVITÀ CONSENSUALE DELLA P.A. IN GERMANIA

Capitolo I

L'*ÖFFENTLICH-RECHTLICHER VERTRAG*

Sommario: 1. Le origini del dibattito sul contratto di diritto pubblico (*öffentlich-rechtlicher Vertrag*) in Europa. La disputa in Germania e l'iniziale influenza del modello francese. – 1.1. Dai concetti di *Vereinbarung* e di *Vertrag* in P. Laband, K. Binding e G. Jellinek al *Verwaltungsackt auf Unterwerfung* di O. Mayer. – 1.2. La nuova concezione di *öffentlich-rechtlicher Vertrag* in H. Kelsen e W. Apelt e gli accordi normativi in G. Anshütz. – 1.3. Le tesi negatrici. La critica anticontrattualista di K. Kormann e W. Jellinek. La *Zweistufentheorie* di H.P. Ipsen. – 1.4. Il contratto di diritto pubblico: dal *Sozialstaat* alla *Verwaltungsverfahrensgesetz*. – 2. Il § 54 della *Verwaltungsverfahrensgesetz* del 26 Maggio 1976. – 2.1. Concetto e classi dell'*öffentlich-rechtlicher Vertrag* – 2.2. Le fattispecie *aliene*: il *mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt* (atto amministrativo a collaborazione necessaria) e il *Normensetzungsvertrag* (accordo normativo). – 2.3. Il problema della natura giuridica: contratti di diritto pubblico e contratti di diritto privato. – 3. Il regime giuridico dell'*öffentlich-rechtlicher Vertrag* – 3.1. I requisiti formali e la tutela del terzo nell'*öffentlich-rechtlicher Vertrag* – 3.2. La validità dell'*öffentlich-rechtlicher Vertrag* – 3.3. Recesso, modifica e denuncia dell'*öffentlich-rechtlicher Vertrag* – 3.4. L'inadempimento dell'*öffentlich-rechtlicher Vertrag*.

1. *Le origini del dibattito sul contratto di diritto pubblico (*öffentlich-rechtlicher Vertrag*) in Europa. La disputa in Germania e l'iniziale influenza del modello francese*

L'approccio al tema dell'attività amministrativa consensuale in Germania è, come noto, radicalmente diverso rispetto a quello che è andato affermandosi in Francia.

Sotto questo punto di vista, proprio il tema del contratto di diritto pubblico palesa esattamente la contrapposizione tra le tradizioni del *Droit administratif* e quelle del *Verwaltungsrecht*.

Esse sì sviluppano entrambe una figura negoziale propria e peculiare del diritto amministrativo, ma questo è anche il solo ed unico punto di contatto tra il *contrat administratif* e l'*öffentlich-rechtlicher Vertrag.* Il contratto di diritto pubblico tedesco non ha infatti la funzione di regolare le relazioni economiche intrattenute dall'amministrazione con il privato, ma costituisce una nuova espressione giuridica dei rapporti autoritativi tra Stato e cittadino, in cui il consenso di entrambe le parti si ricongiunge su un piano di parità sostanziale per conformare lo stesso esercizio del potere pubblico.

Già l'affermazione della regola dell'*Etat débiteur* e della *Fiskustheorie* segnavano, d'altronde, l'avvio di due visioni inconciliabili a proposito delle relazioni contrattuali dell'amministrazione propriamente intese, disgiunte per tale via su opposti fronti giuridici: lì rimesse inequivocabilmente al diritto amministrativo, in Germania ricondotte, salve le opportune eccezioni, nell'area del diritto civile[1].

Non mancarono certamente le influenze reciproche e i punti di contatto tra i due ordinamenti. La stessa missione di pubblicizzazione del diritto tedesco aveva tratto infatti i necessari supporti proprio dal diritto amministrativo francese.

Il processo di pubblicizzazione tedesco giungeva tardi infatti rispetto agli esiti cui era già pervenuta la Francia. Ciò che in questo

[1] Il principio francese dell'*Etat débiteur* si traduceva in un privilegio di giurisdizione, che può efficacemente riassumersi nel divieto – contenuto nell'articolo unico del decreto del 16 fruttidoro dell'anno III – in forza del quale il giudice ordinario «*à peine de forfaiture*» non può «*connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient, aux peins de droit*». Diversamente, la scissione tra Stato e Fisco compiuta in Germania garantì un sistema di maggiore protezione per gli amministrati, attraverso una devoluzione ai giudici ordinari di tutte le controversie di carattere patrimoniale in cui era parte lo Stato (in quanto Fisco), e come tali soggette al diritto privato. Cfr., sul punto, S. M. Retortillo, *La institución contractual en el derecho administrativo: en torno al problema de la igualidad de las partes*, in *RAP*, 29, 1959, p. 59 ss.; F. Benvenuti, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIX, 1970; M. Fromont, *La répartition des compétences entre les tribunaux administratifs en droit allemand*, Paris, L.G.D.J., 1960, p. 6 e p. 157 ss.; B. Sordi, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocenteschi a confronto,* in *Dir. amm.*, 1995, p. 490; B. G. Mattarella, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico,* Padova, CEDAM, 2010, pp. 13-14.

Paese si era realizzato a partire dalla Rivoluzione del 1789 per effetto del principio di separazione dei poteri e quindi della regola dell'*Etat débiteur*, in Germania si verificherà grazie all'opera prevalente dei giuristi, e di Mayer in particolare[2], solo verso la fine dell'Ottocento.

La progressiva distinzione tra pubblico e privato, la costruzione di un diritto per il potere pubblico, l'affinamento della specialità del diritto amministrativo, la stessa costruzione del *Verwaltungsakt* costituiscono perciò altrettanti puntelli di quello che è stato definito il processo di francesizzazione nella costruzione del diritto amministrativo tedesco[3].

---

[2] E ciò, nonostante le dure accuse rivolte da E. Loening al *Deutsches Verwaltungsrecht* di Mayer, nella nota recensione *Die konstruktive Methode auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts*, in *Jahrbuch für Gesetzebung, Verwaltung und Volkswirt-schaft in Deutschen Reich*, hrsg. Von G. Schmoller, 11 (1887), p. 541 ss., nella quale egli gli rimproverò di aver ricostruito il diritto amministrativo tedesco mutuando semplicemente principi ed istituti dal diritto privato. Cfr. M. Fioravanti, *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, p. 611. Come nota lo stesso Fioravanti, tuttavia, per liberarsi del luogo comune di un Mayer quale semplice traduttore nel terreno del diritto pubblico dei concetti e dei modelli di origine civilistica, basterebbe una più ampia analisi delle sue opere. Sarebbe utile, d'altra parte, guardare proprio alle stesse critiche che Laband portò avanti contro la *Theorie* di Mayer. L'accusa rivoltagli era, in questo caso, proprio quella di voler realizzare qualcosa di scientificamente e giuridicamente inopportuno ed insostenibile, ossia di rendere autonoma la scienza del diritto amministrativo. Lo scritto cui ci si riferisce è P. Laband, *Geburtstage bedeutender Rechtslehrer: Otto Mayer, zum 70. Lebensjahr*, in *Deutsche Juristen-Zeitung*, 21, 1916, p. 315 ss.

[3] Sull'influenza che il *droit administratif* esercitò su Mayer e in generale sul c.d. processo di francesizzazione nella costruzione del diritto amministrativo tedesco, si veda B. Sordi, *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 29 ss.; M. Stolleis, *Storia del diritto pubblico in Germania. Dottrina del diritto pubblico e scienza dell'amministrazione 1800-1914*, trad. it. a cura di C. Ricca e S. Pietropaoli, Milano, Giuffrè, 2014, p. 563 ss.; S. M. Retortillo, *Il diritto civile nella genesi del diritto amministrativo e dei suoi istituti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 9, 1959, p. 698 ss; M. P. Singh, *German Administrative Law in Common Law Perspectives*, Springer-Verlag Heidelberg GmbH, 1 ed. 1985, p. 32. Sulle differenze sussistenti nel sistema vigente tra la nozione di *Verwaltungsakt* e di *acte administratif*, si veda per tutti G. Marcou, T.I.Khabrieva, *Les procédures administratives et le contrôle à la lumiére de l'expérience européenne en France et en Russie,* cit., in particolare, p. 35 ss. Più in generale, sul confine tra diritto pubblico e diritto privato in Germania, anche in prospettiva storica J. P. Schneider, *The Public-Private Law Divide in Germany*, in O. Dawn (ed.), *Common Values and the Public Private Divide*, Cambridge University Press, 1999, p. 85 ss., Id., *The Public-Private Law Divide in Germany*, in M.

Invero, in Germania, proprio la teoria dell'*öffentlich-rechtlicher Vertrag* sorse e si collocò all'interno di questo processo di rottura e di emancipazione del diritto pubblico dalle tradizioni giuridiche civilistiche. E l'influenza esercitata dal modello francese sulle riflessioni mayeriane non farà che acuire i toni della discussione. Laband teorizzerà uno spazio per il contratto anche nel diritto pubblico; Mayer, non a caso, lo negherà strenuamente.

1.1. Dai concetti di Vereinbarung *e di* Vertrag *in P. Laband, K. Binding e G. Jellinek al* Verwaltungsackt auf Unterwerfung *di O. Mayer*

Fino almeno alla seconda metà dell'Ottocento, tanto la giurisprudenza che la dottrina tedesche non ebbero remore di alcun tipo nel giustificare ed inquadrare le relazioni contrattuali tra enti pubblici e privati entro la cornice del contratto di diritto privato[4]. A differenza dell'Italia, pertanto, dove esse rimarranno sotto l'egida del codice civile almeno sino all'inizio del XX secolo, in Germania, già a partire da questo momento, si affaccia nella dogmatica tedesca la necessità di una loro sistemazione anche nel diritto pubblico.

Tratteggiando i contorni di due nuove tipologie di accordo di volontà, la *Vertrag* e la *Vereinbarung*, Laband, Binding e G. Jellinek

---

Ruffert (ed.), *The Public-Private Law Divide: Potential for Transformation*, London, BIICL, 2009, p. 85 ss.; R. Michaels, N. Jansen, *Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization*, in *The American Journal of Comparative Law*, 54, 2006, p. 843 ss.; U. Stelkens, *The Public-Private Law Divide. Annual report - 2010 - Germany*, in www.ius-publicum.com.

[4] A. Masucci, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali. Il contratto di diritto pubblico*, Napoli, Jovene Editore, 1988, p. 33. Dello stesso autore si vedano anche Id. (a cura di), *La codificazione del procedimento amministrativo nella Repubblica Federale in Germania*, Quad. n. 2 della Rivista *Problemi di amministrazione pubblica*, Napoli, 1979; Id., *Il contratto di diritto pubblico fra amministrazione e privato. (L'esperienza tedesca)*, in *Jus*, 1987, p. 54 ss.; Id. (a cura di), *L'accordo nell'azione amministrativa,* Quaderni Regionali, Roma, 1988; Id., *La quaestio nel diritto tedesco dell'ammissibilità del contratto di diritto pubblico fra amministrazione e privato*, in Scritti in onore di M.S. Giannini, vol. I, Milano, Giuffrè, 1988, p. 411 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*, cit., p.115 ss.

avviarono quindi quella fondamentale disputa sull'*öffentlich-rechtlicher Vertrag*, che segnerà le origini del dibattito in tutta Europa.

Alla comune natura giuridica della *Vertrag*, Laband[5] ricondusse così la concessione di cittadinanza (*Naturalisation*) e la stessa relazione tra il funzionario pubblico e lo Stato (*Beamtenanstellung*), che in Francia il *Conseil d'Etat* avrebbe spiegato secondo la formula dell'*accord donné à l'acte unilatèral*.

In tali casi – riteneva Laband – la relazione integrava gli estremi di un contratto soggetto al diritto pubblico, stante la peculiarità dell'oggetto. Le sue argomentazioni erano piane: se lo Stato contratta con il privato per l'acquisizione di beni e servizi, perché non può ricorrere al medesimo strumento anche nelle relazioni che più propriamente rientrano nel diritto pubblico?[6]

D'altra parte il negozio di natura pubblicistica, per Laband, non assolveva la funzione di disciplinare consensualmente gli interessi delle parti contraenti. Esso costituiva, al contrario, uno strumento per introdurre un rapporto di sottordinazione tra Impero e suddito, accettato volontariamente dal privato, nei casi in cui tale relazione non poteva essere istituita per *imperium* (*Subjektionsvertrag*).

A differenza dunque dalla giurisprudenza francese, per la quale la dichiarazione di volontà del privato valeva come mera adesione all'atto unilaterale dell'amministrazione, già Laband ammetteva, per contro, che essa potesse validamente perfezionare un contratto, ancorché finalizzato ad instaurare una relazione verticistica ed unilaterale tra il singolo e lo Stato.

Come noto, la necessità di dover giustificare la fondazione dell'Impero germanico del 1871 spinse invece l'autore a ricorrere

---

[5] P. Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, 1 ed. Tübingen, 1876, del quale si è utilizzata la traduzione in francese, della terza edizione, Id., *Le droit Public de l'Empire Allemand*, 1900-1904, trad. de C. Gandilhon et. al., Giard y Brière, Paris e l'edizione in italiano, Id., *Il diritto pubblico dell'impero germanico*, trad. di M. Siotto Pintor, Torino, Unione Tipografico Editore Torinese, 1914, cfr. in particolare vol. II, p. 127 ss. Sul pensiero di P. Laband, si veda anche A. Huergo Lora, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Universidad de Oviedo, Civitas, 1995, p. 120 ss.

[6] Si veda a questo proposito anche la recensione di P. Laband alla monografia di M. Wenzel, *Zur Lehre der vertragsmäßigen Elemente der Reichsverfassung, Aör*, 1910, p. 366, cit. in A. Huergo Lora, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, cit., p. 124.

alla nozione di *Vereinbarung*. Il trattato di Versailles sarebbe stato il frutto di dichiarazioni di volontà unilaterali, che convergevano al fine di aggregarsi in un'entità superiore. Non perciò un contratto, ma un accordo, ché altrimenti i singoli Stati, in quanto parti contraenti, avrebbero mantenuto una propria oggettiva individualità a discapito dell'Impero.

La differenza tra *Vertrag* e *Vereinbarung* emergeva dunque soprattutto nel dato strutturale: mentre la prima sarebbe data dalla fusione di dichiarazioni di volontà contrapposte, ma indirizzate verso il medesimo scopo; nella seconda, si assiste alla convergenza di più volontà di eguale contenuto[7].

Fu per le medesime ragioni politiche che anche Binding ricorse alla categoria della *Vereinbarung*, al fine di conferire base giuridica alla Confederazione della Germania del Nord.

Alla nuova figura egli alludeva in termini di fattispecie normativa, frutto della fusione di più volontà dal medesimo contenuto. In questo senso, anch'egli contrappose la struttura della *Vereinbarung* a quella del contratto, *Vertrag*, quest'ultima frutto della convergenza di due dichiarazioni di volontà di contenuto diverso ma complementare, in quanto rivolte al perseguimento di medesime finalità.

Nella *Vereinbarung*, Binding ricomprendeva, oltre al trattato, fattispecie tra loro eterogenee come le deliberazioni di un collegio giudicante o di una Camera parlamentare, o, ancora, l'emanazione di un regolamento da parte di più Ministri. La sua costruzione rimaneva confinata, perciò, al diritto internazionale e a quello costituzionale[8].

Fu G. Jellinek, per primo, ad estenderla anche al diritto amministrativo, ricomprendendovi le intese intercorrenti tra enti pubblici, relative, ad esempio, alla fusione di più Comuni o alla costituzione di consorzi, o ancora alla realizzazione di assicurazioni o casse di malattia.

Per effetto della nuova collocazione amministrativa, in G. Jellinek, la distinzione tra *Vereinbarung* e *Vertrag* si colorò diversamen-

---

[7] Così G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 9 ss.

[8] *Ivi*, p. 10. I riferimenti ivi contenuti sono a K. Binding, *Die Gründung des norddeutschen Bundes*, in *Festgabe für B. Windscheid*, Leipzig, 1888, p. 67 ss.

te. Tuttavia, benché questi ponesse l'accento più sul dato funzionale che su quello strutturale, giungeva in ogni caso a distinguere l'accordo ed il contratto sulla base del medesimo criterio teleologico, volto a saggiare la consistenza degli interessi perseguiti dalle parti. Mentre l'accordo è finalizzato alla cura di interessi comuni; con il contratto la negoziazione è tesa al perseguimento di interesse contrapposti.

Con particolare riferimento al contratto, poi, trattandosi di una categoria giuridica generica, «*eine allgemeine Rechtsform*», G. Jellinek non escludeva che esso potesse avere cittadinanza oltre che nel diritto privato anche nello stesso diritto pubblico. Riprendendo le prime teorizzazioni del Laband sul *Subjektionsvertrag*, egli ripropose, perciò, la giustificazione del contratto di assoggettamento tanto per la *Naturalisation* che per la *Beamtenanstellung*.

Anche in quest'autore il negozio di diritto pubblico ha sempre vocazione unilaterale. Il contratto di assoggettamento costituiva 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. 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 tra le parti, ma volto a costituire unicamente un rapporto gerarchizzante, accettato convenzionalmente dal privato.

La disciplina della relazione così istituita avrebbe invece continuato a trovare la propria fonte in un atto autoritativo dell'amministrazione[9].

Il merito di queste prime ricostruzioni stava quindi nell'aver spezzato, seppure parzialmente, la direzione verticistica ed assolutizzante lungo la quale si sviluppava il rapporto Impero-suddito. L'elaborazione del principio della riserva di legge e l'enucleazione di uno *status negativus* del privato, scevro dalle ingerenze dei pubblici poteri, resero il contratto, accolto nella sua dimensione più ampia, l'unico strumento a disposizione dello Stato per ottenere una modi-

[9] G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, cit., p. 11, con riferimento a G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg i.B.1892, p. 193 ss.

ficazione giuridica nella sfera del singolo, nei casi in cui l'*imperium* era escluso dalla legge[10].

Così, mentre la *Beamtenanstellung* avrebbe determinato, da un lato, l'assunzione del servizio da parte del funzionario 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 poteri.

Mantenendo fermo il rapporto di gerarchia tra pubblico e privato nella fattispecie contrattuale, tanto Laband quanto G. Jellinek cercarono quindi di superare le obiezioni anticontrattualiste di Mayer, che si era fatto artefice della figura dell'atto amministrativo su sottomissione, *Verwaltungsackt auf Unterwerfung*, incentrato sulle prerogative unilaterali dell'autorità.

L'elaborazione della tesi contraria al contratto di diritto pubblico è, come noto, il frutto di una serie di opere del Mayer. Dopo un momento iniziale di velato *favor* per la figura, egli abbandonò decisamente la via contrattuale, salvo riconoscerne una certa validità nelle sole relazioni tra enti pubblici[11].

Secondo Mayer, nelle fattispecie che in quegli stessi anni veni-

---

[10] Così, F. Ledda, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo. Contributo ad uno studio dei c.d. contratti di diritto pubblico*, Torino, Giappichelli, 1964, ed ora in *Scritti giuridici,* Padova, CEDAM, 2002, p. 11.

[11] Si vedano a questo proposito le osservazioni ricostruttive di G. Falcon, in polemica con Masucci, ne *Le convenzioni pubblicistiche,* cit., p. 17, n. 39; p. 19 ss. Tra le opere che O. Mayer destina alla costruzione della propria teoria va qui menzionato anzitutto il fondamentale saggio sul contratto di diritto pubblico O. Mayer, *Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrag*, *Aör*, 3, 1888, p. 3 ss. e la recensione a W. Apelt, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag. Ein Beitrag zur Lehre von der rechtswirksamen Handlung im öffentlichen Rechte*, *Aör*, 40-41(1921-1922), p. 244 ss., nonché, chiaramente, l'imponente *Deutsches Verwaltungsrecht* del 1895, Leipzig (1 ed.), qui analizzato nella traduzione francese a cura dello stesso autore, *Le droit administratif allemand*, t. IV, éd. français par l'auteur, Paris, Giard et Brière, 1906 e in quella spagnola *Derecho administrativo alemán* (4. vols.), trad. del original francés por H. Hereida y E. Frotoschin, De Palma, Buenos Aires, 1949-1954. Per un'analisi del suo pensiero, si vedano anche M. S. Giannini, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi sassaresi*, XVIII (1940), ora in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, II (1973), p. 179 ss.; M. Fioravanti, *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo*, cit., p. 600 ss.

vano delineate in termini contrattuali da Laband e Jellinek, la manifestazione di volontà del privato non giocava alcun ruolo nella costituzione del rapporto. Nei casi in cui l'atto di disposizione della sfera giuridica del singolo non fosse oggetto di un'abilitazione legislativa, l'espressione del suo consenso era preordinata esclusivamente ad una volontaria sottomissione alla volontà dell'organo statale, di per sé sufficiente a far sorgere il rapporto.

La volontà del privato non aveva il medesimo valore di quella del soggetto pubblico. Solo quest'ultima era idonea a fondare un rapporto, comunque di natura unilaterale.

Secondo quindi ricostruzioni che suonano assai simili a quelle francesi, Mayer ritenne che il consenso del singolo al più poteva atteggiarsi come mero elemento accidentale, come una condizione o un presupposto di validità della determinazione amministrativa, ma restava del tutto estranea rispetto alla vicenda costitutiva, legata esclusivamente all'atto dell'autorità.

La qualificazione in senso unilaterale della fattispecie dipendeva al fondo dalla concezione pervasiva che Mayer, di certo non refrattario alle teorie hegeliane, aveva elaborato del potere pubblico. D'altra parte, proprio alla teoria del provvedimento amministrativo egli aveva già affidato il suo importante progetto di pubblicizzazione del diritto tedesco.

L'*Herrschaft* (supremazia) era presente in ogni relazione giuridica di diritto pubblico. La mancanza di parità tra le parti impediva il contratto; la finalizzazione esclusiva del potere alla cura di interessi generali lo rendeva incompatibile rispetto a qualsiasi forma di vincolo paritario con il privato. Ciò almeno finché non fosse stata una stessa disposizione di legge a consentirlo, ma mancava nell'ordinamento una *norma-base* che autorizzasse e, dunque, rendesse vincolanti accordi di volontà di questo tipo. Mayer disconosceva, perciò, ogni invasione degli strumenti del diritto privato nella sfera pubblica, e, guardando invece con interesse alle emergenti costruzioni francesi sull'*acte administratif*, spiegava con il suo *Verwaltungsackt auf Unterwerfung* sia il rapporto di pubblico impiego, sia la concessione di cittadinanza, sia la concessione di beni o servizi pubblici[12].

[12] Cfr. sul punto anche le osservazioni di F. Ledda, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, cit., pp. 13-15.

1.2. La nuova concezione di öffentlich-rechtlicher Vertrag *in H. Kelsen e W. Apelt e gli accordi normativi in G. Anshütz*

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 denaro, indussero la dottrina tedesca successiva a spostare la propria attenzione dal momento genetico al successivo divenire della relazione convenzionale, ove non è la soggezione ma il rapporto obbligatorio tra le parti a venire in considerazione.

Il rapporto di supremazia appariva ormai recessivo, oggetto in quegli stessi anni delle critiche kelseniane[13]: di fronte all'ordinamento giuridico (*Mehrwert*) – unica fonte legittimante del potere – non era concepibile un soggetto pubblico dotato di potestà originarie e, per natura, in condizione sovraordinata; di fronte all'ordinamento esistevano solo soggetti, pubblici e privati, che si collocano in posizione analoga. Tutti sono, in questo senso, sudditi dell'ordinamento «*Untertanen der Rechtsordnung*» e l'amministrazione, come il singolo, è posta di fronte alla sua autorità.

Così, valorizzate le funzioni di prestazione dell'amministrazione, la *Vertrag* veniva colta sotto una nuova luce, ed intesa non più come uno strumento con cui introdurre una relazione convenzionale di supremazia-subordinazione, ma quale «mezzo di autoregolamentazione di interessi reciproci di almeno due soggetti, in ordine ad attività sottoposte al diritto amministrativo»[14], cui fare ricorso ogniqualvolta il legislatore, mediante le c.d. norme dispositive, avesse abilitato le parti, pubbliche e private, a procedere per via contrattuale.

Il contratto di diritto pubblico non era più perciò un fatto costitutivo di supremazia, la quale anzi veniva ora negata in radice ed espunta dal rapporto negoziale. Viceversa, il contratto di diritto

[13] Sulle tesi espresse dal filosofo di Praga nel saggio *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, *AöR*, 31, 1913, p. 53 ss., cfr. A. Masucci, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali*, cit., p. 43 ss.

[14] *Ivi*, p. 47.

pubblico aveva proprio come vocazione il superamento della soggezione del singolo rispetto allo Stato, assumendo valenza di contratto obbligatorio, la cui funzione di poco si allontanava rispetto a quella dei contratti patrimoniali *iure privatorum*[15].

Dopo la critica di Kelsen, Apelt[16] è il primo a concepire il contratto di diritto pubblico in questo senso.

L'*öffentlich-rechtlicher Vertrag*, secondo l'autore, avrebbe spazio nei casi in cui la legge non richieda espressamente l'impiego di un atto amministrativo unilaterale. Pertanto, al contratto l'amministrazione potrà ricorrere o in caso di c.d. norme dispositive o quando, in assenza di queste ultime, il legislatore abbia rimesso espressamente alla volontà delle parti la decisione sull'*an* e sul *quid* dell'accordo.

In secondo luogo, per Apelt, non sarebbe stata necessaria una norma-base per rendere vincolanti gli accordi, come aveva sostenuto Mayer, in quanto il principio *pacta sunt servanda* varrebbe oltre che per i contratti di diritto civile o di diritto internazionale anche per i contratti di diritto pubblico.

L'assenza di una disposizione *ad hoc* aveva indotto Apelt a ricercare una base legittimante per il contratto di diritto pubblico lungo la strada dei principi generali. Dall'analisi delle figure di accordi e di contratti tra p.a. e privati espressamente previste nella legislazione, egli quindi postulò l'applicabilità del principio civilistico anche nel diritto amministrativo.

Del resto, al fine di garantire la tutela dell'interesse pubblico, l'applicabilità del principio in questione sarebbe stata stemperata dalla clausola *rebus sic stantibus*.

---

[15] Sottolinea il mutamento nella concezione del contratto di diritto pubblico F. Ledda, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, cit., p. 25 ss.

[16] W. Apelt, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag (ein Beitrag zur Lehre von der rechtswirksamen Handlung im öffentlichen Recht*), Leipzig, 1920; Id., *Der verwaltungsrechliche Vertrag*, in *AöR,* 84, 1959, p. 249 ss. Qualche anno prima M. Layer pubblicava, in Austria, la sua opera monografica sul tema: M. Layer, *Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag,* Graz und Leipzig, 1916. Influenzato da Kelsen, anche questi ammette, benché in via d'eccezione, l'esistenza, accanto ai contratti di diritto privato, dei contratti di diritto pubblico, quando essi abbiano ad oggetto relazioni giuridiche, diritti ed obbligazioni di diritto pubblico. Cfr. su questi aspetti, A. Masucci, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali*, cit., p. 46 ss.

I portati della dottrina sulla nuova nozione del contratto di diritto pubblico ebbero come effetto quello di porre in ombra il costrutto della *Vereinbarung*.

Se per il passato questa venne intesa dalla dottrina tedesca come la categoria basilare che, insieme al contratto, esauriva tutte le possibili manifestazioni dell'agire consensuale, nel prosieguo sarà destinata ad un rapido declino[17].

Un primo cedimento si era già manifestato a seguito della proposizione da parte di Kuntze[18], dello stesso Triepel[19] e di Kormann[20] della figura della *Gesamtakt*, fattispecie ad essa assai prossima, costituita dalla somma di più volontà che rimangono tra loro parallele e rivolte verso il medesimo scopo[21].

Ma se la *Vereinbarung* non fu davvero efficace per le costruzioni dogmatiche tedesche, come visto, essa fu assai utile in Francia per Duguit, per costruire la fattispecie dell'*union* e la sua teoria della *convention-loi* a proposito della *concession de service public*. Diversamente, in Germania, essa manterrà la propria giustificazione proprio nell'ambito più ristretto degli accordi normativi.

Secondo l'interpretazione che di questi ultimi diede sin dall'i-

---

[17] Si vedano, in proposito, le osservazioni di G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., in particolare, p. 25 ss.

[18] J.E. Kuntze, *Der Gesamtakt. Ein neuer Rechtsbergriff*, in *Festgabe für O. Müller*, Leipzig, 1892, p. 27 ss.

[19] H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, Hirschfeld, 1899, p. 35 ss.

[20] Kormann, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, Julius Springer, Berlin, 1910.

[21] La paternità della teoria della *Gesamtakt* si deve a J.E. Kuntze. Ma essa è conosciuta prevalentemente grazie all'opera di O. von Gierke, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung*, Berlin, 1887, il quale identificava la *Gesamtakt* (o atto collettivo) con l'atto costitutivo di un'associazione, frutto della convergenza tra una pluralità di dichiarazioni unilaterali di volontà, che tuttavia non entrano in contatto tra loro e restano isolate. La finalizzazione verso il perseguimento dei medesimi interessi e, di conseguenza, l'assenza di una contrapposizione tra le dichiarazioni di volontà impedisce che dal loro incontro possa scaturire un contratto. La convergenza tra i singoli atti di volontà produrrebbe per converso una nuova entità, un atto collettivo appunto, nel quale essi, perdendo la propria autonomia, si incorporano in vista della creazione dell'atto costitutivo dell'associazione, unica entità a dover apparire all'esterno. Per una ricostruzione del dibattito si veda S. Flogaïtis, *Contrat et acte administratif unilatéral*, cit., p. 231 ss.; L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, cit., p. 406 ss.

nizio Anshütz, la *Vereinbarung* verrà ora intesa come una fonte del diritto di natura contrattuale, empiricamente prossima al contratto, ma in parte difforme, in quanto in essa si confondono elementi diversi, ora negoziali, ora, appunto, normativi. Peculiarità, questa, che, secondo Walz, permetteva di distinguerli precisamente dalla figura del contratto di diritto pubblico.

Del resto, anche la capacità dell'accordo normativo di vincolare i terzi costituiva, secondo Wolff e Bachof, ulteriore criterio di differenziazione rispetto al contratto pubblicistico, soggetto per l'opposto al principio di relatività degli effetti.

Per la dottrina tedesca, gli accordi normativi erano quindi «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», il cui *proprium* stava nella capacità di produrre effetti non solo «per gli stipulanti, ma anche per i terzi»[22].

Simile costruzione presenta notevoli punti di contatto con quella che venne offerta dalla dottrina francese a partire dagli insegnamenti del fondatore della Scuola di Bordeaux. Tuttavia, mentre in Francia, come si è visto, le *conventions à effets réglementaires* sono accolte anche nelle relazioni tra pubblico e privato, in Germania gli accordi normativi vengono prevalentemente, ma non esclusivamente, circoscritti ai rapporti tra soggetti pubblici.

L'accordo normativo veniva ravvisato, per esempio, nei contratti conclusi tra più Comuni per la realizzazione di opere di interesse comune, dotati di una peculiare valenza organizzativa e di coordinamento. D'altra parte, la figura riscosse, come noto, ampio successo soprattutto nella sistematica dottrinale relativa alle intese concluse tra i *Länder* e tra questi e lo Stato centrale, che davano vita a forme di diritto convenzionale per le quali non erano più idonei i canoni del diritto internazionale[23].

---

[22] G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., p. 34.

[23] Sulla *Vereinbarung* nella sua veste di accordo normativo, si vedano G. Sanviti, *Convenzioni e intese nel diritto pubblico. Strutture e tipi*, Milano, Giuffrè, 1978, p. 79 ss.; G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., p. 25 ss.; G. Kisker, *Riflessioni critiche sulla prassi della cooperazione per accordi tra il Governo federale e i Länder e fra i Länder nella Repubblica Federale Tedesca*, in *Problemi di am-*

1.3. Le tesi negatrici. La critica anticontrattualista di K. Kormann e W. Jellinek. La Zweistufentheorie *di H.P. Ipsen*

Nonostante le riletture kelseniane e apeltiane sul tema del contratto di diritto pubblico, a cavallo tra le due Guerre, maturò in Germania una nuova critica alla figura dell'*öffentlich-rechtlicher Vertrag*. Se – come segnala Masucci – un'apertura già si intravedeva a livello legislativo nel progetto di legge del 1931 per l'ordinamento amministrativo del *Wüttenberg*, ove si dava la possibilità, salva diversa previsione, di concludere contratti per la costituzione o la modifica di rapporti giuridici di diritto pubblico[24]; sul fronte dottrinale, andavano riproponendosi nuove tesi anticontrattualistiche.

Dopo Mayer, all'inizio del '900, era stato il turno del suo allievo K. Kormann. Per questi, in linea di principio, il contratto di diritto pubblico esiste, tuttavia, in ossequio al principio dell'uguaglianza delle parti, esso potrebbe darsi o soltanto tra privati oppure solo tra enti pubblici[25]. Tra pubblico e privato può ammettersi solo un atto amministrativo al quale si aggiunge l'accettazione dell'interessato, secondo il modello già proposto del *Verwalutngsakt auf Unterwerfung*.

D'altra parte, Kormann ammetteva, soprattutto nel campo del

---

ministrazione pubblica, 2, 1986 p. 77 ss., e per una riflessione a proposito dell'analoga esperienza in Austria, T. Öhlinger, *Considerazioni critiche sulla prassi della cooperazione per accordi tra Federazione e Länder e tra Länder in Austria*, *ivi*, p. 57 ss. Le opere cui si fa riferimento nel testo sono G. Anshütz, *Allgemeine Begriffe und Lehre des Verwaltungsrechts nach der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts*, in *Preuß. Verwaltungsblatt*, 1901, p. 88 ss.; G. A. Walz, *Die 'Vereinbarung' als Rechtsfigur des öffentlichen Rechts*, in *Aör*, 59, 1928, p. 161 ss.; H. Wolff, O. Bachof, *Verwaltungsrecht*, I, 9 ed., München, 1974, p. 139 ss.

[24] Cfr. A. Masucci, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali*, cit., p. 49. Sul tentativo del *Land* del *Wüttenberg* di darsi una compiuta legislazione in materia di procedimento amministrativo, cfr. anche F. Mayer, *La legge sul procedimento amministrativo nella Repubblica federale tedesca*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, p. 1115 ss.

[25] Fu Kormann ad inaugurare in Germania l'analogia tra atto amministrativo e negozio giuridico. Pertanto, benché questi non ammettesse che il contratto potesse essere concluso tra soggetti giuridici diversi, non è mancato chi abbia attribuito proprio a quest'autore la nascita della dottrina del negozio di diritto pubblico. Cfr. S. M. Retortillo, *Il diritto civile nella genesi del diritto amministrativo*, cit., p. 716.

diritto urbanistico, l'esistenza di alcuni contratti con cui l'amministrazione si obbliga a disporre in senso favorevole per il privato in cambio di prestazioni di interesse generale da parte di quest'ultimo: è la stessa giurisprudenza a riconoscerne la validità. Ma per l'autore si trattava pur sempre di contratti di diritto privato, che nulla hanno a che vedere con il negozio di diritto pubblico di cui andava discorrendo parte della dottrina tedesca.

Se tanto le tesi di Mayer quanto quelle di Kormann giungevano ad esiti negativi rispetto alla categoria dell'*öffentlich-rechtlicher Vertrag*, tuttavia quest'ultimo abbandonava le argomentazioni di tipo "costituzionale" sul ruolo dell'amministrazione, da vedersi gerarchicamente sovrapposta rispetto al suddito-cittadino, per colorarsi di toni maggiormente positivisti, ispirati al principio di legalità ed ai valori dello Stato di diritto, che fanno della norma un criterio di garanzia per il singolo[26].

Fu W. Jellinek ad avanzare nuovamente la tesi anticontrattualistica nel 1931.

Riproponendo le considerazioni già espresse da Kormann, egli ribadì, non senza una certa retorica, la natura di diritto privato dei contratti in parola. In tali casi, però, l'emanazione del provvedimento secondo il contenuto pattuito avrebbe integrato l'evento di una condizione sospensiva dell'efficacia del contratto; viceversa la mancata emanazione avrebbe costituito l'oggetto di una condizione risolutiva[27].

---

[26] Cfr. A. Masucci, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali*, cit., p. 50 ss.; A. Huergo Lora, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, cit., p. 135 ss. L'opera principale in cui Kormann compendia il suo pensiero è K. Kormann, *System des rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, Julius Springer, Berlin, 1910.

[27] Per un'analisi del pensiero di W. Jellinek, si veda A. Huergo Lora, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, cit., p. 144 ss. L'opera cui si fa riferimento è W. Jellinek, *Verwaltungsrecht*, Berlin, 1931. In un saggio di poco precedente – il *Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwalungsakt auf Unterwerfung*, in *Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des Preußischen Oberverwaltungsgerichts*, Berlin, 1925, p. 84 ss. – W. Jellinek, invece, introduceva la figura dell'atto amministrativo bilaterale, *zweiseitiger Verwaltungsakt*, per spiegare, in sostituzione del *Verwaltungsackt auf Unterwerfung*, le consuete fattispecie della *Naturalisation* e della *Beamtenanstellung*. A differenza della costruzione di Mayer, la volontà del privato non costituiva una mera condizione di efficacia dell'atto dell'autorità, ma ne condizionava la stessa validità. Tuttavia, la teoria dell'atto

Nonostante l'atteggiamento critico rispetto al contratto di diritto pubblico, svaniscono in W. Jellinek le considerazioni risolute con cui si era espressa la dottrina precedente nel negare la sua stessa esistenza. La necessità di preservare la supremazia dell'autorità cede ora alla riscontrata presenza di un forte tasso di consensualità nell'azione amministrativa. Non restava che ricondurre l'incontro tra le volontà pubbliche e private quantomeno al negozio disciplinato dal codice civile, e stemperare il vincolo posto alla discrezionalità amministrativa attraverso gli istituti della condizione sospensiva e risolutiva.

Scompaiono, d'altro canto, anche le ragioni basate sul principio di uguaglianza tra le parti e sull'impossibilità di contratti tra persone giuridicamente diverse[28]. Come avrebbe poi osservato Forsthoff, il contratto presuppone l'uguaglianza dei contraenti, ma ciò non vuol dire anche che essi debbano collocarsi in diritto sul medesimo livello. Il contratto di diritto pubblico è tale perché caratterizzato dalla presenza di un oggetto che rileva per il diritto pubblico; poco importa invece la natura pubblica o privata del soggetto[29].

Tuttavia, alle tesi anticontrattualiste di Kormann e di W. Jellinek si accompagnarono ben presto anche le nuove prospettazioni di Ipsen a proposito della c.d. *Zweistufentheorie*.

Questi propose una costruzione composita e duale, ben nota anche in Italia, basata sulla combinazione del provvedimento e del contratto, a congiunzione, non fusione, dell'unilateralità e della contrattualità.

---

bilaterale non riscosse credito né nella dottrina né nella giurisprudenza successiva. Ed infatti essa verrà definitivamente sostituita dalla più corretta costruzione di *mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt*, atto amministrativo a collaborazione necessaria, di Forsthoff. Per più ampi riferimenti, si veda anche F. Falconi, *Contrattazione, impresa privata e programmazione economica*, Padova, CEDAM, 1978, p. 228 ss.

[28] A medesime conclusioni giungeva, qualche anno più tardi anche Bullinger, il quale infatti non ripropone più le consuete argomentazioni sulla disparità delle parti, ma ne sostiene l'incompatibilità con i nuovi principi che fondano lo Stato di diritto, come il principio di legalità e di legittimità dell'azione amministrativa o il principio di proporzionalità. Cfr. M. Bullinger, *Vertrag und Verwaltungsakt*, Stuttgart, 1962, p. 110, cit. in F. Delgado Piqueras, *La terminación Convencional del Procedimiento Administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 37.

[29] Cfr. E. Forsthoff, *Traitè de droit administratif allemand*, trad. par M. Fromont, Bruylant, Bruxelles, 1969, p. 420.

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 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[30].

Ma la teoria del doppio grado ebbe in Germania vita breve[31]. Essa fu messa al centro di numerose critiche da parte della dottrina successiva. La duplice articolazione dei rapporti fu additata come mera *fictio iuris*, che non solo finiva con lo spezzare la reale natura sinallagmatica del rapporto, ma soprattutto produceva notevoli inconvenienti in punto di tutela giurisdizionale[32].

1.4. Il contratto di diritto pubblico: dal Sozialstaat *alla* Verwaltungsverfahrensgesetz

Fu nell'immediato periodo postbellico che in Germania il nuovo contesto politico consentì più agevolmente, se non proprio giustifi-

[30] Si vedano le considerazioni che Ipsen svolse a proposito dell'istituto della sovvenzione. H.P. Ipsen, *Öffentlicher Subventionierung Privater*, Berlin-Köln, 1956, p. 61 ss., cit. in A. Masucci, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali*, cit., p. 51 ss.

[31] F. Ledda segnala tuttavia l'adesione alla *Zweistufentheorie* da parte di un consistente numero di esponenti del dibattito tedesco, tra cui si vedano gli stessi M. Bullinger, *Vertrag und Verwaltungsakt (Zu den Handlungsformen und Handlungsprinzipien der öffentlichen Verwaltung nach deutschem und englischem Recht)*, Stuttgart, 1962, p. 100 ss. e K. Stern, *Rechtsfragen der öffentlichen SubventionierungPrivater*, in *Juristen Zeitung*, 19, 1960, p. 561; ma anche M. Siebert, *Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung: zur Abgrenzung und Verflechtung von öffentlichem Recht und Privatrecht*, Schwartz, 1953, p. 236 ss.; K.-O. Henze, *Verwaltungsrechtliche Problemeder staatlichen Finanzhilfe zugunsten Privater*, Broschiert, 1958, p. 52 ss.; C. Bellstedt, *Bedürfen Subventionen gesetzlicher Grundlage?* in *D. öff. Verw.*, 1961, p. 161 ss.

[32] A. Masucci, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali*, cit., p. 1 ss.

cò, l'abbandono delle globalizzanti costruzioni unilateral-autoritative, chiamate, a partire da Mayer, a sorreggere la struttura amministrativa del *Reich*.

I valori democratici ispiravano e spingevano, ora, verso la desacralizzazione del mito dell'amministrazione che agisce per *imperium*, a favore di un'azione paritaria e consensuale. Per troppo tempo il diritto pubblico tedesco era stato concepito come un diritto di supremazia, dal quale espungere il consenso del privato e lo strumento negoziale. Urgeva adesso recuperare nel nuovo Stato sociale proprio quei meccanismi su base volontaria, che più rispondevano al contemperamento tra diritti fondamentali di origine liberale e nuova vocazione collettiva, che ad essi, ora, si imponeva[33].

I principi dello Stato sociale, del *Sozialstaat,* attecchivano del resto 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 e delle proprie funzioni. Lo Stato si stava trasformando in un *Verwaltungstaat*, in un imponente Stato amministrativo: il disegno teorico elaborato dalla Scuola delle Pandette non bastava più[34].

Divenivano inevitabili la ricerca del consenso del privato e la valorizzazione dell'accordo per il perseguimento di finalità pubbliche. Non è un caso perciò che proprio in questo periodo divengono centrali nelle riflessioni dogmatiche tedesche anche i contratti impiegati con finalità di incentivazione delle imprese[35].

---

[33] Cfr. M. Fromont, H. Rieg, *Introduction au Droit Allemand,* t. II, *Droit public-Droit pénal,* Editions Cujas, 1984, p. 159.

[34] Dopo l'esperienza della Costituzione di Weimar del 1919, la Legge fondamentale tedesca del 1949 definì, agli artt. 20 e 28, la Repubblica federale come un *sozialer Rechtsstaat*. Sulla contrapposizione e sui tentativi di conciliazione tra Stato di diritto e Stato sociale in Germania cfr. E. Forsthoff, *La Repubblica federale tedesca come Stato di diritto e Stato sociale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, p. 547 ss.; Id., *Anrecht und Aufgabe einer Verwaltunslehere,* trad. it. a cura di C. Amirante, *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, Giuffrè, 1973. Per più ampi riferimenti vd. R. Bin, *Stato di diritto*, cit., in particolare, pp. 1153-1155; P. Ridola, *La Costituzione della Repubblica di Weimar come "esperienza" e come "paradigma"*, in *Rivista AIC*, 2, 2014, p. 27 ss.

[35] Sul tema, contributo fondamentale nel dibattito tedesco fu quello di K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik*, I. vol., 2 ed., München, 1984.

Lo stesso Bullinger riconsiderava le proprie posizioni critiche sull'ammissibilità del contratto di diritto pubblico[36], anche a fronte del recepimento nella Legge urbanistica federale del 1960, *Bundesbaugesetz* (*BBauG*), del contratto di diritto urbanistico già ormai ampiamente diffuso nella prassi[37].

Così l'istituto del contratto di diritto pubblico guadagnò stabilmente un posto nella stessa manualistica accanto alla consueta figura dell'atto amministrativo su sottomissione, mentre ormai si avviavano i processi di codificazione della disciplina del procedimento amministrativo[38].

---

[36] M. Bullinger, *Zur Notwendigkeit funktionalen Umdenkens des öffentlichen und privaten Vertragsrechts im leistungsintensiven Gemeinwesen*, in *Gedächtnisschrift für Hans Peters*, 1967, p. 667 ss., cit. in A. Masucci, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali*, cit., p. 57 ss.

[37] Per un approfondimento dell'evoluzione del contratto di diritto pubblico nel diritto urbanistico tedesco, si rinvia a quanto esposto nel prossimo capitolo.

[38] La necessità di codificare il diritto amministrativo tedesco e di introdurre una disciplina per il procedimento fu sollecitata per la prima volta, in Germania, da Lorenz von Stein nel 1866. Tuttavia la sua opinione rimase a lungo tempo isolata, salvo alcune rare eccezioni in Prussia e nel Baden. L'opinione ancora diffusa era che l'amministrazione necessitasse di ampi spazi di manovra in ordine alla cura dell'interesse pubblico. Fu solo successivamente all'entrata in vigore in Austria dell'*Allgemeine Verwaltungsgesetz* nel 1925, che si registrarono i primi tentativi di introdurre una legislazione generale del diritto amministrativo nello Stato di Thüringen (1926), seguita in Prussia dal *Polizeiverwaltungsgesets* del 1931. Tuttavia gli ideali del nazionalsocialismo e del *Führerprinzip* bloccarono il processo normativo in atto. La necessità di riaffermare l'indipendenza delle corti amministrative e l'effettività del controllo giurisdizionale indussero invece, a partire dalla fase post-bellica, soprattutto per effetto dei valori democratici ora ispirati dalla Legge fondamentale, verso un processo di reale codificazione del diritto amministrativo tedesco. Processo, che, chiaramente limitato ai confini occidentali, almeno sino alla riunificazione della Germania, non avvenne senza resistenze, manifestate in parte dalla stessa Corte Suprema Federale tedesca, nonché da una parte della dottrina. Fu Klaus von Groeben a convincere il *Deutsche Juristentag* a votare nel 1960 a favore della codificazione. Occorrerà però aspettare altri sedici anni perché, attraverso una serie di progetti e disegni di legge, a partire da quello elaborato nel 1963 presso il Ministero Federale degli Interni, si arrivi nel 1976 all'entrata in vigore della *Verwaltungsverfahrensgesetz*. Cfr. su questi aspetti, J.P. Scheider, *Germany*, in J.B. Auby (ed.), *Codification of Administrative Procedure*, cit., p. 203 ss., e, in particolare, p. 220 ss.; D.U. Galetta (a cura di), *La legge tedesca sul procedimento amministrativo (Verwaltungsverfahrensgesetz*), Milano, Giuffrè, 2002; Id., *Il procedimento amministrativo in Germania, fra previsioni in tema di partecipazione dei soggetti coinvolti e misure di accelerazione della sequenza procedimentale*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra semplificazione e partecipazione.*

È lo stesso Fleiner, appartenente alla scuola di Mayer, insieme a Kormann e a W. Jellinek, a dover ammettere l'esistenza dell'*öffentlich-rechtlicher Vertrag*. Tuttavia, a sostegno delle proprie critiche alla figura, egli fece leva sul potenziale *vulnus* che il vincolo contrattuale avrebbe potuto creare al principio di uguaglianza e di imparzialità amministrativa nella cura di interessi generali. Riprendendo invece il filone inaugurato da Mayer circa l'assenza di una norma-base, Fleiner affermava l'esigenza di una specifica autorizzazione normativa alla conclusione di simili contratti, autorizzazione, che ancora non era dato ritrovare nell'ordinamento[39].

Diversamente, nel suo *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Forsthoff, come prima aveva fatto Apelt, traeva da una cospicua rassegna di contratti di diritto pubblico presenti nella legislazione di settore gli argomenti necessari per ribadire la vigenza anche nel diritto amministrativo del principio *pacta sunt servanda*.

Si segnalavano, quindi, la legge tributaria prussiana del 1893, che autorizzava i comuni ad accordarsi con i privati per il riconoscimento di determinati sgravi fiscali, e diverse leggi in materia di espropriazione forzata, che ammettevano il ricorso al contratto per la determinazione dell'indennità di esproprio.

Per Forsthoff si trattava di contratti che esorbitavano integralmente dall'area del diritto civile, tuttavia anch'egli segnalava un certo pericolo nella loro conclusione, stante una possibile lesione del principio di uguaglianza.

Con riferimento alla clausola *rebus sic stantibus*, Forsthoff affermava, infine, che essa era già presente nel diritto internazionale e

---

(Modelli europei a confronto), Milano, Giuffrè, p. 39 ss.; F. Mayer, *La legge sul procedimento amministrativo nella Repubblica federale tedesca*, trad. it. di A. Meloncelli, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, p. 1115 ss.; G. Langrod, *La legge sul procedimento amministrativo nella Repubblica federale tedesca*, in *Problemi di amministrazione pubblica*, 2, 1978, p. 163 ss.; Id., *La doctrine allemande et la procédure administrative non contentieuse*, Bruxelles, Institut International des Sciences Administratives, 1971; M. Fromont, *La codification du droit administratif par la loi du 25 mai 1976*, in *RDP*, 1977, p. 1283 ss.

[39] Cfr. F. Fleiner, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1929, analizzata nella versione spagnola Id., *Instituciones de Derecho Administrativo*, trad. de la 8 ed. Alemana, Tübingen, 1929, trad. por S. Alvarez-Gendín, S. Labor, Barcelona, Madrid, Buenos Aires, 1933, p. 154 ss.

nel diritto civile; la cura dell'interesse pubblico esigeva una sua applicazione anche nel contratto amministrativo[40].

2. *Il § 54 della* Verwaltungsverfahrensgesetz *del 26 Maggio 1976*

Le tematiche dibattute in Germania, e sin qui riferite sinteticamente, avevano posto tutte le premesse per dare corpo di diritto positivo al principio di consensualità nell'azione della pubblica amministrazione tedesca.

Il contratto di diritto pubblico diveniva il mezzo normale di regolamentazione di interessi contrapposti da parte di soggetti diversi ed in posizione diseguale. Il § 54 della *VwVfG*del 26 Maggio 1976[41] confermava i risultati delle elaborazioni dottrinali.

---

[40] Cfr. E. Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, I ed., München, 1950, qui consultata nella sua traduzione francese Id., *Traitè de droit administratif allemand*, cit., p. 414 ss. Da ultimo anche K. Stern, dopo Kelsen, Apelt e Forsthoff, fece nuovamente ricorso alla tesi delle c.d. norme dispositive per risolvere il problema mayeriano della norma-base. Secondo l'A., l'amministrazione può ricorrere al contratto di diritto pubblico quando la legge, attraverso le norme dispositive, non richiede l'impiego di un atto autoritativo, ovvero autorizza, implicitamente, le parti a ricorrere allo strumento contrattuale. Di conseguenza, il problema della norma-base sarebbe stato un falso problema. Inoltre, non sarebbe stata necessaria un'autorizzazione legislativa generale ed espressa per riconoscere vincolatività ai contratti in questione, in quanto la loro obbligatorietà discende dal principio *pacta sunt servanda*, che è immanente nella stessa fattispecie negoziale. Cfr. K. Stern, *Zur Grundkegung einer Lehre des öffentlichen Vertrages*, in *Vewaltungs-archiv*, 1958, in particolare, p. 145 ss., cit. in A. Masucci, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli consensuali*, cit., p. 54 ss.

[41] Il § 54 – secondo la traduzione di A. Masucci, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli consensuali*, cit., p. 171 – 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 con un atto amministrativo». 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*». Una traduzione in francese del testo della *VwVfG*,

L'ordinamento tedesco, primo nel panorama del diritto comparato[42], conobbe finalmente quella norma-base, la cui assenza era stata posta da Mayer a fondamento della sua tesi demolitrice del contratto di diritto pubblico.

Così anzitutto il § 9, nel sancire l'alternanza tra il provvedimento e il contratto di diritto pubblico quali esiti normali del procedi-

---

curata da C. Autexier, A. Cathaly-Stelkens, H. Langlois è disponibile su http://archiv.jura.uni-saarland.de/BIJUS/A201-6/. Alla previsione generale contenuta nel § 54, vanno aggiunte inoltre le singole disposizioni presenti nelle Leggi sul procedimento amministrativo di ciascun *Länder*. Il § 1 della *VwVfG* ha infatti escluso l'applicazione della legge federale in questi ultimi, salvo i casi in cui l'autorità amministrativa del *Land*, degli enti locali o degli enti pubblici sottoposti al controllo del *Land* stesso debbano dare esecuzione al diritto federale per conto della Federazione o a titolo di competenze proprie. In ogni caso, i *Länder* hanno adottato delle leggi identiche per le loro amministrazioni e per quel che concerne il contratto di diritto pubblico si sono limitati ad un generale richiamo alla disciplina di cui ai §§54-62 *VwVfG*, con espressa esclusione degli stessi nell'ambito dell'attività delle Scuole e delle Università. Per questi aspetti, si veda U. Stelkens, H. Schröder, *Allemagne/Germany*, in R. Noguellou, U. Stelkens (dir.), *Droit comparé des Contrats Publics/Comparative Law on Public Contracts*, cit., p. 309 ss.; A. Weber, *Le basi del diritto procedimentale amministrativo nell'ordinamento tedesco*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra semplificazione e partecipazione*, cit., p. 33 ss. Per un'analisi della disciplina dell'*öffentlich-rechtlicher Vertrag*, si veda 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 ss.; M. P. Singh, *German Administrative Law in Common law Perspective*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg GmbH, 1985, p. 50 ss.; M. Fromont, *Droit administratif des Etats européens*, PUF, 2006, p. 313 ss.; H. Maurer, *Droit Administratif Allemande*, trad. par. M. Fromont, Paris, LGDJ, 1995, p. 380 ss.; M. Fromont, A. Rieg, *Introduction au droit allemand*, cit., p. 158 ss.; e nella dottrina italiana, A. Masucci, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli consensuali*, cit., p. 61 ss.; G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., p. 42 ss.; 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*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 55 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 ss.; e, da ultimo, E. Buoso, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, CEDAM, 2012, p. 115 ss.

[42] G. Langrod, *La codificazione del procedimento amministrativo non contenzioso nella Repubblica federale tedesca*, cit., p.174. Dello stesso autore si veda, per un primissimo studio sulla diffusione di forme consensuali pubblico-privato nel diritto comparato, Id., *Administrative contract, a comparative study*, in *The American Journal of Comparative law*, 3, 1955, p. 325 ss.

mento amministrativo[43], riconosce all'amministrazione una generale libertà nella scelta dei mezzi da impiegare per l'espletamento delle proprie funzioni[44].

Il § 54-I ammette, poi, in via generale ed astratta la possibilità per l'amministrazione di concludere un contratto in luogo dell'emanazione di un provvedimento, salvo disposizioni legislative contrarie, «*soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen*»[45].

D'altra parte, si ritiene, nei limiti in cui *l'öffentlich-rechtlicher Vertrag* è possibile, l'amministrazione non solo potrebbe, ma, in un

[43] Nel fornire la definizione di *Verwaltungsverfahrens*, la norma offre un concetto di procedimento quale attività posta in essere dall'autorità amministrativa, volta alla produzione di effetti all'esterno dell'amministrazione attraverso «*den erlass eines Verwaltungsaktes oder auf den abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages*», attraverso, cioè, l'emanazione di atti amministrativi ovvero la conclusione di contratti di diritto pubblico. § 9. *Begriff des Verwaltungsverfahrens*. «*Das Verwaltungsverfahren im Sinne dieses Gesetzes ist die nach außen wirkende Tätigkeit der Behörden, die auf die Prüfung der Voraussetzungen, die Vorbereitung und den Erlass eines Verwaltungsaktes oder auf den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages gerichtet ist; es schließt den Erlass des Verwaltungsaktes oder den Abschluss des öffentlich-rechtlichen Vertrages ein*».

[44] 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*, cit., p. 61.

[45] La clausola di salvezza è stata interpretata in senso ampio: sono ricomprese non solo le norme di legge, ma anche le disposizioni ed i principi ricavabili dalla Legge fondamentale, i divieti presenti nelle fonti secondarie e nel diritto consuetudinario. Il principio dell'alternanza tra provvedimento e contratto regge e si applica perciò entro il perimetro di specifiche prescrizioni normative, quale che ne sia la natura, contrarie al contratto di diritto pubblico. L'abilitazione generale non può perciò andare disgiunta dalla lettura di singole disposizioni di settore di segno contrario, che, invero, nell'ordinamento tedesco sono assai rare. Pertanto, il divieto, se sussiste, dovrà essere individuato per via interpretativa in quelle norme che impongono all'amministrazione di agire per via unilaterale. Cfr. per questi aspetti, Cfr. H.-U. Erichsen, W. Martens, *Il contratto di diritto amministrativo*, in A. Masucci (a cura di), *L'accordo nell'azione amministrativa*, cit., p. 127 ss.; F. Fracchia, *L'accordo sostitutivo*, cit., pp. 66-67. Sul punto si veda anche U. Stelkens, H. Schröder, *Allemagne/Germany*, cit., p. 310, i quali invero segnalano alcune leggi speciali che escludono il ricorso al contratto di diritto pubblico, come, per esempio, in materia di remunerazione dei funzionari pubblici (§ 2 al. 2 *Bundesbesoldungsgesetz* nella sua versione consolidata del 19 giugno 2009) o nel settore tributario e fiscale (*Abgabenordnung* nella sua versione consolidata del 1 ottobre 2002), benché forme di intesa tra l'amministrazione tributaria e i contribuenti siano ampiamente diffuse nella prassi e di fatto concretamente inevitabili.

certo senso, addirittura dovrebbe ricorrere allo strumento consensuale, in tutti i casi in cui il perseguimento dell'interesse pubblico sia connesso all'espletamento (volontario) di attività da parte del privato, e dunque l'attività amministrativa debba risultare da una necessaria composizione con gli interessi privati[46].

Superato dunque lo scoglio dell'ammissibilità del contratto di diritto pubblico, riconosciuta la portata generale della fattispecie, la dottrina tedesca fu impegnata a definire i contorni e la natura giuridica della nuova figura, anche per le evidenti ricadute in punto di disciplina del rapporto negoziale.

*2.1. Concetto e classi dell'*öffentlich-rechtlicher Vertrag

Secondo una specificazione non rinvenibile nel nostro ordinamento, i §§ 55 e 56 della *VwVfG* prevedono due distinte tipologie di contratto di diritto pubblico: il contratto di transazione (*Vergleichsvertrag*) e il contratto di scambio o sinallagmatico (*Austauschvertrag*). Le due fattispecie, invero, non esauriscono le possibili manifestazioni dell'esercizio in forma negoziata del potere pubblico. Secondo la dottrina tedesca, il legislatore non avrebbe introdotto infatti un *numerus clausus*, ma si sarebbe limitato a disciplinare le fattispecie consensuali più diffuse nella prassi e al tempo stesso più rischiose. Di qui, la necessità di sottoporle a stringenti previsioni di legge[47].

Il *Vergleichsvertrag* è il contratto mediante il quale l'amministrazione, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, valuta opportuno transigere con il privato, per via di concessioni reciproche, per eliminare una situazione di fatto o di diritto incerta[48]. Esempio

---

[46] In tal senso, il contratto di diritto pubblico esprime e attua il principio di proporzionalità nell'azione amministrativa. In questi termini, fra gli altri, E. Buoso, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'azione amministrativa*, cit., p. 127; A. Masucci, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali*, cit., p. 72.

[47] Cfr. H. Maurer, *Droit administratif allemand*, cit., p. 370.

[48] § 55. *Vergleichsvertrag: «Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag im sinne des § 54 Satz 2, durch den eine bei verständiger Würdigung des Sachverhalts oder der Rechtslage bestehende Ungewissheit durch gegenseitiges Nachgeben beseitigt wird (Vergleich), kann geschlossen werden, wenn die Behörde den Abschluss des*

tipico è l'accordo di transazione con finalità d'indennizzo (*Abfindungsvergleich*), previsto in seno al procedimento di espropriazione forzata.

Il secondo tipo di contratto, l'*Austauschvertrag*, più frequente e diffuso soprattutto nel campo del diritto urbanistico[49], ha per oggetto uno scambio di prestazioni tra il soggetto pubblico e quello privato.

Il § 56 precisa che simile negoziazione 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, considerato l'insieme delle circostanze, adeguate (*Angemessen*) ed in connessione logica rispetto alla prestazione dell'autorità amministrativa (*Koppelungsverbot*)[50].

Ulteriori distinzioni, ben più prossime alle categorie italiane, sono ricavabili invece per via interpretativa. Sebbene la distinzione non venga sancita a livello positivo, anche l'ordinamento tedesco enuclea infatti altre due diverse ipotesi di contratto amministrativo (*verwaltungsrechtliche Vertrag*): il *koordinationsrechtlicher Vertrag*, concluso tra soggetti pubblici, e il *subordinationsrechtliche Vertrag*, tra amministrazione e privato[51].

L'esistenza di moduli consensuali tra pubbliche amministrazioni, di accordi orizzontali, secondo la corrente espressione ita-

---

Vergleichs zur Beseitigung der Ungewissheit nach pflichtgemäßem Ermessen für zweckmäßig hält».

[49] M. Fromont, *Droit administratif des Etats européens*, cit., p. 316.

[50] § 56. *Austauschvertrag*: «*(1) [1]Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag im Sinne des § 54 Satz 2, in dem sich der Vertragspartner der Behörde zu einer Gegenleistung verpflichtet, kann geschlossen werden, wenn die Gegenleistung für einen bestimmten Zweck im Vertrag vereinbart wird und der Behörde zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben dient. [2]Die Gegenleistung muss den gesamten Umständen nach angemessen sein und im sachlichen Zusammenhang mit der vertraglichen Leistung der Behörde stehen. (2) Besteht auf die Leistung der Behörde ein Anspruch, so kann nur eine solche Gegenleistung vereinbart werden, die bei Erlass eines Verwaltungsaktes Inhalt einer Nebenbestimmung nach § 36 sein könnte*».

[51] Sulle critiche a questa classificazione presenti nella dottrina tedesca, vd. G. Falcon, cit., p. 41, n. 59. In particolare, si segnala la diversa prospettazione di Wolff e Bachof, i quali distinguono tra *homogene* e *heterogene Vertrag*.

liana, viene desunta per implicito dal § 54 primo periodo della Legge sul procedimento tedesca, nella parte in cui con espressione generale rinvia alla possibilità per qualsiasi soggetto di stipulare un contratto per la disciplina di un rapporto di diritto pubblico[52].

Al *subordinationsrechtliche Vertrag* è riferibile invece il § 54, secondo periodo.

La norma, nel sancire la possibilità per l'amministrazione di concludere il contratto in luogo dell'emanazione di un provvedimento, allude proprio alle ipotesi in cui il soggetto pubblico, disponendo di un potere autoritativo, si colloca in posizione sovraordinata rispetto al privato.

In punto di disciplina, la dottrina ha interpretato i §§ 54-62 nel senso che solo le norme direttamente riferibili, stante il loro contenuto, al *subordinationsrechtlicher Vertrag* non possono trovare applicazione anche per il *koordinationsrechtlicher Vertrag.* Così il contratto di transazione e il contratto di scambio possono essere conclusi sia tra amministrazione e privati che tra pubbliche amministrazioni, con la sola differenza che i limiti posti dai successivi § 55 e 56 varrebbero, per effetto del richiamo al § 54 secondo periodo, solo per il *subordinationsrechtlicher Vertrag*[53].

Ulteriore distinzione ricavabile per implicito dalla lettera del § 54 è quella corrispondente alla distinzione italiana tra accordi sostitutivi e accordi integrativi.

In effetti, la norma tedesca fa espresso riferimento solo al contratto sostitutivo dell'agire unilaterale, mentre non fa alcuna menzione dei secondi. Cionondimeno, non è possibile escludere solo attraverso un'interpretazione letterale della previsione, una nuova analogia tra l'ordinamento italiano e quello tedesco.

Ed infatti, una parte della dottrina tedesca ha ritenuto che il divieto di *sostituire* il provvedimento amministrativo con il contratto di diritto pubblico (in particolare il contratto di scambio) nei casi previsti dalla legge, non esclude che l'amministrazione possa in

---

[52] Cfr. U. Stelkens, H. Schröder, *Allemagne/Germany*, cit., p. 308; M. P. Singh, *German Administrative Law in Common law Perspective*, cit., p. 50.

[53] Così H. Maurer, *Droit administratif allemand*, cit., p. 368 ss.

quelle stesse ipotesi concludere un contratto volto a definire soltanto il contenuto del futuro provvedimento, che resta a conclusione del procedimento[54].

In altri termini, in questo caso sarebbe ammissibile un contratto di diritto pubblico ad effetti obbligatori, *Verpflichtungsvertrag*, un contratto, cioè, con cui l'amministrazione si obbliga soltanto a fare o a non fare un qualcosa, e quindi ad emanare o meno un determinato provvedimento. Viceversa risulterebbe escluso il *Verfügungsvertrag*, contratto ad effetti reali, con cui le parti assolvono direttamente gli obblighi in esso desunti[55].

2.2. *Le fattispecie aliene: il* mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt *(atto amministrativo a collaborazione necessaria) e il* Normensetzungsvertrag *(accordo normativo)*

Prima di procedere all'analisi della disciplina dell'*öffentlich-rechtlicher Vertrag*, occorre ulteriormente distinguere questa fattispecie dalle diverse ipotesi dell'atto amministrativo a collaborazione necessaria, *mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt*, e dello stesso accordo normativo, *Normensetzungsvertrag*.

Accanto alla previsione di un paradigma consensuale unitario avente ad oggetto la negoziazione del potere pubblico, sopravvivono infatti nell'ordinamento tedesco fattispecie composite, ispirate alle costruzioni di Mayer, come riprese e rivedute da W. Jellinek e quindi da Forsthoff, e fondate sulla combinazione tra atto ammi-

---

[54] A. Masucci, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali*, cit., pp. 76-77.

[55] Si tratta di una distinzione propria del diritto privato ma corrente anche nella dottrina giuspubblicistica tedesca, e basata sul contenuto della regolamentazione negoziale. Si individuano, in tal modo, due tipologie del contratto di diritto pubblico: il contratto obbligatorio (*Verpflichtungsvertrag*) e il contratto decisorio (*Verfügungsvertrag*). Col primo le parti si obbligano l'una nei confronti dell'altra a compiere determinate prestazioni, e ciascuna di esse acquisisce per tale via un diritto alla prestazione altrui. Con il secondo, i contraenti e, in particolare l'amministrazione, attuano, mediante il contratto stesso ed in adempimento delle obbligazioni pattuite, una modificazione rilevante per l'ordinamento. A quest'ultimo tipo apparterrebbero i contratti sostitutivi di un provvedimento amministrativo. Cfr. H. Maurer, *Droit administratif allemand*, cit., p. 370.

nistrativo e (previa) acquisizione del consenso da parte del destinatario[56].

In tali casi, la disciplina contenuta nell'atto non può produrre effetti nella sfera giuridica del destinatario se non in conseguenza del suo consenso. Tuttavia, l'accordo del singolo non entra a far parte del processo di regolamentazione della fattispecie concreta, non contribuisce alla definizione del rapporto, ed il privato non svolge alcun ruolo di co-decisore rispetto all'amministrazione.

A differenza del contratto, in cui la manifestazione di volontà del singolo è necessaria perché il negozio venga a giuridica esistenza, nell'atto amministrativo subordinato all'accordo del privato, la dichiarazione volitiva di quest'ultimo resta una mera condizione di efficacia dell'atto dell'autorità.

In genere, questa costruzione viene utilizzata nelle ipotesi in cui la posizione di vantaggio accordata dal provvedimento è accompagnata da obblighi ed oneri, che non possono essere imputati nella sfera giuridica del destinatario se non previo suo consenso. E ritorna, ancora, una volta l'esempio classico della nomina del funzionario pubblico, accompagnato, adesso, dai casi dell'immatricolazione e del permesso di soggiorno[57].

Si tratta, a ben guardare, di una costruzione nota anche in Italia, e riconducibile alla c.d. teoria della collaborazione, elaborata a proposito dell'identificazione degli atti amministrativi a recettizietà teleologica, che implicano e richiedono una reazione di tipo negoziale da parte del privato destinatario di un atto a contenuto obbligatorio[58].

Per distinguere tra il contratto amministrativo e l'atto amministrativo subordinato all'accordo del privato (o a collaborazione necessaria), il criterio dominante fa leva sulla volontà delle parti interessate e, in particolare, quella del privato.

---

[56] Cfr. per questi aspetti, A. Masucci, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali*, cit., p. 152 ss.; H. Maurer, *Droit administratif allemand*, cit., p. 373 ss.

[57] H. Maurer, *Droit administratif allemand*, cit., p. 373.

[58] Cfr. su questi aspetti, G. Gardini, *L'atto amministrativo cd. recettizio e la sua comunicazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 1995, in particolare, p. 378 ss.; Id., *La comunicazione degli atti amministrativi: uno studio alla luce della l. 7 agosto 1990, n. 241*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 201 ss.

Se la volontà di quest'ultimo ha avuto una parte determinante nella definizione del contenuto dell'atto dell'amministrazione, allora vi sarà contratto; se invece quella ha avuto come effetto di impedirne l'emanazione, si avrà un atto amministrativo inefficace.

Sono ugualmente tra di loro molto prossimi anche il contratto di scambio, che subordina l'emanazione di un provvedimento ad una controprestazione del privato, e l'atto amministrativo arricchito di una condizione sospensiva, il cui contenuto è un onere posto a carico del singolo.

In entrambi i casi, il cittadino può sottrarsi all'obbligazione non prestando il proprio consenso e la volontà negativa impedisce, nel primo caso, il perfezionamento del contratto, nel secondo, invece, la produzione di effetti da parte di un atto giuridicamente esistente.

Allo stesso modo, occorre distinguere il contratto di diritto pubblico dall'accordo normativo, dal negozio con cui l'amministrazione «si obbliga ad emanare o modificare norme giuridiche»[59] (*Normensetzungsvertrag*).

In linea di massima, come già visto in precedenza, l'ordinamento giuridico tedesco riconosce la figura dell'accordo normativo quando parti siano due amministrazioni. Tuttavia ricorrono nella prassi e nella legislazione anche ipotesi di accordi normativi conclusi con i privati.

Il limite posto dal legislatore del 1976 rispetto a questa figura attiene perciò solo alla disciplina applicabile. Ai contratti aventi ad oggetto l'attività amministrativa di carattere generale non sarebbero applicabili le norme sul contratto di diritto pubblico, in quanto, ai sensi del § 1 *VwVfG*, la disciplina sul procedimento amministrativo è riferibile soltanto a rapporti amministrativi concreti e puntuali e non si estende anche all'attività normativa[60].

---

[59] A. Masucci, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali*, cit., p. 74.

[60] Come osserva Masucci, «è fuori dubbio che in sé sarebbe stata possibile e ammissibile una regolamentazione dei contratti e degli accordi anche per attività amministrative generali ed astratte, ma una siffatta regolamentazione è apparsa al Legislatore prematura. Essa avrebbe esteso notevolmente l'ambito di validità della legge sul procedimento e posto ulteriori problemi nel diritto dell'organizzazione amministrativa. Perciò accordi o concordati amministrativi che contengono prescrizioni normative non cadono sotto l'applicazione della legge sul procedimento nel-

Torna quindi ad operare la clausola di salvezza delle diverse disposizioni di legge di cui al § 54-I, che esclude per effetto di un combinato disposto, il regime giuridico dell'*öffentlich-rechtlicher Vertrag* per i *Normensetzungsverträge.*

Le norme in analisi non potranno perciò applicarsi, per esempio, agli accordi in materia di prezzi e tariffe, *Tarifverträge*, proprio perché essi stabiliscono una disciplina valevole per un numero indeterminato di destinatari e ripetibile per un numero imprecisato di volte.

Discorso diverso andrebbe fatto, invece, per i contratti aventi ad oggetto l'emanazione, la conservazione o la modificazione delle norme contenute in un piano regolatore, oggetto di trattazione nel prossimo capitolo.

In tal caso, secondo la dottrina tedesca, come già aveva riconosciuto in Francia Y. Madiot a proposito delle convenzioni di lottizzazione, qualificate in termini di *accord particulier*, pur avendo natura giuridica di *Normensetzungsvertrag*, essi godono di una condizione del tutto particolare in quanto attinenti, in ultima analisi, ad un rapporto concreto.

Le previsioni di piano che costituiscono l'oggetto di questa peculiare forma di accordo incidono infatti nella sfera giuridica di un gruppo circoscritto di soggetti, determinati o comunque determinabili. Pertanto, nella categoria generale degli accordi normativi, unici, gli accordi di pianificazione ricadrebbero anche sotto la previsione del § 54 della legge sul procedimento amministrativo.

2.3. Il problema della natura giuridica: contratti di diritto pubblico e contratti di diritto privato

Ad esigenze di distinzione rispetto al contratto di diritto privato si ricollega, infondo, anche la questione relativa alla natura giuridica del contratto di diritto pubblico[61].

---

la misura in cui essi non contengono prescrizioni giuridiche per casi singoli». Cfr. A. Masucci, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali*, cit., p. 74, n. 10.

[61] Cfr. U. Stelkens, H. Schröder, *Allemagne/Germany*, cit., p. 320 ss.; J.P. Schneider, *Germany*, cit., p. 221; H.-U. Erichsen, W. Martens, *Il contratto di diritto amministrativo*, in A. Masucci (a cura di), *L'accordo nell'azione amministrativa*,

L'aspetto controverso dipende dal fatto che tanto il *BGB* quanto la *VwVfG* offrono un'analoga definizione della fattispecie, consistente in un accordo di volontà diretto a costituire, modificare o estinguere un rapporto giuridico, avente oppure no natura patrimoniale.

La dottrina tedesca pertanto ha tentato di fornire una soluzione sulla base di indici e indicatori che permettano di stabilire quando la relazione creata dal contratto dipenda e sia retta, nel caso concreto, ora dalle norme del codice civile ora da disposizioni di diritto pubblico. Aspetto, quest'ultimo, ulteriormente complicato dal fatto che il § 62 della *VwVfG* richiama l'applicazione, a titolo sussidiario, delle disposizioni del codice civile anche per l'*öffentlich-rechtlicher Vertrag*.

In particolare, il problema della distinzione tra contratto di diritto pubblico o di diritto privato si pone in Germania per i c.d. contratti di scambio, in cui vi è l'assunzione per una o entrambe le parti anche di obbligazioni a carattere neutro, che coincidono talvolta con quelle che qualsiasi soggetto potrebbe assumere in un negozio privatistico. Si pensi ad un'obbligazione di *dare* o di *facere*, quali una dazione in denaro, la realizzazione di opere, la prestazione di servizi[62].

Superato il criterio soggettivo (*Subjektstheorie*), secondo cui è pubblico il contratto in cui almeno una delle parti è un soggetto pubblico; superato altresì il criterio dei contratti misti (*gemischte Verträge*), che implica la contemporanea applicazione di norme pubbliche e private, in ragione della differente natura giuridica delle obbligazioni assunte dal privato e dall'amministrazione, scartato per esigenze di unitarietà della disciplina applicabile; i giudici e la stessa dottrina hanno fatto appello ad un criterio di tipo oggettivo, fondato sull'*oggetto del contratto* e, più precisamente, sugli effetti giuridici che il negozio produce o che ad esso comunque si riconnettono[63].

---

cit., p. 128 ss. Si vedano anche le osservazioni compiute in proposito da G. Greco, *Accordi amministrativi*, cit., pp. 56-57.

[62] H. Maurer, *Droit administratif allemand*, cit., p. 366.

[63] Si tratta di criteri cui la dottrina tedesca aveva già ampiamente fatto ricorso nel passato, cfr. F. Ledda, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, cit., pp. 41-42.

È questo, del resto, il criterio più fedele ad un'interpretazione letterale del § 54, che qualifica il contratto di diritto pubblico proprio sulla base degli effetti prodotti in una relazione retta dal diritto pubblico[64].

È contratto di diritto pubblico, perciò, il negozio volto alla costituzione, modificazione o estinzione di un rapporto di diritto pubblico. Si guarda alla natura della relazione giuridica: se gli effetti costitutivi, modificativi o estintivi si producono in ambiti retti dal diritto pubblico, tale sarà anche la natura del contratto.

Tuttavia, il ragionamento di per sé solo non risulta soddisfacente, in quanto colloca l'incerta natura giuridica del negozio sul mobile confine del diritto pubblico e del diritto privato. Occorre perciò integrare il criterio oggettivo, con un altro che precisi quando si sia in presenza di una relazione pubblicistica.

Tra i vari indici prospettati – soggettivo e dell'interesse perseguito dalle parti (*Interessentheorie*) – appare meritevole quello che, ancora una volta, guarda all'oggetto del contratto, al contenuto della relazione negoziale, al tipo di obbligazioni assunte dalle parti, e, più precisamente, dalla pubblica amministrazione.

Così sarà di diritto pubblico il contratto che implica l'applicazione di regole di diritto pubblico; il contratto che contempla l'obbligazione di provvedere a carico dell'amministrazione; il contratto che incarica dell'esercizio di funzioni pubbliche il cittadino (*Beleihung*); il contratto, infine, che crea situazioni di diritto e di obbligo di natura pubblicistica[65].

In definitiva, solo laddove si tratti di diritti o obblighi che solo un soggetto pubblico potrebbe volontariamente assumere (si pensi all'obbligo di rilasciare un permesso di costruire) si sarà in presenza di un contratto ai sensi del § 54 della *VwVfg*[66].

---

[64] A. Masucci, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali*, cit., p. 147.

[65] U. Stelkens, H. Schröder, *Allemagne/Germany*, cit., p. 321; H. Maurer, *Droit administratif allemand*, cit., p. 366.

[66] *Ibidem*.

3. *Il regime giuridico dell'*öffentlich-rechtlicher Vertrag

A differenza di quanto accade nel nostro ordinamento, la *VwVfG* disciplina in modo compiuto e dettagliato, ai § 57-62, la categoria dei contratti in questione.

Ad esse del resto si affiancano altre norme della *VwVfG,* in quanto applicabili e salva ogni previsione contraria[67]; le disposizioni del *BGB* e quelle contenute nelle leggi di settore[68]. Infine, le norme della *Verwaltungsverfahrengesetz* sono sostituite dalle leggi federali sul procedimento amministrativo dei singoli *Länder*, per quanto di competenza.

Nei paragrafi che seguono ci limiteremo, pertanto, ad una breve ricostruzione degli aspetti fondamentali della disciplina dell'*öffentlich-rechtlicher Vertrag*, relativamente ai requisiti formali, la tutela del terzo, la modifica, la denuncia e il recesso dal contratto, il regime delle invalidità e le conseguenze, sul piano delle azioni processuali riconosciute, in caso di inadempimento.

---

[67] Si tratta delle disposizioni in materia di competenza territoriale (§ 3) e di quelle sullo svolgimento del procedimento amministrativo (§ 9 ss.). Vd. H. Maurer, *Droit Administratif Allemande*, cit., p. 360. Con particolare riferimento a queste ultime, si vedano il § 10, che sancisce il principio di informalità del procedimento; il § 13, che individua le nozioni di parte e di terzo al procedimento; il § 28 sull'audizione dei soggetti la cui sfera giuridica può essere incisa dalla futura emanazione di un provvedimento amministrativo e relative eccezioni; il § 29 in materia di diritto di accesso. Per un commento a queste disposizioni, cfr. D.U. Galetta, *Il procedimento amministrativo in Germania*, cit., in particolare, pp. 40-74.

[68] Diverse sono le previsioni di settore che contemplano una disciplina speciale per il contratto di diritto pubblico. Si segnalano, in particolare, i §§ 11, 12, 124 in materia di contratti urbanistici e i §§ 52 ss. in relazione ai procedimenti di espropriazione forzata, di cui al Codice urbanistico federale (*Baugesetzbuch*, *BauGB*); nel diritto dell'ambiente, il § 13, IV, della Legge federale di tutela del suolo (*Bundes-Bodenschutzgesetz*, *BBodenSchutzG*); e infine, i §§ 69 e ss., V, del Codice dei servizi e delle prestazioni sociali (*Sozialgesetzbuch*, *SGB*) e il § 99 della Legge contro le limitazioni alla libera concorrenza (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, *GWB*), a proposito dei contratti di prestazione di servizi conclusi tra privati ed amministrazioni comunali. Cfr. per questi aspetti, E. Buoso, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'azione amministrativa*, cit., p. 117; Id., *Gli accordi tra amministrazione comunale e privati nel diritto urbanistico tedesco: i contratti urbanistici (städtebauliche Vertrag*), in *RGU*, 3, 2008, p. 363, n. 30.

*3.1. I requisiti formali e la tutela del terzo nell'*öffentlich-rechtlicher Vertrag

Il § 57 prevede il requisito della forma scritta a pena di nullità[69].

Anche in Germania, il legislatore ha inteso quindi circondare di maggiore formalità la conclusione del contratto rispetto all'emanazione di un atto amministrativo, per il quale vige il principio di libertà delle forme (§ 37-II)[70]. La funzione svolta dal requisito formale ha, del resto, anche la funzione di agevolare l'azionabilità degli strumenti di tutela processuale da parte dei terzi.

Il fatto che lo stesso § 57 faccia salva per il contratto una forma diversa, va perciò interpretato in senso restrittivo.

Secondo quanto è dato apprendere dalla stessa Relazione ufficiale al progetto di legge sul procedimento amministrativo, la clausola di salvezza deve essere letta infatti in senso rafforzativo del formalismo legislativo, facendosi salve le specifiche ipotesi dell'atto pubblico e della scrittura privata autenticata[71].

Il § 58 prevede una particolare tutela per il terzo, sia esso un singolo o un'altra pubblica amministrazione.

Ai sensi del comma 1, il contratto che comporta un'ingerenza nella sfera giuridica di un privato, non produce effetti se questi non accorda il proprio consenso per iscritto[72].

Si badi bene che la norma non sancisce un mero principio di relatività degli effetti del contratto di diritto pubblico, ma sembrerebbe introdurre una precisa condizione sospensiva dell'efficacia,

---

[69] Dal testo del contratto deve inoltre risultare la sottoscrizione di tutte le parti contraenti. M. Schröder, *Administrative law in Germany*, cit., p. 63.

[70] A meno che una legge non disponga diversamente, l'atto amministrativo può essere espresso oralmente, per iscritto o in qualsiasi altra forma. Tuttavia l'atto amministrativo orale deve essere confermato per iscritto quando vi sia una richiesta specifica in tal senso. Dall'atto espresso per iscritto deve invece risultare l'autorità che lo ha emanato e la relativa sottoscrizione. Cfr. M. P. Singh, *German Administrative Law in Common law Perspective*, cit., p. 37.

[71] A. Masucci, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali*, cit., p. 102.

[72] Non è necessario che il contratto si risolva in una lesione di diritti soggettivi, ma è sufficiente che da esso scaturisca una qualsiasi situazione peggiorativa della posizione soggettiva del terzo. Cfr. A. Masucci, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali*, cit., p. 110.

il cui evento coincide con l'espressione del consenso da parte del terzo.

Essa ha perciò dato adito a distinte interpretazioni in dottrina. La mancanza dell'assenso del terzo infatti potrebbe produrre in astratto due conseguenze: la presenza di un contratto valido ma inefficace oppure la sua nullità.

La prima soluzione è stata oggetto di critiche in dottrina, e di fatto abbandonata.

Se infatti si ritenesse valido il contratto con cui, per esempio, l'amministrazione si obbliga a rilasciare un'autorizzazione urbanistica lesiva degli interessi del vicino, si dovrebbe far dipendere quantomeno, stante la lettera del § 58-I, l'efficacia del negozio dal consenso del terzo.

Se ne dovrebbe dedurre che la produzione degli effetti e, dunque, il venire a giuridica esistenza dell'obbligazione di emanare l'autorizzazione urbanistica dovrebbe dipendere dal consenso di chi non è parte nel contratto. E, per tale via, si dovrebbe arrivare a sostenere che ogni contratto lesivo della sfera giuridica del terzo necessita del suo consenso per divenire efficace. Ciò che nella pratica sarebbe impossibile.

Più praticabile appare perciò la via della nullità del contratto[73].

Così, qualora l'amministrazione non abbia acquisito preventivamente l'accordo del terzo, questi, nel caso di contratti ad effetti reali (*Verfugungsvertäge*), potrà esperire azione di nullità direttamente contro il contratto; nel caso di contratti ad effetti obbligatori (*Verpflichtungsvertäge*), il provvedimento adottato sulla base di un contratto nullo (perché lesivo) sarà a lui inopponibile, solo se questi non esperisce l'azione di nullità entro i termini di legge[74].

Soluzione analoga il § 58 comma 2 prevede per i casi in cui il contratto sostituisce un provvedimento, la cui emanazione è condizionata all'assenso di altra autorità. Il contratto sarà privo di effetti fintantoché esso non intervenga nei modi e nelle forme richieste. Anche in questo caso, secondo la dottrina, l'interpretazione della disposizione deve evi-

[73] M. Schröder, *Administrative law in Germany*, cit., p. 63.

[74] Sulla *querelle* che in passato ha caratterizzato la dottrina tedesca, circa l'applicazione del § 58 ai soli contratti ad effetti reali, cfr. G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., p.70.

tare che i limiti imposti dal legislatore si risolvano, nei fatti, in un'impossibilità per l'amministrazione di scegliere la via consensuale[75].

*3.2. La validità dell'*öffentlich-rechtlicher Vertrag

In virtù del successivo § 59 qualsiasi vizio dell'*öffentlich-rechtlicher Vertrag* comporta la sua nullità.

La disciplina dell'invalidità del contratto di diritto pubblico è il frutto di una particolare combinazione tra il principio *pacta sunt servanda* (*Vertragsverbindlichkeit*) e il principio del legittimo affidamento (*Vertauensschutz*), e si ispira pertanto ad una reale logica di parità tra pubblica amministrazione e privato, non rinvenibile nel nostro ordinamento[76].

L'esito di questa conciliazione ha fatto sì che il legislatore tedesco si sia rifiutato di riprodurre la precarietà tipica del provvedimento amministrativo nei contratti di diritto pubblico. Questa scelta si è quindi concretizzata nell'esclusione delle ipotesi di illegittimità dal regime dell'invalidità dell'*öffentlich-rechtlicher Vertrag*: un contratto di diritto pubblico che presenti uno dei vizi indicati nel § 59 è nullo ed inefficace. Viceversa, le ipotesi che darebbero luogo all'illegittimità del provvedimento amministrativo non impediscono che il contratto possa continuare a produrre effetti.

Solo nel caso in cui alle parti è nota l'esistenza di un vizio di legittimità, il legislatore ha fatto prevalere le esigenze di legalità dell'azione amministrativa rispetto all'affidamento nell'esecuzione del rapporto. La collusione delle parti non è meritevole di tutela da parte dell'ordinamento.

La disciplina di cui al § 59 è perciò ispirata a due criteri guida: l'unico vizio possibile per i contratti amministrativi è la nullità; in secondo luogo, la nullità non interviene per qualsiasi violazione di diritto, ma solo quando ricorra uno dei casi previsti nella norma[77].

---

[75] Si veda, per questi aspetti, H. Maurer, *Droit administratif allemand*, cit., pp. 382-383.

[76] A. Masucci, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali,* cit., p. 111 ss.

[77] Cfr. H. Maurer, *Droit administratif allemand*, cit., p. 388 ss. Secondo l'A. un'interpretazione costituzionalmente orientata del § 59 dovrebbe però richiede-

Ne consegue che in tutte le ipotesi non contemplate dalla disposizione il contratto, a differenza di quanto avviene per il provvedimento amministrativo, benché viziato, esiste, è produttivo di effetti e le sue obbligazioni sono esigibili. Non sarebbe possibile rimuoverlo né attraverso un'azione del soggetto interessato né in via di autotutela da parte dell'amministrazione[78].

Il contratto nullo è invece *tamquam non esset* e le prestazioni eseguite devono essere restituite. Analogamente, un provvedimento emesso in esecuzione di un contratto nullo è illegittimo, a meno che non possa fondarsi su una diversa base giuridica, e va rimosso secondo i normali espedienti previsti dall'ordinamento: può essere annullato dal giudice o revocato dall'amministrazione.

L'azione di nullità è, infine, esperibile da chiunque, mentre non è ammessa la nullità parziale.

Quanto ai casi di nullità dell'*öffentlich-rechtlicher Vertrag*, il § 59 compie una preliminare distinzione tra *koordinationsrechtlicher Vertrag* e *subordinationsrechtlicher Vertrag*.

Mentre il comma 1, relativo alle ipotesi di nullità sussumibili dalle disposizioni del codice civile, si applica ad entrambe le tipologie; il comma 2 è rivolto esclusivamente al secondo.

Per effetto del rinvio contenuto nel § 59-I ai casi di nullità previsti dal *BGB*, il contratto amministrativo sarà nullo quando una delle parti sia incapace d'agire; il contratto ha ad oggetto una prestazione impossibile; il contratto è posto in violazione di una qualsiasi norma di legge ai sensi del § 134 *BGB*[79].

---

re un'estensione massima delle previsioni di nullità attraverso i normali strumenti dell'interpretazione analogica.

[78] Tuttavia, ai sensi del successivo § 60, l'amministrazione può denunciare un contratto per prevenire o eliminare un pregiudizio per l'interesse della collettività. Questa clausola di necessità (*Nostandsklausel*), che evidentemente si riferisce alle sopravvenienze in fatto e in diritto, potrebbe venire in considerazione anche per i casi di illegalità del contratto, quantomeno per quei vizi che si sono prodotti successivamente alla stipula. Cfr. H. Maurer, *Droit administratif allemand*, cit., p. 388.

[79] A causa della sua ampia formulazione, quest'ultima norma è stata al centro di numerose discussioni in dottrina. Si è proposta perciò un'interpretazione modulata e basata sulla gravità della violazione e sull'importanza dell'interesse pubblico tutelato dalla norma violata nel caso di specie. La giurisprudenza ha fatto rientrare nella previsione del § 134 anche il mancato rispetto

Venendo quindi alle disposizioni contenute nel § 59-II, il contratto concluso tra un'amministrazione ed un privato è nullo quando: un provvedimento dal medesimo contenuto sarebbe nullo e inesistente (*nichtig*) ai sensi del § 44; un provvedimento dal medesimo contenuto sarebbe illegittimo, a condizione che l'illegittimità non sia determinata da un vizio sul procedimento ai sensi del § 46 e non fosse conosciuta da entrambe le parti[80].

Inoltre, il contratto di transazione e il contratto di scambio sono nulli di diritto quando non sussistono né sono rispettate le condizioni specifiche per essi previste rispettivamente dal § 55 e dal § 56.

Quanto ai contratti di transazione, la previsione si lega al timore che essi vengano conclusi senza che sussista un'effettiva situazione di incertezza giuridica o fattuale e che pertanto il contratto si risolva in uno strumento per ottenere concessioni unilaterali da parte del contraente debole[81].

Con riferimento ai contratti di scambio, la nullità opera quando le prestazioni assunte dalle parti non siano, dal lato dell'amministrazione, conformi all'interesse pubblico da perseguire e, dal lato del privato, adeguate e coerenti con le obbligazioni assunte dall'amministrazione.

---

di alcuni principi fondamentali del diritto amministrativo. In ogni caso, deve sempre trattarsi di violazioni che riguardano il contenuto del contratto, ossia il risultato economico-giuridico che esso persegue, e non anche la forma o il procedimento necessario per la sua conclusione. Questi ultimi vizi (di forma, procedurali e sulla competenza), infatti, a norma del § 59-II non produrrebbero conseguenze in punto di validità. Tuttavia, vi è chi sostiene un'applicazione analogica dei §§ 105, 125, 164 ss. del codice civile, che contemplano analoghe ipotesi di nullità (formale) del contratto. Cfr. per questi aspetti, U. Stelkens, H. Schröder, *Allemagne/Germany*, cit., p. 327; H. Maurer, *Droit administratif allemand*, cit., p. 393.

[80] Per un'analisi dei vizi procedimentali del provvedimento amministrativo ai sensi dei §§ 45 e 46 *VwVfG*, cfr. D.U. Galetta, *Il procedimento amministrativo in Germania*, cit., p. 74 ss.

[81] H.-U.Erichsen, W. Martens, *Il contratto di diritto amministrativo*, cit., p. 146.

*3.3. Recesso, modifica e denuncia dell'*öffentlich-rechtlicher Vertrag

Il principio *pacta sunt servanda*, che governa anche l'*öffentlich-rechtlicher Vertrag*, riceve temperamento attraverso la clausola *rebus sic stantibus* di cui al successivo § 60, relativo ai casi della modifica e della denuncia del contratto.

Se la situazione si è modificata in maniera così sostanziale che il mantenimento delle clausole originali può risultare pregiudizievole per una delle parti, questa può esigere che il regolamento negoziale possa essere adeguato alla mutata situazione di fatto o di diritto, attraverso una nuova negoziazione.

La denuncia (o recesso) del contratto, invece, ha funzione sussidiaria: ad essa si potrà ricorrere solo nel caso in cui la modifica della disciplina negoziale non sia più possibile o tollerabile da una delle parti[82].

Dalla denuncia a titolo sussidiario differisce la denuncia a titolo straordinario, che il secondo comma riconosce esclusivamente a favore dell'amministrazione, per prevenire o rimuovere gravi pregiudizi per l'interesse pubblico.

Mentre quindi il primo tipo di denuncia riguarda l'equilibrio del rapporto negoziale, il secondo attiene alla concordanza tra contratto e "bene comune".

La denuncia deve essere motivata e resa per atto scritto (§ 60). Discusso è in dottrina, invece, se essa crei anche un diritto ad un indennizzo in capo al contraente privato[83].

*3.4. L'inadempimento dell'*öffentlich-rechtlicher Vertrag

Nel caso di mancata esecuzione o di esecuzione non corretta delle obbligazioni del contratto di diritto pubblico – fenomeno che passa sotto il termine di "turbative nella prestazione" – si dà luogo all'applicazione delle norme del *BGB* per effetto della clausola di rinvio di cui al § 62[84].

---

[82] U. Stelkens, H. Schröder, *Allemagne/Germany*, cit., p. 330.

[83] *Ibidem.*

[84] M. Fromont, *Droit administratif des Etats européens*, cit., p. 317.

Si ritengono pertanto applicabili le norme sull'impossibilità della prestazione; sulla mora; sulla violazione positiva del contratto e sulla *culpa in contrahendo*[85].

L'azione di adempimento rispetto a qualsiasi obbligazione contrattuale, inoltre, è largamente ammessa in Germania anche nei confronti dell'amministrazione.

Il privato può vedere condannata la p.a. ad un *facere*, un *non facere*, un *dare* o ad un *pati*. Del resto, non vi sono remore ad ammettere questo tipo di azione anche quando la prestazione a carico del soggetto pubblico sia l'emanazione di un provvedimento amministrativo ovvero la stessa conclusione di un contratto di diritto pubblico in via definitiva[86].

Il § 61 contiene invece una particolare disposizione non rinvenibile nel nostro ordinamento. Alle parti è riconosciuta la facoltà di chiedere all'altra l'accettazione dell'esecuzione immediata del contratto. Se la controparte accorda il suo consenso, l'accettazione equivale a titolo esecutivo e, in caso di inadempimento, il beneficiante può agire in giudizio per ottenere l'esecuzione del contratto.

Nella prassi, accade molto spesso che sia l'amministrazione a giovarsi di questa disposizione. Ed accade con frequenza che essa subordini la stessa conclusione del contratto alla clausola dell'immediata esecuzione. Nel caso opposto, però, in cui sia l'amministrazione a rilasciare simile dichiarazione, questa può essere efficacemente resa solo se previene dal dirigente, da un rappresentante generale dell'amministrazione o da un pubblico impiegato abilitato ad esercitare l'ufficio di giudice. La dichiarazione deve, inoltre, essere autorizzata dalla competente autorità di controllo[87].

---

[85] H.-U.Erichsen, W. Martens, *Il contratto di diritto amministrativo*, cit., p. 150 ss.

[86] A. Masucci, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali,* cit., p. 126.

[87] H.-U.Erichsen, W. Martens, *Il contratto di diritto amministrativo*, cit., pp. 152-153. Si tratta di uno strumento particolarmente efficace, che garantisce l'esecuzione del contratto e riduce considerevolmente il contenzioso. Minimo è, non a caso, il numero di sentenze in materia di accordi emesse dal giudice amministrativo tedesco. Cfr. E. Buoso, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, cit., p. 121.

L'azione di adempimento e le azioni risarcitorie, infine, vanno proposte dinanzi al giudice amministrativo. Ai sensi del § 97 della Legge sul procedimento amministrativo e del § 40-II della Legge sui tribunali amministrativi *(Verwaltungscerichtsordnundg*), sussiste infatti la giurisdizione del giudice amministrativo nelle controversie in materia di esecuzione del contratto di diritto pubblico[88].

[88] M. Fromont, *Droit administratif des Etats européens*, cit., p. 317. Il giudice amministrativo, inoltre, accerta la nullità del contratto e può obbligare la parte ad accettare una rinegoziazione dello stesso. Cfr. U. Stelkens, H. Schröder, *Allemagne/Germany*, cit., p. 333.

Capitolo II

GLI *STÄDTEBAULICHTE VERTRÄGE* NEL DIRITTO URBANISTICO TEDESCO

Sommario: 1. I contratti urbanistici (*städtebaulichte Verträge*) in Germania. Antecedenti ed evoluzioni. – 2. Il § 11 del *Baugesetzbuch (BauGB)*. Classi e oggetto degli *städtebaulichte Verträge* – 2.1. La natura giuridica degli *städtebaulichte Verträge* – 2.2. La disciplina formale e sostanziale degli *städtebaulichte Verträge.* – 2.3. Concetto, efficacia e profili di responsabilità dell'amministrazione per inadempimento degli accordi di pianificazione (*Planungsvereinbarungen*).

1. *I contratti urbanistici (*städtebaulichte Verträge*) in Germania. Antecedenti ed evoluzioni*

In Germania[1], la prassi delle amministrazioni comunali ha da

[1] Sull'ordinamento del governo del territorio in Germania si vedano, oltre ai contributi già citati e che oltre si citeranno, in lingua inglese: G. Hermes, *The German Law of Planning: An Overview*, in *European Public Law*, sept. 2002, p. 367 ss.; S. Schmidt, R. Buehler, *The Planning Process in the US and Germany: A Comparative Analysis*, in *International Planning Studies*, 55-75, febr. 2007, p. 54 ss.; P. Eleftheriadis, *Land Development and Public Procurement*, in *Legal Research Paper Series*, *University of Oxford,* 44, 2011; H. Dietrich, E. Dransfeld, W. Voss, *Urban Land and Property Market in Germany*, London, UCL Press, 1993; cenni sono presenti anche in G. Larsson, *Spatial Planning Systems in Western Europe: An Overview*, Amsterdam, IOS Press, 2006; F. Wiehler, T. Stumm, *The powers of regional and local authorities and their role in the European Union*, in *European Planning Studies* 3(2), p. 227 ss.; T. Ziamou, *Alternative Modes of Administrative Action: Negotiated Rule-Making in the United States, Germany and Britain*, cit., 6,

sempre conosciuto casi di cooperazione e negoziazione nella pianificazione urbanistica.

L'informalità cui esse si legarono almeno sino alla prima metà del secolo scorso era dovuta, da un lato, alle reticenze che ancora in parte caratterizzavano, come visto, la dottrina tedesca del contratto di diritto pubblico, e, dall'altro, al ritardo con cui il diritto urbanistico recepì la fattispecie generale, una volta che essa trovò positiva sanzione nella Legge sul procedimento amministrativo del 1976[2].

2000, p. 45 ss. Numerosi sono anche gli studi della dottrina francese, che ha fatto della comparazione con la Germania una costante delle proprie ricerche. Come osserva L. Lucas, nonostante la storica contrapposizione tra il *droit administratif* e il *Verwaltungsrecht*, numerose sono infatti le convergenze tra i due ordinamenti urbanistici. Cfr. su questi aspetti, L. Lucas, *Les plans d'urbanisme*, in M. Fromont, *Les compétences des collectivités territoriales en matière d'urbanisme et d'équipement. Allemagne, Belgique, Espagne, France, Grande-Bretagne, Italie, Suisse*, cit., p. 290 ss. Per la dottrina di lingua francese, cfr. J.B. Auby, H. Périnet-Marquet, R. Noguellou, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, cit., p. 174 ss.; C. Moreau, *Politiques foncières comparées: Allemagne*, in *ADEF*, 1990; C. Broyelle, *Allemagne, France, Angleterre: trois façon de contrôler le permis de construire*, in *Et. fonc.*, mars 1996, p. 14 ss. Quanto ai contributi della dottrina tedesca in lingua francese si veda H. Becker, *Les politiques foncières communales en Allemagne*, in *Les outils d'action foncière des communes*, in ADEF, 1988; J.-M. Woehrling, *Le droit de l'urbanisme en République fédérale d'Allemagne*, in *Conseil d'Etat: pour un droit plus efficace*, Paris, *La documentation française*, 1992, p. 165 ss.; A. Cathaly-Stelkens, *L'étendue de l'obligation de planification urbaine en droit de l'urbanisme allemand, en tant que préalable à l'autorisation de certains projets*, in *Droit de l'aménagement, de l'urbanisme et de l'habitat*, Paris, LeMoniteur, 2004, p. 779 ss.; C.-H. David, *Le droit de l'urbanisme en Allemagne*, 1997, Afduh 1998, p. 399 ss.; Id., *Les principales évolutions du droit de l'urbanisme en Allemagne en 1998, 1999 et 2000*, in *Annuaire français de droit de l'urbanisme*, 2001, p. 633 ss.; Id., *Le droit de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme en Allemagne. Loi sur l'aménagement du territoire et Code de l'urbanisme*, Cahiers du Gridauh, 8, 2003, Paris, *La Documentation française*, 2003; E. Moulin, J. Schneider, Le *pouvoir de l'urbanisme en Allemagne*, in *Et. fonc.*, 1998; M. Rossi, *Les principales évolutions du droit de l'urbanisme en Allemagne en 2001 et 2002*, in *Droit de l'aménagement, de l'urbanisme et de l'habitat*, Paris, LeMoniteur, 2003, p. 527 ss.; Id., *Les principales évolutions du droit de l'urbanisme en Allemagne en 2003 et 2004*, in *Droit de l'aménagement, de l'urbanisme et de l'habitat*, Paris, LeMoniteur, 2005, p. 691 ss.; Id., *Vue d'ensemble du droit de l'urbanisme allemand*, in *Droit de l'aménagement, de l'urbanisme et de l'habitat*, Paris, LeMoniteur, 2009, p. 773 ss.; W. Spannowski, *Allemagne, report National*, in T. Tanquerel, J. Morand-Deviller, F. Alvers Correia (dir.), *La contractualisation dans le droit de l'urbanisme*, cit., p. 119 ss.

[2] E. Schmidt-Assmann, *L'evoluzione del principio di conformità ai piani nel diritto urbanistico tedesco*, in *Dir. amm.*, 1, 1999, p. 53. Sull'evoluzione storica dei

Invero, possono ravvisarsi alcune forme embrionali di contratti urbanistici già nella legislazione più remota. Si tratta delle medesime soluzioni consensuali che è dato rinvenire non solo nel nostro ordinamento, ma, come si vedrà, anche in quello spagnolo.

In Prussia, la legge del 1875 sugli allineamenti degli edifici e poi la successiva legge del 1904 sui nuovi insediamenti già prevedevano infatti momenti di accordo tra i Comuni e i privati per la realizzazione, da parte di questi ultimi, delle opere di urbanizzazione primaria (*Erschließung*) e secondaria (*Folgekosten*)[3].

Per tutto il XX secolo, il legislatore federale si dimostrò invece riluttante ad introdurre nell'ordinamento una disciplina in materia[4].

---

contratti urbanistici in Germania, si veda anche E. Buoso, *Gli accordi tra amministrazione comunale e privati nel diritto urbanistico tedesco*, cit., p. 366 ss.

[3] La presenza di contratti nella legislazione d'origine può forse spiegarsi anche in conseguenza del progressivo allontanamento del diritto urbanistico dai canoni del *Polizeigewalt* a partire dalla sentenza della Suprema Corta amministrativa prussiana del 14 giugno 1882, c.d. sentenza di *Kreutzberg*. Cfr. per questi aspetti, C.-H. David, *Le droit de l'urbanisme en Allemagne*, cit., p. 340.

[4] Il che si deve all'assoluto ritardo con cui il livello centrale intervenne in questo settore normativo, ove i *Länder* giocarono un ruolo di assoluto protagonista. Né, del resto, durante la Repubblica di Weimer si verificò una centralizzazione della legislazione urbanistica a livello dell'Impero; né durante il III Reich si raggiunse un sufficiente grado di uniformità della disciplina, che al più costituì l'oggetto di qualche disparato regolamento. D'altra parte, l'unificazione del diritto urbanistico tedesco non poteva certamente essere auspicata al termine del secondo conflitto bellico, periodo in cui, al contrario, nella Germania dell'Est si assiste alla nascita di un regime socialista di disciplina dei suoli, necessario per giustificare i vasti processi di espropriazione da parte del regime militare sovietico. Nella Germania occidentale, viceversa, sulla base delle competenze delineate dalla Legge Fondamentale del 1947 *(Grundgesetz, GG)* e a partire da una esplicita richiesta del *Bundestag* nel 1951, si procedette solo nel 1960 all'emanazione della prima Legge urbanistica federale (*Bundsbaugesetz*). Vd. C.-H. David, *Le droit de l'urbanisme en Allemagne*, cit., p. 339 ss. Per quanto concerne la ripartizione costituzionale delle competenze legislative delineata dalla *Grundgesetz* essa segue, anche dopo la riforma costituzionale del 2006, la distinzione tra i due livelli della pianificazione: locale e sopra-locale. Per la pianificazione locale, la potestà legislativa è riconosciuta alla Federazione (art. 74, primo comma, n. 18 e art. 72, secondo comma, *GG*). Nella pianificazione sopra-locale, invece, lo Stato federale può emanare solo disposizioni quadro, integrate dai singoli *Länder* (art. 75, primo comma, n. 4 *GG*) con proprie leggi sulla pianificazione. Il riparto delle competenze così delineato fu il frutto di un parere reso dalla Corte Costituzionale Federale del 1954. La *GG* non faceva riferimento espresso alla materia urbanistica. Il rinvio contenuto al diritto fondiario nell'art. 74 n. 18 venne pertanto interpretato dalla Corte nel senso di una suddivisione tra il diritto urbanistico, devoluto alla competenza concor-

Bisognò attendere il nuovo Codice del 1997 (*Baugesetzbuch, BauGB*) perché l'*öffentlich-rechtlicher Vertrag* potesse conoscere una normazione speciale anche in questo settore.

Sia le Legge urbanistica federale del 1960 che il primo Codice del 1987 si limitarono infatti soltanto ad un fugace cenno.

In particolare, il § 124 del Codice, nel disciplinare i contratti in materia di realizzazione delle opere di urbanizzazione, con formula aperta rinviava alla possibilità di concludere altri contratti per l'esecuzione di piani ed interventi urbanistici. La laconicità della disposizione era il frutto di una scelta deliberata del legislatore tedesco, deciso a lasciare il passo all'adattamento giurisprudenziale nel caso concreto e a non costringere in vincoli normativi uno strumento per sua natura flessibile[5].

Il mutamento di prospettiva avvenne in conseguenza di un fatto tanto eccezionale quanto imprevisto: la caduta del muro di Berlino.

La riunificazione delle due Germanie avviò soprattutto nella ex *DDR*, come noto, nuovi processi di edificazione e ristrutturazione, in relazione ai quali l'apporto del privato risultava indispensabile in un generale contesto di scarsità di risorse.

Fu non a caso proprio il Regolamento per la pianificazione urbanistica della Repubblica democratica tedesca del 1990 ad introdurre per la prima volta, anticipandola di ben sette anni, quella disciplina sui contratti urbanistici e sui piani edilizi ad iniziativa privata che troverà poi definitivo e generale accoglimento nei §§ 11 e 12 dell'attuale *BauGB.*

Del resto, lo stesso ingresso nel nuovo Codice di queste due di-

---

rente del *Bund* e dei *Länder*, e il diritto della costruzione, riservato alla potestà di questi ultimi. Con riferimento al livello comunale, invece, la Legge Fondamentale riconosce, nell'ambito del principio di auto-amministrazione, garantito ai Comuni dall'art. 28, il diritto di approvare i propri piani con esclusione di ogni interferenza degli altri livelli territoriali. Cfr. per questi aspetti, G. Hermes, *The German Law of Planning: An Overview*, cit., pp. 367-368; M. Rossi, *Vue d'ensemble du droit de l'urbanisme allemand*, cit., pp. 776-777. Sulla riforma della Legge fondamentale, cfr. A. Gunlicks, *German Federalism Reform: Part One*, in *German Law Journal*, vol. 8, 1, 2007, p. 111 ss.

[5] Cfr. E. Buoso, *Gli accordi tra amministrazione comunale e privati nel diritto urbanistico tedesco*, cit., p. 368 ss.

sposizioni si dovette essenzialmente alle pressioni corporative esercitate dalle associazioni comunali, che vedevano nei contratti urbanistici gli strumenti più adatti a rispondere ai bisogni e alle esigenze dei propri associati[6].

Diverso fu invece l'approccio serbato dalla giurisprudenza tedesca. Le prime sentenze in cui il giudice manifesta una netta apertura rispetto ai contratti di diritto pubblico anche nel governo del territorio, possono rintracciarsi già negli anni Sessanta del secolo scorso[7].

Invero, a questo primo atteggiamento di favore del giudice tedesco, fece seguito uno più restrittivo ancora sino agli inizi degli anni Novanta, che si spiega proprio per l'assenza di precisi limiti legislativi alla figura[8].

Si vede infatti in questo periodo il giudice amministrativo impegnato soprattutto nell'elaborazione di criteri e principi, in parte anche desumibili dalla *VwVfG*, volti a disciplinare il sinallagma contrattuale e a prevenire il dilagare nella prassi di un fenomeno incontrollato di commercializzazione delle funzioni urbanistiche.

Questi, dunque, chiamato a svolgere un ruolo di supplenza nella perdurante inerzia legislativa, ritornò più propriamente ai canoni dell'interpretazione normativa solo dopo il 1997.

D'altronde, anche la nuova disciplina dello *städtebaulichter Vertrag* non pagava del tutto le aspettative, né di certo risolveva le diverse questioni dogmatiche che la prassi urbanistica aveva sollevato.

Non mancarono perciò certamente le critiche da parte dei primi

---

[6] C.-H. David, *Le principales évolutions du droit de l'urbanisme*, cit., p. 8.

[7] Sull'importanza del ruolo svolto dai tribunali amministrativi e, in particolare, dalla Corte amministrativa federale nella costruzione del diritto urbanistico tedesco, per quanto il ricorso al giudice sia in questo settore assai raro, cfr. M. Rossi, *Germania*, in H. Jacquot, E. Ferrari (a cura di), *Il giudice e l'urbanistica nei Paesi dell'Europa occidentale*, Atti del Colloquio Internazionale dell'AIDrU, Roma, 26-27 settembre 2003, Milano, Giuffrè, 2005, p. 259 ss.

[8] Si vedano, per un iniziale orientamento di favore, la decisione della Corte federale di giustizia, (*Bundesgerichtshof, BGH*), del 14 luglio 1966, in *DVBl* 1967, p. 36 ss., e la sentenza della Corte federale amministrativa, (*Bundesverwaltungsgericht*, *BVerwG*) del 6 luglio 1973, in *BVerwGE* 42, 331. Per un'espressione del mutato atteggiamento del giudice tedesco, cfr. *BVerwG* del 14 agosto 1992, in *DÖV* 1993, p. 163 ss. cit. in E. Buoso, *Gli accordi tra amministrazione comunale e privati nel diritto urbanistico tedesco*, cit., p. 368.

commentatori, che, in effetti, rilevarono il carattere promozionale delle nuove disposizioni più che il reale intento di fornire dei saldi sostegni legali all'istituto, anche a tutela delle stesse amministrazioni comunali in un rapporto che ormai si risolveva sempre più frequentemente a vantaggio degli operatori economici[9].

Il § 11 si presentava pertanto carente sotto molteplici profili e consegnava nuovamente alla dottrina e alle corti amministrative il compito di tracciare i contorni esatti della figura.

2. *Il § 11 del* Baugesetzbuch *(*BauGB*). Classi e oggetto degli* städtebaulichte Verträge

Anzitutto, il *BauGB* non fornisce una definizione unitaria e precisa di *städtebaulicher Vertrag*.

Il § 11 è articolato in un lungo elenco di tipologie contrattuali, molto diverse le une dalle altre, e scelte tra quelle più ricorrenti nella prassi. Anche in questo caso, il legislatore tedesco preferisce dunque non prevedere un elenco tassativo, e con una clausola di chiusura fa salva l'ammissibilità di altri negozi non previsti dalla norma, «*die Zulässigkeit anderer städtebaulicher Verträge bleibt unberührti*».

Si conferma così l'abilitazione generale alla conclusione di contratti di diritto pubblico di cui al § 54 della *VwVfG*, che, applicata nel settore in analisi, si traduce nel principio di atipicità dei contratti urbanistici[10].

Tra le fattispecie espressamente previste nel § 11, ricorrono pertanto i contratti sulla preparazione e l'esecuzione di interventi urbanistici da parte del privato e quelli relativi all'elaborazione di piani urbanistici e alle connesse relazioni ambientali (§ 11-I, n.1); i contratti aventi ad oggetto prestazioni atte a favorire il raggiungimento degli obiettivi fissati nella pianificazione, con particolare riferimento all'assetto delle aree, ovvero volti a rispondere alle esigenze abitative della popolazione residente, nonché i contratti attuativi di misure compensative (n. 2); i contratti per mezzo dei quali il privato assu-

[9] *Ivi*, p. 376.

[10] *Ivi*, p. 381; W. Spannowski, *Allemagne, report National*, cit., p. 125.

me su di sé costi o altri adempimenti di spettanza dell'amministrazione e connessi ad un intervento urbanistico (*Folgekostenverträge*) (n. 3); infine, i contratti relativi all'utilizzo di reti ed impianti termoelettrici o solari per la produzione di energia (n. 4)[11].

Al fine di fornire un criterio interpretativo che metta ordine tra le diverse ipotesi contrattuali, è stata proposta una distinzione basata sul momento in cui le tante possibili pattuizioni possono intervenire: prima che il piano urbanistico venga ad esistenza o successivamente ed in sua esecuzione.

Per tale via vengono individuate rispettivamente le due ipotesi dei *planorbereitende Vereinbarungen* o *Planungsvereinbarungen* (§ 11-I, n. 1) e dei *plandurchführende Verträge*[12].

Si tratta di una classificazione molto prossima a quella diffusa nel nostro ordinamento, e costruita dalla dottrina italiana secondo la plastica espressione di accordi "a monte" e di accordi "a valle" delle prescrizioni urbanistiche. Mentre nel primo caso la conclusione del contratto (o dell'accordo, in Italia) avviene durante lo stesso *iter*

---

[11] *BauGB § 11 Städtebaulicher Vertrag: «(1) Die Gemeinde kann städtebauliche Verträge schließen. Gegenstände eines städtebaulichen Vertrages können insbesondere sein:*

1. die Vorbereitung oder Durchführung städtebaulicher Maßnahmen durch den Vertragspartner auf eigene Kosten; dazu gehören auch die Neuordnung der Grundstücksverhältnisse, die Bodensanierung und sonstige vorbereitende Maßnahmen, die Ausarbeitung der städtebaulichen Planungen, sowie erforderlichenfalls des Umweltberichts; die Verantwortung der Gemeinde für das gesetzlich vorgesehene Planaufstellungsverfahren bleibt unberührt; 2. die Förderung und Sicherung der mit der Bauleitplanung verfolgten Ziele, insbesondere die Grundstücksnutzung, die Durchführung des Ausgleichs im Sinne des § 1a Abs. 3, die Deckung des Wohnbedarfs von Bevölkerungsgruppen mit besonderen Wohnraumversorgungsproblemen sowie des Wohnbedarfs der ortsansässigen Bevölkerung; 3. die Übernahme von Kosten oder sonstigen Aufwendungen, die der Gemeinde für städtebauliche Maßnahmen entstehen oder entstanden sind und die Voraussetzung oder Folge des geplanten Vorhabens sind; dazu gehört auch die Bereitstellung von Grundstücken. (2) Die vereinbarten Leistungen müssen den gesamten Umständen nach angemessen sein. Die Vereinbarung einer vom Vertragspartner zu erbringenden Leistung ist unzulässig, wenn er auch ohne sie einen Anspruch auf die Gegenleistung hätte. (3) Ein städtebaulicher Vertrag bedarf der Schriftform, soweit nicht durch Rechtsvorschriften eine andere Form vorgeschrieben ist. (4) Die Zulässigkeit anderer städtebaulicher Verträge bleibt unberührt». Per una traduzione della disposizione, cfr. E. Buoso, *Gli accordi tra amministrazione comunale e privati nel diritto urbanistico tedesco*, cit., p. 375, n. 87.

[12] W. Spannowski, *Allemagne, report National*, cit., p. 124.

pianificatorio, e il suo oggetto attiene allo stesso contenuto del futuro piano urbanistico; nel secondo, la negoziazione interviene in un momento successivo e si riferisce agli aspetti attuativi delle relative disposizioni urbanistiche.

L'aspetto della disciplina che quindi stimola particolarmente la comparazione è quello relativo al primo dei due gruppi di contratti urbanistici poc'anzi citato. Se infatti in Italia, gli accordi "a monte" non trovano ancora un chiaro accoglimento a livello positivo, e restano pertanto affidati a mere logiche negoziali in via di prassi; in Germania, il legislatore, ancorché con un norma in parte lacunosa, ha inteso ricondurre sotto il principio di legalità una fattispecie che resta per molti aspetti ancora controversa.

Sono fatti rientrare tra i *Planungsvereinbarungen* (accordi di pianificazione) anzitutto i contratti con cui il comune affida a studi esterni la predisposizione del piano urbanistico, e un privato investitore si assume i costi della progettazione; quindi i contratti con cui l'amministrazione si impegna a valutare l'interesse del contraente privato nella successiva fase di elaborazione del piano comunale mentre quest'ultimo si obbliga a prestazioni determinate[13].

[13] La pianificazione comunale tedesca poggia essenzialmente su due documenti: il piano sull'uso dei suoli (*Flächennutzungsplan*) e il piano edilizio (*Bebauungsplan*). La vocazione e le funzioni dei due piani non risultano molto distanti da quelle che, nel nostro ordinamento, numerose leggi regionali hanno affidato al Piano strutturale e al Piano operativo. Il piano sull'uso dei suoli, infatti, fissa le grandi linee dello sviluppo urbano ed ha natura e svolge funzioni di tipo programmatorio e strategico. Esso si atteggia, in tal senso, quale punto di snodo tra la pianificazione sopra-locale dei *Länder*, adeguando e riportando gli obiettivi della gestione del territorio e della pianificazione del *Land* nel territorio comunale (§ 5 *BauGB*), ed il piano edilizio, che rende cogenti tali obiettivi. Quest'ultimo contiene dunque la disciplina di dettaglio e di carattere operativo per un ordinato uso del suolo comunale ed ha efficacia vincolante sia per i cittadini che per l'amministrazione stessa. Il piano edilizio è approvato dai Comuni con regolamento; nelle Città-stato assume invece natura di ordinanza. I due documenti sono del resto inscindibili e saldamente connessi: il *Bebauungsplan* presuppone e necessita la previa emanazione del *Flächennutzungsplan*, mentre quest'ultimo ha carattere esclusivamente preparatorio della successiva attività di pianificazione (§ 8 *BauGB*). Ciò però non significa che il piano edilizio debba essere la mera traduzione operativa ed esecutiva del piano strategico, al contrario, esso, anche per merito di una generosa tradizione giurisprudenziale, ha natura flessibile e l'amministrazione dispone di una certa autonomia decisionale nello sviluppare le linee direttrici del piano sull'uso dei suoli. Infine, il *BauGB* detta una disciplina suppletoria per i casi in cui il territorio di un comune

Disciplina a parte è dettata invece per i c.d. contratti d'esecuzione connessi ai piani edilizi d'iniziativa privata. In virtù del successivo § 12, il promotore può obbligarsi alla realizzazione degli interventi contenuti nel progetto dal medesimo presentato entro un termine determinato, assumendosi altresì i costi degli interventi edilizi e delle opere di urbanizzazione.

In tal caso, l'amministrazione, valutata l'opportunità di aderire al progetto promosso dal privato, avvia il procedimento per l'emanazione del piano edilizio. Solo dopo la stipula del contratto d'esecuzione, il comune deciderà in via definita sulla predisposizione del piano.

La decisione di avviare il procedimento di pianificazione rientra nei poteri di valutazione dell'amministrazione. Tuttavia essa ha l'obbligo di considerare la proposta del privato e di decidere motivatamente sulla stessa.

Benché è indiscusso che debba essere il comune a disporre della decisione finale in ordine all'elaborazione del piano edilizio, nondimeno la dottrina ha messo criticamente in evidenza come i promotori privati possano esercitare un'influenza predominante sulle scelte dell'amministrazione, che di fatto si limita a riversare il contenuto del progetto nel piano urbanistico[14].

Appartengono, invece, al secondo gruppo di contratti urbanistici, *plandurchführende Verträge* (contratti attuativi), tra gli altri, i contratti aventi ad oggetto la realizzazione delle opere di urbanizzazione, che ricevono ulteriore e più specifica disciplina nel § 124 *BaubGB*; i contratti – dal contenuto più ampio rispetto ai precedenti – sui c.d. costi conseguenti la realizzazione di infrastrutture e di insediamenti privati (*Folgekostenvertrag*); ancora, i contratti di bonifica e risanamento del terreno (*Sanierungsvertrag*) di cui al § 159, comma 2 *BauGB*; i contratti di riqualificazione urbana,

non è coperto dal piano edilizio (§§ 34 e 35 *BauGB*). Sui livelli della pianificazione in Germania, cfr. E. Schmidt-Assmann, *Livelli e contenuti della pianificazione territoriale in Germania*, cit., p. 19 ss.; J.B. Auby, H. Périnet-Marquet, R. Noguellou, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, cit., p. 174 ss.

[14] Cfr. su questi aspetti, E. Schmidt-Assmann, *L'evoluzione del principio di conformità ai piani nel diritto urbanistico tedesco*, cit., p. 53 ss.

introdotti nel § 171 *BauGB* con le riforme del 2004[15]; e infine, le convenzioni di recupero, ai sensi del § 177, comma 4, quarto periodo[16].

2.1. La natura giuridica degli städtebaulichte Verträge

Prima di passare ad analizzare la disciplina dei contratti urbanistici, appare opportuno soffermarsi sugli aspetti legati alla loro natura giuridica. In Germania, infatti, non vi è un'esatta coincidenza tra contratti urbanistici e contratti di diritto pubblico. Anche in questo settore si riproduce, cioè, l'alternativa tra la natura pubblica o privata del sinallagma, da risolversi attraverso un'analisi del contenuto o dell'oggetto del contratto[17].

In linea generale, i contratti urbanistici sono contratti di diritto pubblico.

In tal senso si esprime la dottrina tedesca prevalente, che, sotto questo profilo, spinge verso una maggiore pubblicizzazione della fattispecie negoziale. Non di questo avviso appare invece la giurisprudenza, che, infatti, non esclude che contratti conclusi in vista della realizzazione di obiettivi urbanistici, possano anche essere soggetti alle regole del codice civile.

In tal caso, non basterebbe guardare alla natura pubblica di uno dei contraenti, né alle sole finalità del negozio. La qualificazione privatistica dipenderebbe talvolta proprio dall'oggetto, o meglio dalle

---

[15] *Gesetz zur Anpassung des Baugesetzbuchs an EuRichtlinien,* Legge di adeguamento del Codice urbanistico al diritto comunitario del 24 giugno 2004, per un commento della quale si veda M. Rossi, *Les principales évolutions du droit de l'urbanisme en Allemagne en 2003 et 2004*, cit., p. 691 ss.

[16] Ma si tratta di un'elencazione meramente descrittiva, potendo le parti, stante il principio di atipicità dei contratti urbanistici, sviluppare ulteriori schemi negoziali, purché rispondenti alle finalità indicate dal § 11. Cfr. W. Spannowski, *Allemagne, report National*, cit., pp. 123-124; E. Buoso, *Gli accordi tra amministrazione comunale e privati nel diritto urbanistico tedesco*, cit., pp. 381 e 385, la quale osserva che il tratto tipico di questi ultimi contratti sta nel permettere all'amministrazione di ottenere dalla parte privata prestazioni ed adempimenti ulteriori e più gravosi rispetto a quelli che potrebbero essere conseguiti per il tramite della normale azione unilaterale.

[17] Per analogo dibattito a proposito della figura generale, si rinvia a quanto esposto nel precedente capitolo.

clausole contrattuali che lo compongono e quindi dalla natura privata delle norme che ad esse devono applicarsi.

Secondo la giurisprudenza del *Bundesgerichtshof*, della Corte federale di giustizia, si sarà perciò in presenza di un contratto di vendita di diritto privato, benché concluso per la cura di interessi urbanistici, quando esso contiene principalmente clausole atte a disciplinare la vendita del fondo interessato dalle finalità della pianificazione[18]. Se, al contrario, la negoziazione è predisposta prevalentemente ai fini della disciplina della destinazione urbanistica del terreno, si avrà un contratto urbanistico di diritto pubblico[19]. Solo in quest'ultimo caso pertanto troveranno applicazione oltre alle norme che qui

[18] *BGH* del 7 febbraio 1985, in *DVBl* 1985, p. 794, cit. in E. Buoso, *Gli accordi tra amministrazione comunale e privati nel diritto urbanistico tedesco*, cit., p. 377. È rinvenibile in Germania una prassi, piuttosto diffusa, di contratti di vendita immobiliari che rispondono mediatamente anche a finalità urbanistiche e di sviluppo urbano o ad obiettivi connessi a politiche abitative e di edilizia sociale. Proprio perché in tali casi è prevalente l'aspetto della transazione immobiliare, essi vengono ricondotti nell'alveo del diritto privato e rimessi alla cognizione del giudice civile. La pluralità e l'immensa varietà di fattispecie negoziali di questo tipo hanno portato ad una classificazione di massima delle stesse, che distingue tra il modello *Weinheimer* e il modello *Traunsteiner.* Nel primo caso, il Comune fa dipendere l'elaborazione di un piano edilizio localizzato sulle aree interessate dall'impegno dei proprietari, assunto con atto davanti a notaio, di riconoscere al Comune un diritto di prelazione per la durata di dieci anni. Se dopo l'adozione del piano, il privato intende alienare il proprio terreno ad un soggetto non autoctono e che non possiede le caratteristiche della categoria debole che l'amministrazione intende prioritariamente tutelare, il Comune può esercitare il proprio diritto di prelazione. Nel secondo caso, invece, in cambio dell'elaborazione del piano edilizio, il Comune si fa accordare dal proprietario, sempre con atto notarile, il potere di approvare qualsiasi alienazione delle parcelle interessate. Se il proprietario, contravvenendo all'accordo, intende vendere il fondo ad un soggetto che non presenta le caratteristiche stabilite dall'amministrazione, anche qui essa può far valere il proprio diritto di prelazione, peraltro con delle riduzioni del prezzo di vendita. La finalità di questi contratti è dunque quella di creare delle riserve di terreni da costruire a favore dell'amministrazione, che può in tal modo orientare non solo la destinazione dei suoli ma anche incentivare politiche abilitative a tutela di determinate categorie protette. Peraltro questi contratti sono di recente entrati in rotta di collisione anche con gli orientamenti della CGUE, che ne ha rilevato la portata limitativa della libertà di circolazione delle persone, traducendosi, in effetti, i diritti di prelazione in un impedimento dei cittadini europei di stabilirsi in una delle aree destinate ad autoctoni in possesso di peculiari requisiti personali. Cfr. su questi aspetti, W. Spannowski, *Allemagne, report National*, cit., p. 126.

[19] *BVerwG* 1 dicembre 1989, in *BVerwGE* 84, 183, cit. in E. Buoso, *Gli accordi tra amministrazione comunale e privati nel diritto urbanistico tedesco*, cit., p. 379.

di seguito si analizzeranno, anche le disposizioni della *VwVfG* esaminate nel precedente capitolo[20].

D'altra parte, le distinzioni in parola rilevano anche se non soprattutto per il diritto comunitario, in quanto è ampiamente discusso se i contratti urbanistici di diritto privato, conclusi *intuitu personae*, debbano per contro essere sottoposti al regime dell'evidenza pubblica[21].

La questione è stata portata anche all'attenzione della CGUE.

Nella nota sentenza *Helmut Müller*[22], la Corte di Giustizia ritenne tuttavia che non rileverebbe per il diritto pubblico il contratto con cui l'amministrazione vende ad un privato un terreno interessato da un processo di riqualificazione urbana, richiedendo a quest'ultimo di intervenire sul medesimo coerentemente con gli obiettivi di sviluppo urbanistico predefiniti ed invitandolo alla presentazione di un progetto di trasformazione dello stesso[23].

---

[20] M. Rossi, *Vue d'ensemble du droit de l'urbanisme allemand*, cit., p. 792. Non mancano, d'altra parte, ipotesi di contratti misti, riconducibili in parte alla fattispecie del contratto di diritto pubblico e in parte al negozio previsto dal *BGB*. In tali casi la dottrina ritiene ora che, quando non sia possibile stabilire la natura prevalentente pubblicistica ovvero privatistica del negozio, debba essere preferita la prima. Cfr. E. Buoso, *Gli accordi tra amministrazione comunale e privati nel diritto urbanistico tedesco*, cit., pp. 378-379.

[21] Cfr. su questi aspetti, U. Stelkens, H. Scröder, *Allemagne/Germany*, cit., p. 324 ss.; L. Lopes Martines, *Les partenariats public-privé*, in T. Tanquerel, J. Morand-Deviller, F. Alvers Correia (dir.), *La contractualisation dans le droit de l'urbanisme*, cit., pp. 82-83; E. Fatôme, *Contrat et concurrence dans le droit de l'urbanisme*, *ivi*, p. 40.

[22] CGCE, Sez. III, 25 marzo 2010, in causa C-451/08.

[23] Sembra interessante riportare la vicenda dalla quale originò la controversia. Nel 2005 il Consiglio municipale del Comune di *Wildeshausen* decise di avviare lo studio di un progetto di sviluppo urbano di una porzione del territorio comunale comprendente una vecchia caserma di proprietà della *Bundesanstalt für Immobilienaufgaben* (amministrazione federale per le questioni immobiliari, di seguito *Bundesanstalt*). Nel 2006, quest'ultima rese noto, mediante avviso pubblico diffuso sulla stampa quotidiana, che era sua intenzione vendere la caserma. La società immobiliare *Helmut Müller* presentò quindi una prima offerta d'acquisto, corredandola di un progetto urbanistico per l'utilizzo dei terreni. La caserma Wittekind venne successivamente smantellata all'inizio del 2007 e, contestualmente, la *Bundesanstalt* pubblicò un bando di gara d'appalto allo scopo di cedere quanto prima tale immobile nello stato in cui si trovava. Una nuova offerta venne quindi presentata dalla *Helmut Müller*. Tuttavia la *Bundesanstalt* preferì un'altra società immobiliare, la *Gut Spascher Sand Immobilien GmbH* (di seguito, GSSI), all'epoca in corso di istituzione, poiché, all'esito di un confronto con lo stesso Comune, il progetto di

Per la Corte, il versamento di una somma di denaro a titolo di pagamento del prezzo di vendita, ragguagliata, peraltro, ai prezzi di mercato, così come il diritto di sfruttare il terreno, quale componente essenziale del traslato diritto di proprietà, impedirebbero di configurare un negozio a carattere pubblicistico[24].

Diversamente reputava il giudice di rinvio – rimasto inascoltato dalla Corte europea – secondo il quale, in un momento futuro e imprecisato ma non troppo lontano, il Comune avrebbe esercitato il proprio potere discrezionale recependo il progetto di trasformazione urbanistica del privato nel procedimento di variante urbanistica, e avrebbe affidato a quest'ultimo, in quanto proprietario dell'area interessata, e dunque con esclusione di qualsiasi altro operatore, un

---

quest'ultima risultava, per ragioni urbanistiche e di sviluppo urbano, migliore. La *Bundesanstalt* decideva quindi di cedere il bene solo dopo che il Consiglio municipale, nella sua piena autonomia, avesse approvato il progetto. Con contratto stipulato in forma notarile in data 6 giugno 2007 la *Bundesanstalt*, con il consenso del Comune, trasferì la proprietà della caserma alla GSSI.

[24] Peraltro, secondo la Corte il rapporto non disponeva degli altri requisiti necessari, ai sensi dell'art. 1, n. 2 lett. b) della direttiva 2004/18, perché si configurasse un appalto pubblico di lavori. La realizzazione di un progetto comunque finalizzato a soddisfare un interesse pubblico urbanistico non è sufficiente per integrare il requisito dell'«interesse economico diretto» dell'amministrazione aggiudicatrice. Inoltre, il semplice fatto che il Comune, nell'esercizio delle proprie competenze in materia di regolamentazione urbanistica, avesse valutato i progetti ovvero avesse assunto una decisione in applicazione di quelle medesime competenze, non bastava a realizzare la condizione delle «esigenze specificate dall'amministrazione». Né, per altro verso, il rapporto negoziale poteva essere qualificato alla stregua di una concessione di lavori pubblici, poiché il rischio economico che sopporta il concessionario deve essere collegato alla gestione oggetto del rapporto concessorio, mentre non può coincidere né essere equiparato con il c.d. rischio regolatorio connesso, come nel caso di specie, all'esercizio (o meglio, al mancato esercizio) delle competenze urbanistiche da parte dell'amministrazione. (vd. p.ti. 57 ss. e 67 ss. della decisione). Per un'analisi della sentenza si veda R. Noguellou, *Scope and Coverage of the EU Procurement Directives*, in M. Trybus, R. Caranta, G. Edelstam, *Eu Public Contract Law. Public Procurement and Beyond*, Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 29 ss.; G. Carullo, *Rapporti tra potestà pubbliche e opere di urbanizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3-4, 2010, p. 999 ss. Gli orientamenti espressi dalla CGCE nella sentenza in commento sono, del resto, oggi confermati dalla diversa e più ampia definizione che di appalto pubblico offre la nuova Direttiva 2014/24/UE. Come è stato osservato, infatti, restano fuori dal nuovo concetto di "acquisizione" «le situazioni, come quelle rilevanti nei casi *Müller* e *Libert*, che attengono alla pianificazione urbanistica ma che, a differenza del ben noto caso *Bicocca*, non implicano la realizzazione di un'opera pubblica». Cfr. R. Caranta, D. Dacian Cosmin, *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urb. App.*, 5, 2014, p. 493 ss.

contratto d'esecuzione ai sensi del § 12 del *BauGB*. Così facendo il Comune avrebbe eluso i vincoli comunitari, affidando nei fatti un appalto pubblico di lavori senza il previo espletamento di una procedura di gara.

In tal senso, allora, la Corte d'appello di Düsseldorf chiedeva se l'intera operazione, che sarebbe venuta a comporsi di due distinti negozi giuridici (il contratto di vendita e il contratto d'esecuzione d'opera, in conformità al progetto d'iniziativa privata), non dovesse non solo essere considerata sin dall'inizio in modo unitario, ma soprattutto trattata secondo il diritto pubblico, con applicazione delle connesse regole sull'evidenza pubblica.

Mentre la decisione negativa della CGUE si basò, come pure sembra ragionevole, sull'accertamento di fatti accaduti; il giudice tedesco, certamente più avvezzo a frequentare l'aleatorietà dei contratti urbanistici, con facilità prevedeva gli esiti della vicenda, benché rimessi al verificarsi di un evento futuro ed incerto, quale l'esercizio dello *ius variandi* da parte del Comune.

2.2. La disciplina formale e sostanziale degli städtebaulichte Verträge

Dopo aver elencato le figure più frequenti di contratto urbanistico, il § 11 detta nei commi successivi la relativa disciplina, quale che sia la loro natura giuridica o lo specifico contenuto negoziale. Si tratta sostanzialmente di una riproduzione nel settore urbanistico delle regole e dei limiti già delineati per il contratto di diritto pubblico dalla Legge sul procedimento amministrativo del 1976.

In analogia rispetto a quanto è previsto dal § 57 a proposito dell'*öffentlich-rechtlicher Vertrag*, è richiesta perciò anche per il *städtebaulichter Vertrag* anzitutto la forma scritta, salvo diversa disposizione di legge o di regolamento.

Il comma 2 ripropone inoltre il requisito della proporzionalità e dell'adeguatezza delle prestazioni contrattuali (*Angemessenheit*), già visto nella disciplina del contratto di scambio di cui al § 56-I, secondo periodo della *VwVfG*.

In tal modo, il legislatore manifesta la propria intenzione di voler sovrintendere all'equilibrio negoziale anche in questo diverso

settore dell'ordinamento. Le obbligazioni assunte dalle parti devono essere adeguate e proporzionate, e quindi giustificabili, sia tra di loro sia avuto riguardo alla situazione complessiva.

Il rispetto di questo criterio è generalmente verificato dalla giurisprudenza tramite una valutazione economica del rapporto nel suo complesso nonché di ciascuna delle prestazioni accordate dai contraenti[25].

In secondo luogo, il comma 2 introduce una specificazione di un altro criterio di matrice giurisprudenziale, il c.d. *Koppelungsverbot*, già analizzato a proposito del nesso di causalità logica richiesto dal § 56-I, secondo periodo della *VwVfG*, per le prestazioni contrattuali dell'*Austauschvertrag*[26].

Il Comune non può pertanto pretendere con un contratto urbanistico una prestazione dal privato, quando questi avrebbe diritto alla controprestazione dell'amministrazione anche in assenza di adempimento. In altri termini, il soggetto pubblico non può richiedere al privato di obbligarsi per contratto ad un *dare*, un *facere* un *non facere* o un *pati*, promettendogli a titolo di controprestazione qualcosa che già l'ordinamento gli garantisce e che l'amministrazione è tenuta a prestargli, non residuando in capo ad essa alcun margine di discrezionalità.

Così se un operatore ha diritto ad una autorizzazione urbanistica, perché tutti i presupposti di legge sono soddisfatti, l'amministrazione non potrebbe esigere da questi una qualsiasi prestazione, all'erogazione della quale subordinare il rilascio dell'atto autorizzatorio[27]. Qualora invece residuino degli spazi di apprezzamento nel soggetto pubblico, il principio in parola impedisce all'amministrazione di condizionare l'emanazione del provvedi-

[25] *BVerwG* del 29 gennaio 2010, in *NVwZ* 2009, 1109 ss., cit. in W. Spannowski, *Allemagne, report National*, cit., p. 126.

[26] Si tratta di un criterio che ha la propria origine nei principi costituzionali dello Stato di diritto e che non a caso viene ripetuto dal *BGB* al § 138 anche per i contratti di diritto privato.

[27] Proprio la presenza di questo criterio impedisce il ricorso nell'ordinamento tedesco di contratti urbanistici aventi ad oggetto il semplice rilascio del permesso di costruire, trattandosi di attività vincolata, che obbliga l'amministrazione ad un mero accertamento circa la sussistenza dei requisiti richiesti dalla legge. Cfr. W. Spannowski, *Allemagne, report National*, cit., pp. 136-137.

mento urbanistico richiesto ad una controprestazione monetaria dell'istante[28].

Già al comma 1 n. 3, il § 11 prevede invece il criterio del nesso causale tra il costo sostenuto dal privato e l'intervento urbanistico. Anche se la norma si riferisce ai soli contratti sui c.d. costi conseguenti (*Folgekostenverträge*), si ritiene che il legame di causalità debba valere per tutti i contratti che prevedono la corresponsione di una somma di denaro.

Secondo le elaborazioni che di questo criterio sono state offerte dalla giurisprudenza, la prestazione monetaria deve quindi essere strettamente connessa all'intervento urbanistico oggetto del contratto e stare con questo in un rapporto di presupposto e conseguenza[29].

Così, per esempio, è nullo il contratto che prevede il pagamento di una somma a titolo di controprestazione per il plusvalore prodotto dalla variante urbanistica. Allo stesso modo è nullo il contratto che, a fronte dell'inclusione di un terreno entro una certa disciplina urbanistica del piano comunale, prevede il versamento di una somma senza alcun vincolo di destinazione. Si badi bene che, in tal caso, il giudice tedesco ha dichiarato nullo l'accordo anche se la somma era destinata – e l'intenzione era stata dichiarata – alla realizzazione di un parco giochi pubblico. La connessione vi sarebbe stata solo se, per ipotesi, la somma fosse stata impiegata dall'amministrazione comunale per la realizzazione di opere di urbanizzazione connesse agli interventi edilizi da realizzare sul fondo oggetto dell'accordo. Deve perciò trattarsi di prestazioni strettamente connesse e che riguardino da vicino l'operazione urbanistico-edilizia interessata[30].

La necessaria presenza di un nesso di causalità tra la prestazione

---

[28] *BVerwG* del 6 luglio 1973, in *BVerwGE* 42, 331, cit. in E. Buoso, *Gli accordi tra amministrazione comunale e privati nel diritto urbanistico tedesco*, cit., p. 390.

[29] W. Spannowski, *Allemagne, report National*, cit., p. 129, il quale rileva come non sia ammissibile nell'ordinamento tedesco un contratto che faccia dipendere una modificazione di piano da una controprestazione monetaria del privato, ragguagliabile al plusvalore derivante dalla nuova previsione.

[30] Corte amministrativa federale, *BVerwG*, del 16 maggio 2000, in *BVerwGE* 112, 162 ss., cit. in E. Buoso, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, cit., p. 124.

dell'amministrazione e la controprestazione economica del privato è direttamente finalizzata ad impedire, come si nota, la commercializzazione ed il mercimonio della potestà pubblica, e dunque a ridimensionare i rischi di corruzione amministrativa.

Vale, infine, un generale divieto di arricchimento, *Bereicherungsverbot*, sviluppato dalla giurisprudenza ma non previsto nella norma, che impedisce al comune di trarre un qualsiasi profitto dal contratto, non essendo questa finalità in alcun modo riconducibile tra quelle espressamente attribuite dal legislatore alle potestà di governo del territorio[31].

In aggiunta alle regole previste dal § 11, e qui passate in rassegna, troveranno inoltre applicazione per i contratti urbanistici di cui sia certa la natura pubblicistica anche le ulteriori disposizioni dettate dalla *VwVfG*, come quelle sulla tutela del terzo (§ 58), sui vizi di nullità (§ 59), sulla denuncia e il recesso dal contratto (§ 60) e sull'accettazione della sua esecuzione immediata (§ 61).

Infine, per effetto della clausola di rinvio contenuta nel § 62, anche i contratti urbanistici di diritto pubblico saranno retti dalle prescrizioni del codice civile, salvo ogni diversa disposizione contraria[32].

L'impressione che si ricava da questa sia pur breve analisi della disciplina dei contratti urbanistici è una forte attenzione da parte del legislatore – secondo una tradizione tipica, si potrebbe dire, dell'ordinamento tedesco – verso l'equilibrio nello scambio contrattuale, a garanzia e tutela non solo del contraente debole, ma, ci sembra di poter sostenere, anzitutto a vantaggio e protezione delle potestà pubbliche e del "bene comune".

In questo senso, merita sicuro apprezzamento la stessa scelta di aver ricondotto sotto il cappello del principio di legalità anche gli accordi di pianificazione verso i quali non poche sono state le resistenze fino ad un recente passato.

---

[31] E. Buoso, *Gli accordi tra amministrazione comunale e privati nel diritto urbanistico tedesco*, cit., p. 389.

[32] Per un'analisi delle singole disposizioni si rinvia a quanto esposto nel precedente capitolo.

*2.3. Concetto, efficacia e profili di responsabilità dell'amministrazione per inadempimento degli accordi di pianificazione (*Planungsvereinbarungen*)*

I *Planungsvereinbarungen* sono definiti come quegli accordi con cui l'amministrazione si obbliga a prendere in considerazione un determinato interesse privato nella successiva fase di redazione del piano urbanistico, mentre la controparte si obbliga a prestazioni di fare o di non fare.

Lo scambio si traduce concretamente, dal lato del privato, in una proposta diretta ad ottenere una determinata disciplina urbanistica e nell'impegno alla realizzazione di interventi urbanistici ed edilizi ovvero nell'impegno a non avanzare ulteriori pretese. Dal lato dell'amministrazione, esso si concretizza invece nell'impegno di tenere in conto la proposta e l'interesse privato segnalati, durante la successiva ponderazione di tutti gli interessi, pubblici e privati, acquisiti nella fase istruttoria del procedimento.

Non quindi un obbligo a recepire nel piano il contenuto della proposta: il contratto assolve, in questo senso, solo una funzione di arricchimento a garanzia di maggiore completezza della successiva e libera attività di ponderazione dell'amministrazione.

Il Comune, per quanto possa ritenere la proposta privata condivisibile e conforme ad un interesse generale della collettività che rappresenta, non può vincolarsi in anticipo né ipotecare il contenuto del futuro piano urbanistico, poiché, in tal caso, non rispetterebbe l'esigenza di un apprezzamento effettivo degli altri interessi coinvolti dalla disciplina urbanistica.

Solo dunque un'interpretazione della prestazione contrattuale del soggetto pubblico in questi termini consente di mantenere il *Planungsvereinbarung* sul piano della validità.

Qualora infatti l'amministrazione si obbligasse *ab initio* a recepire la proposta della controparte privata, risulterebbero frustrati anzitutto i corrispondenti diritti di partecipazione di altri cittadini (§ 3 comma 1, *BauGB*) o di altre autorità amministrative (§ 4 comma 1, *BauGB*), coinvolti dal procedimento di pianificazione e i cui interessi potrebbero risultare, anche in astratto, in contrasto con l'interesse privato preso preventivamente in considerazione.

Non solo. Va, infatti, tenuto a mente che il § 1, comma 7 prevede il c.d. obbligo di ponderazione (*Abwägungsgebot*) di tutti gli interessi coinvolti dalla pianificazione[33], mentre il successivo § 214 comma 3 dispone addirittura la nullità del piano urbanistico per carenze nella ponderazione degli interessi, quando esse siano manifeste ed abbiano inciso sul contenuto della decisione finale[34].

Il § 1, comma 3 vieta del resto anche ogni pretesa giuridica da parte dei terzi alla predisposizione dei piani urbanistici ed esclude che un simile diritto possa essere istituito per contratto[35]. Viene in tal modo escluso qualsiasi fondamento contrattuale della pianificazione urbanistica, sia del *Bebauungsplan* (piano edilizio) che di qualsiasi altro piano previsto dall'ordinamento tedesco.

---

[33] L'obbligo di bilanciamento si traduce in una regola che determina e conforma per fasi e tappe successive la fase istruttoria e il processo decisionale della pianificazione urbanistica. Pertanto, perché vi sia stata, ai sensi dell'art. 1, comma 7, una corretta ed equa ponderazione di tutti gli interessi, occorre che 1) si sia proceduto ad un bilanciamento; 2) tutti gli interessi siano stati valutati durante la ponderazione; 3) non sia stato disconosciuto il senso vero degli interessi coinvolti; 4) la conciliazione tra i vari interessi sia avvenuta in maniera appropriata. Cfr. su questi aspetti, S. Cognetti, *La tutela delle situazioni soggettive tra procedimento e processo. Le esperienze di pianificazione urbanistica in Italia e in Germania,* cit., in particolare, p. 99 ss.; G. Hermes, *The German Law of Planning: An Overview*, cit., p. 373.

[34] Come afferma ormai da lungo tempo la stessa Corte amministrativa federale tedesca, «l'obbligo di ponderazione di tutti gli interessi pubblici e privati … è conforme alla natura di un piano nello Stato di diritto». L'obbligo di ponderazione degli interessi, per come elaborato dalla Corte amministrativa federale, rappresenta un ferreo parametro nel controllo giurisdizionale dell'attività di pianificazione, che incide sia sul procedimento che sullo stesso contenuto del piano, quale esito della ponderazione. Il giudice tedesco concepisce simile obbligo in termini assoluti: nella formazione dei piani urbanistici tutti gli interessi, pubblici e privati, devono essere valutati dall'amministrazione, perché indispensabili ad una compiuta e completa attività ponderativa. In questo senso, rilievo preminente assume la stessa partecipazione al procedimento sia dei singoli che di altre autorità, in quanto finalizzata «alla completa raccolta del materiale di ponderazione (*vollstandige Zusammenstellung des Abwagungsmaterials*)». S. Cognetti, *La tutela delle situazioni soggettive tra procedimento e processo*, cit., p. 100 ss. Sull'applicazione da parte del giudice amministrativo tedesco della c.d. *Abwägungsfehlerlehre* (Teoria degli errori della ponderazione), vd. anche M. Rossi, *Germania*, cit., p. 268; H. Maurer, *Droit administratif allemand*, cit., p. 386; E. Schmidt-Assmann, *Livelli e contenuti della pianificazione territoriale in Germania*, cit., p. 35.

[35] «*Aufdie Aufstellung von Bauleitplänen und städtebailichen Satzungen besteht kein Anspruch; ein Anspruchkann auch nicht durch Vertrag begründet werden*». Cfr. sul punto W. Spannowski, *Allemagne, report National*, cit., p. 130; M. Rossi, *Vue d'ensemble du droit de l'urbanisme allemand*, cit., p. 793.

I piani urbanistici sono atti di natura pubblica e a carattere normativo, che assumono efficacia giuridica solo a seguito dell'ampia partecipazione dei cittadini e delle altre autorità competenti e dunque della ponderazione di tutti gli interessi pubblici e privati involti dalla disciplina. Di conseguenza, gli accordi di pianificazione non possono comportare una predeterminazione vincolante dei contenuti del futuro piano, a vantaggio di alcuni interessi particolaristici e a svantaggio dei diritti dei terzi o della collettività in generale[36].

Lo stesso § 11 comma 1, n.1, infine, nell'ammettere gli accordi di questo tipo, ribadisce in ogni caso l'esclusiva responsabilità e competenza del Comune in relazione al procedimento pianificatorio, «*die Verantwortung der Gemeinde für das gesetzlich vorgesehene Planaufstellungsverfahren bleibt unberührt*».

In definitiva, un accordo che obbligasse l'amministrazione a recepire nel piano una determinata previsione urbanistica e che creasse un diritto del privato a conseguire una modifica o un particolare assetto conformativo di proprie aree sarebbe nullo e non vincolerebbe in alcun modo il comune. Tuttavia, il soggetto pubblico che avesse prestato il proprio consenso ad un simile contratto sarebbe tenuto a risarcire il singolo, per il legittimo affidamento inutilmente ingenerato in quest'ultimo[37].

È evidente il grado di rischio che un simile contratto ha per il privato, il quale si obbliga a prestazioni concrete che richiedono un certo numero di investimenti, a fronte di un impegno generico e del tutto eventuale dell'amministrazione.

L'esigenza di certezza del privato resta quindi frustrata dalla natura fortemente aleatoria impressa a questo tipo di contratto dal legislatore, che in tanto ammette simile forma di negoziazione in quanto essa non vincoli le potestà pianificatorie né importi responsabilità contrattuale per inadempimento dell'amministrazione.

---

[36] W. Spannowski, *Allemagne, report National*, cit., p. 128.

[37] Giudice competente a pronunciarsi sulla relativa azione risarcitoria è, ai sensi del § 40 comma 2 del *VwGO*, il giudice civile. La giurisprudenza costante tende a ravvisare in simili casi una *culpa in contrahendo* dell'amministrazione, nonché una responsabilità del funzionario che ha dato corso alle trattative, per violazione dei propri doveri d'ufficio. Cfr. E. Buoso, *Gli accordi tra amministrazione comunale e privati nel diritto urbanistico tedesco*, cit., p. 383.

Proprio questa situazione di compromesso tra prassi e legislazione induce talvolta le parti a predisporre degli strumenti atti a tutelare le aspettative (non le pretese) del privato.

Così, molto spesso accade che i contraenti prevedano ed accettino di inserire nella disciplina negoziale delle *astraintes*. In tal modo, si dà origine ad una più velata forma di coazione dell'amministrazione, che sarà tenuta alla corresponsione di una somma a titolo di penale, qualora il contenuto della proposta privata non venga recepito nel piano.

Talvolta la giurisprudenza si è espressa a favore di questo stratagemma, qualificando il consenso prestato dall'amministrazione alla penale stessa come una volontaria accettazione di un rischio economico-finanziario insito nel contratto. Il giudice tedesco giustifica così la previsione delle *astraintes* ricorrendo al criterio già visto dell'adeguatezza delle obbligazioni contrattuali rispetto alle circostanze complessive. La penale sarà ammissibile solo se, tenuto conto delle condizioni finanziarie o delle dimensioni del comune, il *quantum* pattuito non sia tale da costituire un esborso eccessivo per il Comune stesso e, come tale, in grado di incidere fortemente sulla sua libera determinazione[38].

In altri casi, invece, il contratto viene sottoposto a condizione risolutiva: il privato sarà tenuto ad adempiere la prestazione solo se ed in quanto l'amministrazione pianifichi secondo quanto concordato. In tal modo, si impedisce che il soggetto pubblico possa acquisire e giovarsi ingiustamente dell'apporto della controparte, prima ancora di aver esercitato la propria potestà di piano in senso conforme a quanto desiderato e richiesto dal singolo[39].

È quest'ultima del resto una soluzione ampiamente diffusa anche nell'ordinamento spagnolo, che, come si vedrà nei prossimi capitoli, ne fa addirittura oggetto di una specifica previsione di nullità del *convenio urbanístico de planeamiento*. L'intento, com'è percepibile, è quello di prevenire anche forme corruttive dissimulate dalla formalizzazione nel contratto di obblighi di dare e di fare.

---

[38] *BGH* del 22 novembre 1979, in *NJW* 1980, p. 827 ss, cit. in E. Buoso, *Gli accordi tra amministrazione comunale e privati nel diritto urbanistico tedesco*, cit., p. 384.

[39] *Ibidem*.

Parte Terza

L'ATTIVITÀ CONSENSUALE DELLA P.A. IN SPAGNA

Capitolo I

L'*ACUERDO ADMINISTRATIVO CONSENSUAL*

Sommario: 1. L'influenza dei modelli francese, tedesco ed italiano nella ricezione nell'ordinamento spagnolo della nozione di *contrato administrativo.* – 2. L'attività consensuale della p.a. in Spagna: 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 Rodriguez. – 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 Publicas y Procedimiento administrativo común*. – 3.1. Il concetto di *terminación convencional del procedimiento administrativo*, le classi di *acuerdo administrativo consensual* e i *convenios normativos*. – 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 (LRJAP)* 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 pubblici[1].

La legge del 1992 perciò non infrange un dogma, ma generalizza ciò che già si ammetteva per alcuni settori dell'attività amministrativa[2].

L'abilitazione dell'amministrazione a *acordar, pactar, convenir o contratar* nell'esercizio ordinario dei propri poteri ha avuto perciò, in Spagna, come effetto quello di generalizzare un nuovo tipo di attività amministrativa, che prende ora posto 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, infatti, 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 della Francia rispetto alla fattispecie che qui ci interessa, per accogliere le soluzioni elaborate in Germania ed in Italia.

Inizialmente, infatti, la miscellanea dogmatica che connotava 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 autori[3] si accostarono ai temi del contratto di diritto

---

[1] L. Parejo Alfonso, *La terminación convencional del procedimento como forma alternativa de desarollo de la actividad unilateral de la Administración*, in *Eficacia y Administración. Tres Estudios*, Madrid, INAP, 1995, p. 155.

[2] J. Tornos Mas, *El arbitraje en el Derecho Adminastrivo: posibilidad de esta figura*, Tribunal Arbitral de Barcelona, Butlleti n. 6, 1995, p. 13 ss.

[3] In particolare, S. Alvarez Gendín, *Los contratos publicos*, Madrid, Reus, 1934; F. Albi Chovi, *Los contratos municipales,* Valencia, Editorial Horizontes, 1944. Per una ricostruzione storica dell'evoluzione della figura del *contrato admi-*

pubblico, sviluppati in Germania ed in Italia, per riportarli ad una figura che poco o niente aveva a che vedere con essi. La prima dottrina spagnola, cioè, faceva proprie le tesi tedesche ed italiane d'inizio Novecento per spiegare un nuovo modello contrattuale di derivazione francese, il *contrat administratif*[4].

Mutuando le contestazioni di Kelsen e di Miele alle tesi anticontrattualiste sulla disuguaglianza delle parti, sulla mancanza di autonomia negoziale e sull'incommerciabilità dell'oggetto, la prima dottrina spagnola giungeva quindi a riconoscere la possibilità giuridica, anche nel proprio ordinamento, del *contrato administrativo*[5].

Del resto, ciò che la dottrina tedesca ma anche quella italiana andavano ricostruendo con fattispecie composite ed a carattere consensuale non rientrava nella nozione di contratto amministrativo

---

nistrativo in Spagna, si veda R. Parada Vazquez, *Los origines del contrato administrativo*, Sevilla, 1963; F. Albi Chovi, voce *Contratos Administrativos*, in *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, Seix Editor, 1985, p. 434 ss.; S. Martín-Retortillo Baquer, *La institución contractual en el Derecho administrativo. En torno al problema de la igualidad de las partes*, in *RAP*, 29, 1959, p. 59 ss.; R. Entrena Cuesta, *Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la Administración*, in *RAP*, 24, 1957, p. 39 ss.; J. M. Boquera Oliver, *Los contratos de la Administración desde 1950 a hoy,* in *RAP*, 150, 1999, p. 13 ss.; J. L.Meilán Gil, *La actuación contractual de la Administración Publica española. Una perspectiva historica*, in *RAP*, 99, 1982, p. 7 ss.

[4] 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, atribuídas a la jurisdicción contencios-administrativa las cuestiones referentes al cumplimineto, rescisión y efectos de los contratos*». Come nota E. 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*, in *RAP*, 41, 1963, p. 102.

[5] 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, Giuffrè, I, 1956, p. 525 ss.

che, in quei medesimi anni, veniva elaborata in Francia. Al contrario, quelle rimanevano, nell'ordinamento giuridico francese, a vocazione prettamente unilaterale[6].

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*»[7].

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'esercito[8].

In Spagna, con l'espressione *contrato administrativo* si faceva quindi generico riferimento tanto ai contratti con cui l'amministra-

---

[6] Così anche A. Huergo Lora, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, cit., 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 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 statuaria del contratto del funzionario pubblico, e quella sulle *clauses contractuelles et réglementaires* della concessione di servizio pubblico.

[7] E. García de Enterría, *La figura del contrato administrativo*, cit., p. 106.

[8] Si vedano le sentenze de *las Salas del Contencioso-administrativo* 14 de julio de 1903; 30 de octubre de 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 de 1951; 2 de febrero de 1942; 28 de diciembre de 1942: *«en principio la materia de contratación forma parte del contenido proprio del Derecho privado … (correspondiendo) a los Tribunales de lo Contencioso-administrativo en aquellos casos en que la Administración come parte actúa en el ejercico del ius imperii y por especial prerrogativa marca la norma a seguir*». Si veda, inoltre, il *Dictamen del Consejo de Estado* de 30 noviembre de 1949 (núm. 5278), dove una concessione demaniale viene definita come «*acto administrativo negocial o negocio jurídico de Derecho publico*».

zione 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 Germania, una volta superata le costruzione di Mayer sull'atto amministrativo su sottomissione, vennero concepiti 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'onnicomprensiva figura del *contrato administrativo*[9].

Come segnala García de Enterría[10], 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*[11].

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 col coincidere con l'esercizio di ogni funzione 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 pub-

[9] Ancora nel suo saggio del 1959, S. Martin-Retortillo Baquer equiparava il *contrato administrativo* all'*öffentlich-rechtlicher 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*, cit., p. 59 ss.

[10] E. García de Enterría, *La figura del contrato administrativo*, cit., p. 106.

[11] 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. Fernandez de Velasco, con la sua monografia sui *contratos administrativos*. Cfr. R. Fernández de Velasco, *Los contratos administrativos,* 1° ed., Madrid, Libreria General de Victoriano Suárez, 1926.

blico giustificava l'applicazione di *cláusulas exorbitantes del Derecho común*[12].

[12] 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, por no hallar equivalente en Derecho civil, donde juegan los elementos personales en plano de igualdad, sólo pertenecen al dominio de los poderes stata-les que las imponen en virtud de imperio*». Cfr. R. Entrena Cuesta, *Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la Administración*, cit., p. 57 ss.; E. García de Enterría, *Dos regulaciones organicas de la contratación administrativa*, in *RAP*, 10, 1953, p. 241 ss.; E. Soto Kloss, *La contratacion administrativa: un retorno a las fuentes clasicas del contrato (A proposito de la distinción contrato administrativo/contrato civil de la Administración),* in *RAP*, 64, 1971, p. 53 ss.; J. M. Boquera Oliver, *La caracterización del contrato en la reciente jurisprudenca francesa y española*, in *RAP*, 23, 1957, p. 193 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 servicio del Esatdo 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 *contrato administrativo* entra definitivamente nell'ordinamento giuridico spagnolo. In questo senso F. Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo,* vol. II. Madrid, IEP, 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 nacidas por la aplicación de una técnica contractual y cuyo régimen, 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 E. García De Enterría e T. R. 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, porqué sus reglas y no una génerica calificación del mismo como administrati-*

2. *L'attività consensuale della p.a. in Spagna: 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 Sessanta, a proposito della qualificazione di atto o contratto da riconoscere alle tecniche impiegate nella *Planificación economica*.

È 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*[13].

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

---

vo o como provado, las que definen su concreto régimen jurídico». Vd. E. García De Enterría-T. R. Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho administrativo*, t. I, 2 ed., Madrid, Civitas, 1977, p. 673. Com'è noto, E. 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*, cit., p. 241 ss. Questa tesi fu tuttavia corretta nel successivo saggio *La figura del contrato administrativo*, cit., p. 99 ss. Cfr. per questi aspetti anche F. Delgado Piqueras, *La terminación Convencional del Procedimiento Administrativo*, cit., p. 93 ss.

[13] Esponenti di questo dibattito sono: R. Parejo Gámir, *Contratos administrativos atípicos*, in *RAP*, 55, 1968, p. 383 ss.; J. Salas Hernández, *El régimen de acción concertada*, in *RAP*, 56, 1968, p. 435 ss.; M. Bassols Coma, *Consideraciones sobre los convenios de colaboración de la Administración con los particulares para el fomento de actividades ecónomicas privadas de intéres público*, in *RAP*, 82, 1977, p. 61 ss.; A. Gallego Anabitarte, *La acción concertada*: *nuevas y viejas técnicas jurídicas de la Administración*, in *Libro Homenage al Profesor Juan Galvañ Escutía*, Universidad de Valencia, 1980, p. 191 ss.; C. Albiñana García-Quintana, *Los convenios como tercera categoría de los contratos del Estado*, en *Homenaje a José Antonio García-Trevijano Fos,* Madrid, ed. Universitario de Estudios Financieros-Instituto de la Adminisración Local, 1982, p. 451 ss.; G. Férnandez Farreres, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1983; J. M. Díaz Lema, *Subvenciones y crédito oficial en España*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1985; E. Malaret I Garcia, *El régimen jurídico de la reconversión industrial*, Madrid, Civitas, 1991; T. R. Fernández Rodríguez, *El urbanismo concertado y la reforma de la Ley del Suelo*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1974.

con il caso francese, 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 Ley 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. *acción concertada* prevista dalla *Ley del III Plan de Desarollo, 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 accettazione[14].

[14] Per A. Gallego Anabitarte, il *concierto* è pertanto «*una resolución administrativa, unilateral, declarativa de derechos, necesitada de colaboración (solicitud y aceptación) con cláusulas accesorias previstas en la Ley, de tipo modal, y por incumplimiento muy grave cláusulas accessoria de tipo revocatorio*». Cfr. A. Galle-

Il *concierto* dava vita, invece, ad una relazione giuridica propriamente bilaterale, frutto della convergenza di più volontà, per Salas Hernández e Bassols Coma[15]. 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*[16] 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* nel suo 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 *LCE*[17]. E l'esclusione venne letta da alcuni a conferma delle proprie posizioni anticontrattualiste[18], e da altri come l'introduzione di un nuovo modello consensuale, sull'esempio

---

go Anabitarte, *La acción concertada,* cit., p. 195 ss. Del medesimo avviso del resto era anche R. Parejo Gámir, *Contratos administrativos atípicos*, in *RAP*, 55, 1968, p. 383 ss.

[15] J. Salas Hernández, *El régimen de acción concertada*, in *RAP*, 56, 1968, p. 435 ss.; M. Bassols Coma, *Consideraciones sobre los convenios de colaboración de la Administración con los particulares*, cit., p. 61 ss.

[16] In questo senso, TS de 9 de julio de 1981; 12 de noviembre de 1983; 17 de noviembre de 1983; 12 de diciembre de 1983; 18 de marzo de 1985; TS 16 de enero de 1990; 2 de julio de1994, che richiamano il principio *pacta sunt servanda.*

[17] 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 de18 de mayo,* vige oggi immutata nel nuovo art. 4.1 lett. c) e d) del *Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sectór Público, Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre*.

[18] Secondo A. Gallego Anabitarte, *La acción concertada,* cit., pp. 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

della *Vereinbarung* d'origine tedesca, non potendo infatti configurarsi un vero e proprio contratto, stante l'assenza di una contrapposizione tra gli interessi delle parti[19].

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 Europa[20].

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 queste relazioni dipendono poi, come dimostra soprattutto l'esperienza francese, dal perdurare di alcuni assiomi di diritto pubblico, che

---

conciertos descritti nel saggio come *resoluciones administrativas (de tipo y similitud negocial) necesitadas de aceptación.*

[19] In questo senso, in particolare, A. Huergo Lora, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, 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 de oportunidades*». Si vedano altresì, TS 17 de octubre de 2000, 12 de enero de 2001, 20 de diciembre de 2002.

[20] È 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 procedimento,* 2° ed., Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2004, p. 171 ss.

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 1973[21], e si diffusero una volta arricchite dello spirito democratico e dei valori partecipativi che ispirarono il nuovo processo costituzionale (art. 9.2 CE)[22].

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 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 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*[23].

---

[21] 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., Madrid, Civitas, 2011, p. 677.

[22] Cfr. M. Sanchez Morón, *El principio de participación en la Constitución española,* in *RAP*, 89, 1979, p. 171 ss.

[23] Questi ultimi definiti come vere e proprie *convenciones constitucionales* da L. Vandelli, in *El ordenamiento español de las Comunidades Autonómas*, Madrid, IEAL, 1982, p. 410.

Le modalità con cui la *Administración 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 Contrados de Estado (LCE)*, possono annoverarsi i *contratos-programa* dell'art. 91 della *Ley General Presupuestaria (LGP)*, i *convenios expropriatorios* dell'art. 24 della *Ley de Expropriación Forzosa (LEF), l'urbanismo concertado* della *Ley 22/1972 de 10 de mayo*, con cui veniva approvato il *III Plan de Desarollo 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. Occorreva 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.

È 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*», 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 italiana, 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.

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 moderna[24]. Cionondimeno, sarà solo dopo l'entrata in vigore della *LRJAP* e del suo art. 88. che il dibattito teorico si svilupperà e prenderà vigore.

2.2. La posizione di E. García de Enterría e di T.R. Fernández Rodriguez

Tra coloro che prima del 1992 si interrogarono sulle reali valenze dell'azione amministrativa consensuale, vanno annoverati anzitutto E. García de Enterría e T.R. Fernández Rodriguez[25].

Essi riconobbero, 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 soggetti[26].

L'actividad multilateral non scaturirebbe dalla mera «*suma o superposición de actos unilaterales propria de cada uno de los sujetos que están en relación*», ma produrrebbe «*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 vinculo determinado*».

Genericamente – osservavano gli autori – questo tipo di attività poteva essere ricondotta, come pure era stato sostenuto, nell'ambi-

---

[24] Per una ricostruzione del dibattito, si veda F. Delgado Piqueras, *La terminación Convencional del Procedimiento Administrativo*, cit., p. 98 ss.

[25] E. García de Enterría, T. R. Fernández Rodriguez, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Madrid, Civitas qui analizzata nella versione del 2002, p. 643 ss.

[26] «*Dentro el cuadro sistemático de actuación de la Administarción … nos encontranos 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*», *ivi*, p. 671.

to dell'attività contrattuale dell'amministrazione. In tal caso, però, sarebbe stato opportuno riferirsi ad una nozione meramente formale di contratto, inteso quale accordo di volontà volto alla creazione di un vincolo giuridico[27]. Tuttavia, la figura dell'*acuerdo de voluntades* altro non sarebbe stata se non un espediente della teoria generale, con finalità meramente descrittive, che abbisognava di ulteriori specificazioni sostanziali. Di qui la necessità di distinguere in questa macrocategoria, tra una pluralità di fattispecie e tra i loro diversi regimi giuridici.

La prima distinzione da compiersi veniva allora operata sulla base dei soggetti contraenti: da un lato, i *convenios interadministrativos*, quando parte fossero due o più amministrazioni e, dall'altro, i *convenios administración-administrados*.

In quest'ultima categoria, gli autori distinguevano ulteriormente 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 ipotesi l'amministrazione opererebbe 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*»[28].

Venivano quindi ascritti a questo diverso gruppo, identificabile con il *contrato de derecho publico* tedesco, proprio le diverse tecniche impiegate a partire dagli anni Sessanta nella c.d. *administración concertada*.

Non mancarono, infine, negli autori le preoccupazioni sull'effettivo atteggiarsi dei poteri pubblici nella nuova cornice negoziale.

In questo senso, essi sostenevano che il *convenio* o *concierto* non avrebbe abilitato poteri di cui l'amministrazione non era titolare per legge, ma sarebbe stato, più semplicemente, una diversa modali-

[27] «*Acuerdo de dos o más voluntades en vista de la creación de un vínculo jurídico*», *ivi*, p. 672.

[28] *Ivi*, p. 675.

tà, negoziale appunto, dell'esercizio di potestà pubbliche, alle quali essa non rinunciava.

A loro giudizio, del resto, nel *concierto* si sarebbe nascosta 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 ritenevano che il sistema dei *conciertos* necessitasse di un'abilitazione legale specifica, senza la quale essi avrebbero rappresentato una deroga vietata dall'ordinamento. Non era quindi 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 collocava anche la tesi di R. Parada Vazquez[29], benché le preoccupazioni dell'autore per questo fenomeno si colorirono ancor più negativamente.

Egli, infatti, pur considerando che alcuna difficoltà dogmatica potesse ostare alla possibilità che l'amministrazione contrattasse con i privati sull'esercizio dei propri poteri, avvertiva il possibile indebolimento cui lo Stato si sarebbe esposto con un ricorso eccessivo a questa tecnica, che altro non sarebbe stata se non una nuova manifestazione dei processi di liberalizzazione e privatizzazione così tanto in voga: «*parece come 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*»[30].

Allo stesso modo di E. García de Enterría e di T.R. Fernández Rodríguez, perciò, R. Parada Vazquez riteneva che in questi casi

[29] R. Parada Vazuqez, *Derecho Administrativo*, t. I, 2 ed., Madrid, M. Pons, 1990, p. 208 ss.

[30] *Ivi*, p. 247 ss.

l'amministrazione potesse contrattare con il privato ma conservando una posizione di superiorità, che derivava 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 riteneva che la normativa della *LCE* non potesse applicarsi ai *contratos o convenios sobre objetos públicos*, né per ciò che concerneva il procedimento di selezione, né per quello che riguardava le regole di garanzia ovvero altri aspetti tipici di questa regolamentazione: occorreva pensare a regole proprie per questo nuovo tipo di convenzione.

Diversa appare, invece, la ricostruzione prospettata da F. Garrido Falla[31].

Anche quest'autore infatti non disdegnava affatto che l'esercizio dei poteri pubblici e delle potestà amministrative potesse avvenire attraverso l'impiego di strumenti di tipo contrattuale, tuttavia, a differenza della dottrina sin qui analizzata, egli tendeva ad inglobare tutta l'attività negoziale dell'amministrazione entro un'unica teoria generale, facente capo alla figura del contratto amministrativo.

Risultava giocoforza ancora più semplice per l'autore 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 avrebbe precluso la configurabilità del contratto, ma avrebbe giustificato la sua natura amministrativa; quanto alla mancanza di autonomia di volontà delle parti, né la *voluntad normativa* dell'amministrazione le avrebbe impedito di concludere il contratto, né il contraente privato si sarebbe trovato in una condizione peggiore rispetto alle ipotesi in cui è parte di un *contrato de adhesión*. Infine, quanto all'oggetto, esso sarebbe stato indisponibile per i privati, ma non per l'amministrazione, così come già accadeva con il demanio o i servizi pubblici.

Ben distinta era, infine, la prospettiva di L. Parejo Alfonso[32], il quale riconduceva e spiegava il fenomeno in analisi alla luce del pas-

[31] F. Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, 9 ed., Madrid, Tecnos, 1989, p. 35 ss.

[32] L. Parejo Alfonso, *Crisis y renovación en el derecho público*, Madrid, CEC, 1991, p. 11 ss.

saggio dallo Stato di diritto di tipo liberale allo Stato sociale e di diritto di tipo democratico.

La nuova realtà, alla quale si riferiva l'autore, sarebbe stata caratterizzata 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 avrebbero comportato, a mo' di contrappeso, la stessa trasformazione della posizione giuridica del cittadino, chiamato ora a partecipare, a collaborare e a negoziare.

Il mutato assetto avrebbe determinato – secondo L. Parejo Alfonso – una difficoltà nel concepire come ancora possibile una definizione autonoma, astratta, unilaterale ed autoritaria 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 riteneva insostituibile l'azione unilaterale, e, del resto, anch'egli osservava che l'amministrazione anche quando negozia agisce sempre come autorità, sicché i relativi strumenti consensuali avrebbero dovuto 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* introduce nell'ordinamento spagnolo la c.d. *terminación convencional del procedimiento administrativo*[33], auto-

[33] La norma, più precisamente, dispone: «*1. Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de*

rizzando 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*[34].

L'art. 88 venne salutato dalla dottrina[35] come una nuova tecnica

---

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». Va qui precisato che in Spagna è attualmente in discussione un nuovo *Anteproyecto de la Ley del Procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas*, ad oggi sottoposto ancora ad *información pública* e che dovrebbe sostituire *in toto* l'attuale *Ley 30/1992*. La disciplina sulla *terminación convencional del procedimiento* resta tuttavia immutata e l'attuale art. 88 dovrebbe venire integralmente trasfuso nel nuovo art. 113. Il testo dell'*anteproyecto* è reperibile sul sito del *Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas* spagnolo.

[34] 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. 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 Publicas y del Procedimiento administrativo común*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 246 ss.

[35] Cfr. in particolare i numerosi contributi contenuti nell'opera collettiva AA.VV., *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*, Madrid, Marcial Pons, 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 ss.; M. Sanchez Morón, *La terminación convencional del procedimento*, p. 77 ss.; C. Nino Villamar, *La finalización convencional de los procedimientos administrativos desde la perspectiva del ciudadano*, p. 87 ss. Si veda altresì l'altra importante opera collettanea dedicata, nell'imminenza dell'entrata in vigore della nuova legge, a questi temi J. Leguna Villa, M. Sánchez Morón, *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimineto Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 1993, e, in particolare, il contributo di L. Parejo Alfonso, *Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de*

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 trasformava 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 significava perdita delle proprie prerogative.

La *terminación convencional del procedimento* avrebbe trovato, del resto, giustificazione teorica e normativa sia nel diritto comparato, ponendosi ormai in continuità con il § 54 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 settore[36].

Non mancò tuttavia chi, accanto a coloro che valorizzarono gli

la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimineto Administrativo Común, p. 28 ss. Altre e numerose sono del resto le monografie, le tesi e i commentari sulla *terminación convencional del procedimento*, che vengono pubblicati in questi stessi anni, e tra queste F. Delgado Piqueras, *La terminación Convencional del Procedimiento Administrativo*, Pamplona, Aranzadi, 1995; M. Sánchez Morón, *La apertura del procedimento 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 Publica, 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*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2000; R. O. Bustillo Bolado, *Convenios y Contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimento,* 1° ed., Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2001. Tra i numerosi commenti alla legge, R. Parada Vazquez, *Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y Procedimiento administrativo común (Estudios, Comentarios y Texto de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre),* Madrid, Marcial Pons, 1999; e più di recente J. González Pérez, F. González Navarro, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y Procedimiento administrativo común,* 4 ed., Madrid, Civitas, 2007, p. 228 ss.

[36] M. Sanchez Morón, *La terminación convencional del procedimento*, cit., p. 78 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 Publica española. Una perspectiva historica*, cit., p. 7 ss. Si veda, inoltre, la ricostruzione storica nonché la comparazione con i modelli tedesco

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*[37].

3.1. Il concetto di terminación convencional del procedimiento administrativo*, le classi di* acuerdo administrativo consensual *e i* convenios normativos

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 debe 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*»[38].

La relazione giuridica, cui l'*acuerdo administrativo* dà vita, può quindi 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 e nell'esercizio della propria discrezionalità, imporre sempre unilateralmente le medesime obbligazioni dedotte nel negozio.

Da tali premesse la dottrina spagnola ha fatto derivare anzitutto l'esclusione dal campo di applicazione della norma di tutte quelle altre relazioni di *coordinación* tra soggetto pubblico e privato, fa-

---

e italiano presenti in L. Parejo Alfonso, *El artículo 88 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre*, cit., p. 22 ss.

[37] E. García de Enterría, *Un punto de vista sobre la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas* y *del Procedimineto Administrativo Común,* in J. Leguna Villa y M. Sánchez Morón, *La nueva Ley*, cit., p. 13 ss.

[38] L. Parejo Alfonso, *La terminación convencional del procedimento*, cit., p. 176.

centi capo alla figura dei *convenios de colaboración*. Benché, infatti, essi costituiscano altrettante forme convenzionali impiegabili da parte dell'amministrazione, questo tipo di *convenios* resterebbe ora distinto dalle eterogenee forme consensuali previste dall'art. 88.

Queste ultime rappresentano 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, a strumento collaborativo, su base negoziale, che, pur prevedendo reciproche prestazioni, non necessariamente involge la potestà decisoria dell'amministrazione[39].

Si suole distinguere, inoltre, le diverse classi di *acuerdos administrativos consensuales* di cui all'art. 88, sulla base di una pluralità di criteri[40].

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 procedimento o sustitutivos de las resoluciones* e *acuerdos no finalizadores del procedimento o no sustitutivos 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. Si tratta di una distinzione che vale, come si è visto, anche per l'ordinamento tedesco, ancorché essa sia presente solo implicitamente nel § 54 e ricavabile per via interpretativa.

Se, invece, una differenza può cogliersi rispetto al nostro ordinamento, essa va ravvisata nell'ulteriore distinzione che il legislatore spagnolo compie a proposito degli *acuerdos no sustitutivos de*

---

[39] L. Parejo Alfonso, *El artículo 88 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre*, cit., p. 35. L'A. individua l'ulteriore carattere distintivo tra *convenios de colaboración* e *terminación convencional* nel 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.

[40] Qui si offre, fra le tante proposte dalla dottrina, quella delineata da L. Parejo Alfonso, *La terminación convencional del procedimento*, cit., p. 178 ss.

las resoluciones, tra quelli che producono effetti vincolanti rispetto al contenuto del successivo provvedimento finale e quelli che sono sforniti di una simile efficacia[41].

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* – 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 procedimento[42].

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).

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 nel-

---

[41] Su questa classificazione, si veda A. Menéndez Rexach, *Procedimientos administrativos, finalización y ejecución*, in Leguna Villa, M. Sánchez Morón, *La nueva Ley*, cit., pp. 263-265; F. Delgado Piqueras, cit., pp. 178-179.

[42] L. Parejo Alfonso, *La terminacion convencional del procedimento*, cit., p. 180.

la legislazione sui contratti della pubblica amministrazione[43]. In tal caso, allora, non si tratterebbe di un accordo propriamente inteso, ma di un *convenio de colaboración*, previsto da quest'ultimo complesso normativo[44].

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, possano 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 sostituiscono il normale ricorso amministrativo contro una determinazione dell'amministrazione. Si tratta di fattispecie prossime al *Vergleichsvertrag*, al contratto di transazione previsto dal § 55 *VwVfG*, che permette, come visto, di eliminare una situazione di incertezza, in fatto o in diritto, per via di transazioni e concessioni reciproche tra amministrazione e cittadino.

Una menzione a parte, infine, merita di essere compiuta in relazione ai *convenios normativos*, ossia agli accordi normativi, presenti e riconosciuti anche in quest'ordinamento.

La dottrina spagnola distingue almeno tra due diverse tipologie: *los acuerdos de naturaleza normativa* e *los acuerdos sustitutivos de actos administrativos generales*.

Si tratta di una *vía convencional de producción de normas*, che in Spagna ha avuto principale applicazione nell'ambito della contrattazione collettiva nel pubblico impiego[45].

---

[43] 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 Lei 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*».

[44] L. Parejo Alfonso, *La terminación convencional del procedimento*, cit., p. 183.

[45] 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

In tale settore, essi sono stati definiti come «*acuerdos previos que se insertan en el procedimineto, … de 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*»[46]. L'effetto vincolante dell'accordo discenderebbe tuttavia dalla «*homologación ulterior de lo acordado, a través de la correspondiente autoridad administrativa*»[47].

È cioè necessario – anche secondo la giurisprudenza del *Tribunal Supremo* – un atto, qualificato alternativamente in dottrina in termini di atto di approvazione, di omologazione, oppure di ratifica dell'accordo, che lo renda vincolante e produttivo di effetti *erga omnes*[48].

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 degli elementi utili per il calcolo della base imponibile. Non per ultimo, anche nell'ambito dell'urbanistica si è parlato di *convenios normativos* proprio a proposito degli stessi *convenios urbanísticos de planeamiento*[49].

---

rappresentanti dell'amministrazione dello Stato, delle Comunità Autonome o degli enti locali. La relativa disciplina è contenuta nell'art. 35 de la *Ley 9/1987, de 12 de junio, de Organos de Represenatción, Determinación de las condiciones de Trabajo y de Participación del Personal al Servicio de las Administraciónes Públicas*, tuttora in vigore.

[46] L. Morell Ocaña, *Curso de Derecho administrativo*, t. II, 5 ed., Madrid, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2002, pp. 1072-1073.

[47] *Ibidem.*

[48] 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 di approvazione. Cfr. A. De Palma Del Teso, *Los acuerdos procedimentales en el Derecho Administrativo*, cit., p. 376 ss. La sentenza cui si fa riferimento nel testo è TS de 17 de mayo de 1991. Sugli accordi sindacali nel pubblico impiego in Spagna, si veda anche C. Carrera Ortiz, *Naturaleza y eficacia jurídicas de la negociación colectiva en la función pública en España,* in *REDT*, 38, 1989, p. 268 ss.

[49] A. De Palma Del Teso, *Los acuerdos procedimentales en el Derecho Administrativo*, cit., p. 383.

Si tratta tuttavia di una figura frutto dell'elaborazione dottrinale e che non rientrerebbe espressamente tra quelle previste dalla norma in analisi.

Non sono mancate tuttavia le proposte di modifica dello stesso art. 88, 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 caractér general*»[50].

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, é il comma 1 della norma, che nel riconoscere la possibilità per l'amministrazione di stipulare patti, accordi, convenzioni e contratti, aggiunge «*siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción … con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule*».

La disposizione è stata oggetto di due contrapposte interpretazioni, nelle quali non si fatica a ritrovare gli estremi del dibattito tedesco, ma anche italiano, a proposito della reale alternanza tra provvedimento amministrativo e contratto di diritto pubblico, a seconda che quest'ultimo venga inteso come uno strumento generale dell'azione amministrativa ovvero come una fattispecie ammissibile nei casi e nei limiti previsti da specifiche norme di settore.

Nell'equivalente *querelle* spagnola, soltanto F. Delgado Piqueras ha intravisto nell'art. 88 un'abilitazione generale per le pubbliche amministrazioni di concludere accordi amministrativi. Il rinvio alla disciplina di settore andrebbe inteso solo come una specificazio-

[50] *Ivi*, p. 384.

ne ed un'implementazione da parte della legislazione speciale, della disciplina applicabile all'accordo.

Da quest'impostazione discende la possibilità per le amministrazioni di poter sostituire l'accordo al provvedimento ogniqualvolta lo ritengano opportuno, e quindi il suo carattere pienamente alternativo all'esercizio unilaterale dei poteri pubblici[51].

Su posizioni contrarie si colloca A. 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. È fatto salvo in ogni caso l'accordo preparatorio non vincolante[52].

Altro aspetto dal quale scaturiscono diverse visioni teoriche è quello della natura giuridica da riconoscere ai differenti *acuerdos, pactos, convenios y contratos* citati dall'art. 88.

L'alternativa che generalmente si pone e che risente, in fondo, anche dell'influenza esercitata dal modello francese, è, ancora una volta, tra il riconoscimento del carattere di manifestazioni consensuali dell'esercizio di potestà pubbliche e la natura di veri e propri contratti amministrativi[53].

Fatte le dovute distinzioni, si può ritenere del resto che questa polemica non differisca poi molto dalla disquisizione teorica che ha impegnato la dottrina italiana a proposito del contratto di diritto pubblico e del contratto ad oggetto pubblico, e che, allo stesso modo, aveva caratterizzato anche in Germania i primi stu-

---

[51] La tesi di F. Delgado Piqueras è sostenuta, invero, anche da L. Parejo Alfonso, *La terminación convencional del procedimento*, cit., p. 185 ss.

[52] A. Menendez Rexach, *Procedimientos administrativos: finalización y ejecución*, cit., p. 263 ss. In questo senso anche la maggior parte della dottrina, tra cui R. Parada Vazquez, *Régimen Jurídico de las Administraciones*, cit., p. 314; E. García de Enterría, T. R. Fernández, *Curso de Derecho administrativo* (1993), cit., pp. 499-500; M. Sanchez Morón, *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación*, cit., p. 14; J. A. Lopez Pellicer, *Naturaleza, supuestos y límites de los convenios urbanísticos*, in *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 146, 1996, p. 103.

[53] Cfr. R. O. Bustillo Bolado, *Convenios y contratos administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación convencional del procedimento administrativo*, 2 ed., Pamplona, Aranzadi, 2004, p. 297 ss.

di successivi all'entrata in vigore della *Verwaltungsverfahrensgesetz*[54].

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 F. Velasco Caballero[55], secondo il quale i *convenios* della Ley 30/1992 «*son, más que contratos, terminación convencional de un procedimento en principio unilateral y resolutivo*», e conseguentemente, salvo «*concretas previsiones de normas de desarollo del artículo 88*», è esclusa l'applicabilità delle norme della *Ley de Contratos* e, conseguentemente, anche di quelle sui *contratos civiles o mercantiles*.

F. Delgado Piqueras, al contrario, propugna una spiegazione puramente contrattuale. L'autore parte infatti da un concetto ampio di contratto che comprende ogni accordo di volontà[56]. 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*»[57]. 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 ulti-

---

[54] Sotto questo punto di vista, occorre tuttavia tenere a mente la differenza di fondo che connota, da un lato, gli ordinamenti italiano e tedesco e, dall'altro, quello spagnolo. Il principio generale di soggezione delle relazioni contrattuali della p.a. al diritto civile fa sì che gli estremi del dibattito si ponessero (e si pongano tuttora), in Italia e in Germania, tra il contratto di diritto privato ed una fattispecie consensuale o contrattuale nel diritto pubblico. Viceversa, in Spagna esso si risolve nella specificazione di figure che restano pur sempre nell'alveo del diritto amministrativo.

[55] F. Velasco Caballero, *Las clausolas accessorias del acto administrativo*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 307 ss.

[56] F. Delgado Piqueras, *La terminación convencional del Procedimiento Administrativo*, cit., p. 172. Nello stesso senso anche J. González Pérez, F. González Navarro, *Comentarios a la Ley de Regímen Jurídico de las Administraciones Publicas y Procedimiento administrativo común,* 4 ed., Madrid, Civitas, 2007, p. 2233 ss.

[57] *Ivi*, p. 171.

ma istanza, dalle stesse norme di diritto privato[58]. Vale, in definitiva, per l'autore, la qualificazione dei *convenios* in parola alla stregua di *contratos administrativos especiales.*

Gli accordi amministrativi sono ugualmente ricondotti alla categoria del contratto anche da M. L. Gonzales-Cuéllar Serrano[59].

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.

È questo il caso, tra gli altri, di M. Sánchez Morón[60], di A. Menéndez Rexach[61], di A. De Palma del Teso[62] e di R.O. Bustillo Bolado[63].

In particolare, per M. 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 inquadrarsi nel blocco normativo degli atti amministrativi.

Per A. Menéndez Rexach i *convenios sostitutivos de resoluciones* sono contratti; quelli *preparatorios de la resolución sin carácter vinculante* sono atti di tramite inseriti in un procedimento. E quan-

---

[58] *Ivi*, pp. 171-184.

[59] M. L. Gonzales-Cuéllar Serrano, *Los procedimentos tributarios: su terminación convencional*, Madrid, Colex, 1998, p. 189.

[60] M. Sánchez Morón, *La apertura del procedimento administrativo a la negociación con los ciudadanos en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, cit., pp. 16-17; Id., *La terminación convencional de los procedimientos*, cit., pp. 80-82. Quanto ai *convenios* che non pongono fine ad un procedimento, l'A. ammette tuttavia che «*no puede aplicarse siempre en puridad la calificación de contrato … encierran siempre un negocio bilateral o un compromiso entre partes*», in Id., *La terminación*, cit., p. 81.

[61] A. Menendez Rexach, *Procedimientos administrativos: finalización y ejecución*, cit., p. 262, dove inizialmente li definisce come *acuerdos bilaterales* e poi come *contratos*.

[62] A. Palma del Teso, *Los acuerdos procedimentales en el Derecho Administrativo*, cit., p. 239 ss.

[63] R. O. Bustillo Bolado, *Convenios y contratos administrativos*, cit., p. 230 ss.

to ai *convenios vinculantes pero no sostitutivos*, l'autore non si pronuncia espressamente, benché sembri volerli inquadrare al di fuori del concetto di contratto.

A. De Palma del Teso sostiene, invece, che tutti gli accordi procedimentali siano negozi giuridici bilaterali o plurilaterali, solo alcuni dei quali possono essere intesi come veri e propri contratti, tra i quali, in particolare, gli accordi procedimentali a contenuto patrimoniale.

Per R.O. Bustillo Bolado, appartengono al genere del contratto i *convenios finalizadores del procedimento*, 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 sostituyen a la resolución*, che *los acuerdos no vinculantes para la resolución final.*

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 propria del 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, la stretta finalizzazione dell'attività amministrativa al perseguimento dell'interesse pubblico[64], nonché del rispetto di alcuni principi, a cominciare dal principio di legalità. Ne discende che se il proposito comune alle parti trascende il persegui-

[64] Ciò che, del resto, viene precisato anche dallo stesso comma 1 dell'art. 88.

mento 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 causa[65].

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 apposite disposizioni nella norma.

Il comma 1, anzitutto, esclude dalla negoziazione con i privati le *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 potere[66].

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 non si riferisce al solo organo che stipula l'accordo, ma deve ritenersi esteso 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, coinciden-

---

[65] L. Parejo Alfonso, *La terminación convencional del procedimento*, 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'A. tiene poi distinta la causa dai motivi che inducono ciascuna delle parti alla negoziazione.

[66] L. Parejo Alfonso, *La terminación convencional del procedimento*, cit., p. 199.

te con la nozione di *giro o tráfico* dell'amministrazione[67].

I due divieti, di fatto, rispondono alla medesima *ratio*, consistente in un generale divieto di modificazione del regime stesso dell'attività e delle potestà amministrative dedotte nell'accordo, così come precisamente disciplinate dalla legge.

Diversamente si atteggia, poi, il contenuto dell'accordo rispetto al principio di legalità. È questo un aspetto che presenta ancora una volta notevoli convergenze rispetto all'analogo dibattito tedesco ed italiano.

In linea generale, si ritiene che con gli accordi possano 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 stesso[68].

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'accordo[69].

---

[67] *Ivi*, pp. 204-205.

[68] *Ivi*, p. 182.

[69] 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, liddove 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*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 432.

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 sobra 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, come accade in Italia, 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 LRJAP[70]. 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.

[70] Secondo L. Parejo Alfonso, *La terminación convencional del procedimento*, cit., p. 206, la prossimità degli accordi al contratto impedirebbe l'applicabilità delle disposizioni sull'invalidità degli atti amministrativi. In questo senso anche R. Parada Vazquez, *Regímen Jurídico de las Administraciones Publicas y Procedimiento administrativo común*, cit., p. 332.

CAPITOLO II

I *CONVENIOS URBANÍSTICOS* NEL DIRITTO URBANISTICO SPAGNOLO

SOMMARIO: 1. Le convenzioni urbanistiche (*convenios urbanísticos*) in Spagna. Antecedenti ed evoluzioni. Dalla *Ley de Expropriación Forzosa* del 1863 ai *convenios* nelle tecniche di *alienación* e nei *Planes de Ensanche*. – 1.1. La *Ley del Suelo* del 1956 e *l'urbanismo concertado* nella riforma del 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 de planeamiento* nella legislazione delle *Comunidades Autónomas*. – 2.1. Classi e oggetto dei *convenios urbanísticos.* – 2.2. La natura e il regime giuridico dei *convenios urbanísticos.* – 2.3. Il procedimento e il regime di pubblicità dei *convenios urbanísticos de planeamiento.* – 2.4. Regime di validità dei *convenios urbanísticos de planeamiento.* – 2.5. Efficacia dei *convenios urbanísticos de planeamiento* e profili della responsabilità patrimoniale dell'amministrazione per inadempimento. – 2.6. Aspetti processuali. Impugnazione dei *convenios urbanísticos de planeamiento* e *acción pública.*

1. *Le convenzioni urbanistiche (*convenios urbanísticos*) in Spagna. Antecedenti ed evoluzioni. Dalla* Ley de Expropriación Forzosa *del 1863 ai* convenios *nelle tecniche di* alienación *e nei* Planes de Ensanche

In Spagna, la diffusione di forme convenzionali nell'urbanistica conosce i suoi primissimi antecedenti già nel XIX secolo[1]. Si

[1] Cfr. su questi aspetti, M. BASSOLS COMA, *Génesis y evolución del Derecho Urbanistico español (1812.1956)*, Madrid, Civitas, 1973; A. HUERGO LORA, *Los*

può dire infatti che il loro impiego rappresenti una realtà costante e da sempre presente in questo settore dell'azione amministrativa spagnola[2].

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 Expropriación Forzosa de 17 de julio 1836* già prevedeva infatti *convenios para la fijación del justiprecio del bien*

Convenios Urbanísticos, Madrid, Civitas, 1998, p. 41 ss.; J. A. Lopez Pellicer, *Naturaleza, supuestos y límites de los convenios urbanísticos*, in *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 146, 1996, p. 97 ss.; J.M. Arredondo Gutierrez, *Los convenios urbanísticos y su régimen jurídico*, 2 ed., Granada, Comares, 2003; R.O. Bustillo Bolado, J.R. Cuerno Llata, *Los convenios urbanistícos entre las Administraciones locales y los particulares*, Pamplona, Aranzadi, 1997; A. Cano Murcha, *Teoría y Practica del Convenio Urbanístico. Comentarios, Legislación, Jurisprudencia y Formularios*, 6 ed., Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2008; A. De Palma Del Teso, *Los acuerdos procedimentales en el Derecho Administrativo*, cit., p. 153 ss.; T. R. Fernández Rodríguez, *El urbanismo concertado y la Ley del Suelo,* cit.; F. Romero Hernández, *Los conciertos urbanísticos atipicos*, in *Revista de Derecho Urbanistico*, 95, 1985, p. 29 ss.; Id., *Compromisos y garantías en el planeamiento de inciativa particular*, in *Revista de Derecho Urbanistico*, 104, 1987, p. 35 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*, Universidad Nacional Auntónoma de México, 2005, p. 65 ss.; F.E. Fonseca Ferrandis, *La liberalización del Suelo en España. Presupuestos y marco jurídico-constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1999; M. Lora-Tamayo Vallvé, *Historia de la Legislación Urbanística*, Madrid, Iustel, 2007; M. P. Ochoa Gómez, *Los convenios urbanísticos. Límites a la figura redentora del urbanismo*, Madrid, La Ley, 2006.

[2] A. Cano Murcia, *Teoría y Práctica del Convenio Urbanístico*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2008, p. 29.

expropiado, anche definiti come *mutuos o amigables acuerdos* o più semplicemente come *convenios expropriatorios*[3].

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 expropriación forzosa por causa de utilidad pública*»[4].

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 proprietari[5].

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 expropriatorios* e a *convenios sustitutivos de la expropriación*[6].

---

[3] F. Delgado Piqueras, *La terminación convencional del Procedimiento Administrativo*, cit., p. 131.

[4] 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 exprociación forzosa, ya por condiciones particulares del proyecto, ya por convenio de la municipalidad con los interesados en el pago de sus propriedades o de los perjuicios que la reforma les ciasa, el espediente formado para la aprobación y realización del proyecto quedará resuelto y ultimado por el Gobernador de la provincia*».

[5] TS 5 de noviembre de 1836, cit. in A. Cano Murcia, *Teoría y Práctica del Convenio Urbanístico*, cit., p. 30.

[6] 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 proprietarios*». 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 cuadrículas regulares*». Cfr. E. García de Enterría, L. Parejo Alfonso, *Lecciones de Derecho Urbanístico*, Madrid, Civitas, 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 de1892 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 sustitutivos de la expropriación* previsti nel 1864. Cfr. O. Bustillo Bolado, J.R. Cuerno LLata, *Los convenios urbanísticos entre las Administraciones locales y los particulares*, cit., p. 59.

Con particolare riferimento a questi ultimi, nel suo art. 13, la *Ley de Ensanche 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 urbanizzazione[7].

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*[8].

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 Ensanche de 22 de diciembre 1876* disponeva: «*podrán, en consecuencia, celebrar con los Ayuntamientos y con los demás proprietarios interesados en el establecimineto de las nuevas vías todos los contratos que se estimen convenientes sobre los particulares relacionados en esta ley*»[9].

Ugualmente opinava la giurisprudenza, della cui natura contrat-

---

[7] «*A los proprietarios o empresas que sin costear las obras que en este articulo de hace referencia, cedan en propriedad a los Ayuntamientos los terrenos necessarios para la vía pública, se les podrá condonar por el espacio de tiempo que se estipule el recargo extraordinario*».

[8] Del tutto simile a questa era, del resto, la logica di scambio posta alla base delle *concesiónes de las obras de urbanización*, previste dall'art. 93 e seguenti del *Reglamento de la Ley de Expropriación 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*.

[9] O. Bustillo Bolado, J.R. Cuerno LLata, *Los convenios urbanísticos entre las Administraciones locales y los particulares*, cit., p. 54.

tuale, 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*[10].

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 pubblica[11].

È 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. La Ley del Suelo *del 1956 e 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*»[12] – la qualificazione giuridica delle potestà urbanistiche come funzioni pubbliche e, quindi, l'attri-

[10] 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.

[11] G. Fernández Ferrares, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Madrid, 1983, p. 321 ss.

[12] García de Enterría, L.Parejo Alfonso, *Lecciones de Derecho Urbanístico*, 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.

buzione 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 negoziazione[13].

Nondimeno, non mancò nella stessa legge, e nella nuova *Ley de Expropriación 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)[14].

Nonostante la piana previsione normativa, la cui finalità era proprio quella di evitare un'eccessiva rigidità della nuova legislazione urbanistica[15], 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 Comuni[16].

---

[13] 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*, Madrid, Iustel, 2009, p. 49.

[14] A. Huergo Lora, *Los Convenios Urbanísticos*, cit., p. 46 ss.

[15] 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 initio los puntos de fricción y los obstaculos 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 autentica función pública e irrenunciable*». Cfr. TS de 15 de febrero de 1994.

[16] A. Huergo Lora, *Los Convenios Urbanísticos*, cit., p. 66; A. Cano Murcia, *Teoría y Práctica del Convenio Urbanístico,* cit., p. 33.

Tuttavia, l'incapacità delle amministrazioni di attuare efficacemente le nuove competenze pianificatorie, secondo le modalità auspicate dalla *LS de 1956*, condusse ad una serie di interventi legislativi tra gli anni Sessanta e Settanta[17], 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*[18].

In particolare con la *Ley 22/1972 de 10 de mayo*, con cui si approva il *III Plan de Desarollo Económico y Social* per gli anni 1972-1975, e poi a seguito della riforma della *Ley del Suelo* del 1975, il privato viene reintrodotto nella gestione del territorio spagnolo «*para complementar o sustituir … una gestión publica que se confiesa impotente para hacer frente por sí sola a las necesidades previstas*»[19].

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 formulata e, in cambio, l'amministrazione riconosceva i necessari diritti edificatori.

---

[17] 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*, cit., p. 77.

[18] J.M. Arredondo Gutierrez, *Los convenios urbanísticos y su régimen jurídico*, cit., p. 7.

[19] T.R. Fernández Rodríguez, *El urbanismo concertado y la reforma de la Ley del suelo*, cit., p. 69 e 93.

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 francese[20]. 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*[21].

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 pianificazione[22].

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 coinvol-

---

[20] 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 ss.

[21] 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 desarollo urbanístico eventual o diferido con el fin de afrontar necesidades sobravenida 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.*

[22] Cfr. M. B. Blanquer Prats, *Aspecto contractual de los P.A.U.*, in *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 144, 1995, p. 11 ss.

gimento 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*[23].

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 sensazionale[24]. Soprattutto a partire dalla prassi de la *Gerencia de Urbanismo de Madrid*[25] 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 integrava un'unica fattispecie giuridica, ma neppure era riconducibile entro uno schema unitario. Nondimeno, iniziò a profilarsi quella dicotomia, basata sui livelli della pianificazione, già emersa nel sistema tedesco oltre che in quello italiano.

Ed infatti, anche nell'ordinamento spagnolo, ai *convenios urbanísticos* anzitutto si fece ricorso 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

---

[23] García de Enterría, in particolare, avvertiva dei pericoli che da una simile pratica potevano scaturire: «*se trata de una formúla muy elogiable como tal, pero de la que debe tenerse conciencia que junto a sus ventajas entraña tambien un evidente peligro: la posible sostitución de una verdadera inciativa social (el hecho de la ciudad es un hecho colectivo, la ciuda es de todos) por una simple inciativa de grandes empresas o de grandes proprietarios, lo cual es algo en esencia distinto, e inclus más, potencialmente contradictorio*». Cfr. E. García de Enterría, *Actuación publica 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 inciativa particular*, in *Revista de Derecho Urbanistico,* 104, 1987, p. 35 ss.

[24] A. Huergo Lora, *Los Convenios Urbanísticos*, cit., p. 56 ss.

[25] Sull'esperienza di Madrid, cfr. P. Martin Hernández, *Los Convenios Urbanísticos*, cit., p. 65 ss.

diversificando così l'oggetto di quelli già previsti dalla legislazione vigente (c.d. *convenios de ejecución*).

Ma l'aspetto nuovo e più problematico del fenomeno era dato, anche qui, dal loro impiego 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 accordi prevedevano anche l'impegno delle stesse amministrazioni a modificare i piani urbanistici, secondo quanto concordato preventivamente con il singolo (c.d. *convenios de planeamiento*)[26].

Dalle forme dei *convenios expropriatorios*, delle *concecisones de obra urbanizadora* e dell'*urbanismo concertado* si passa così ad una pluralità di fattispecie convenzionali atipiche, ad una «*forma de urbanismo concertado praeter legem*»[27].

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 amministrativa[28], sancito ora nell'art. 9.2 della nuova Costituzione spagnola del 1978, dall'altro, non mancò chi ne colse gli aspetti eminentemente negativi.

---

[26] J. A.Lopez Pellicer, *Naturaleza, supuestos y límites de los convenios urbanísticos*, cit., 1996, p. 97 ss.

[27] A. Huergo Lora, *Los Convenios Urbanísticos*, cit., p. 59.

[28] S. Muñoz Machado, *Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración*, in *RAP*, 88, 1977, p. 519 ss.; M. Sanchez Morón, *El principio de participacion en la Constitución española,* cit., p. 171 ss.; F. Delgado Piqueras, *Las nuevas conquistas del principio constitucional de participación: terminación convencional del procedimiento y medios consensuales de solución de conflictos adminiatrativos*, in *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 18, 1993, p. 219 ss.

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 legge[29].

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 legislatore[30].

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 unilateralmente[31]. 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 décisione future*, sulla rinuncia e la cessione di funzioni pubbliche, che l'accordo comporta, avevano fondato le proprie argomentazioni per negargli ogni possibilità di giuridica esistenza. D'altra parte, le stesse obiezioni sono state sollevate in Italia e, seppure in un passato ben più remoto, anche nella stessa Germania.

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 che, a fronte di un atto dell'amministrazione del tutto difforme da quanto previsto nell'accordo, lamentava, in tal senso, un inadempimento dell'amministrazione.

---

[29] A. Huergo Lora, *Los Convenios Urbanísticos*, cit., p. 57.

[30] Cfr. E. García de Enterría, *Actuación publica y actuación privada en el Derecho Urbanístico*, cit., p. 94.

[31] T. R. Fernández Rodriguez, *El urbanismo concertado*, cit., p. 50 ss.

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 riconosceva 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 piano, lamentandone una natura esclusivamente servente rispetto all'accordo e lontana dalla cura degli interessi pubblici e della collettività nel suo complesso[32].

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 administrativas de ejercicio rigorosamente reglado, las que la Corporación compromete y enajena al margen de toda legalidad, de modo que por aplicación de artículo 1.271 C.civ. 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 rinvengono 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*

[32] Per una ricostruzione della casistica giurisprudenziale si veda A. Huergo Lora, *Los Convenios Urbanísticos*, cit., p. 95 ss. e R. O. Bustillo Bolado, J. R. Cuerno Llata, *Los convenios urbanísticos entre las Administraciones locales y los particulares*, cit., p. 121 ss.

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»[33].

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 incontrar límite en los convenios que la Administración haya concluido con los administrados*»[34].

D'altra parte, 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 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*»[35].

La conseguenza che il Tribunal 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.

---

[33] TS 30 de abril de 1990. La massima diviene costante nella giurisprudenza successiva, ripetendosi in diverse altre pronunce: TS 13 de julio de 1990; 13 de marzo de 1991; 25 de marzo de 1991; 13 de febrero de 1992; TS 15 de abril de 1992; 27 de octubre de 1992.

[34] TS 30 de abril de 1990; 13 de julio de 1990; 18 de octubre de 1990; 13 de marzo de 1991; 31 de septiembre de 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.

[35] TS 15 de febrero 1994, e negli stessi termini già TS 8 de julio de 1989.

1.3. Il mutato atteggiamento del Tribunal 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 disciplinarli[36].

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. 4[37], segnando un cambiamento radicale nel contesto giuridico di riferimento, che non poteva non essere recepito anche dalla giurisprudenza.

---

[36] 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 novembre*. 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 Politica Territorial, Suelo y Urbanismo*. Tutte queste leggi introducono una generale abilitazione delle proprie amministrazioni alla conclusione di *convenios de planeamiento* e *de ejecución*.

[37] «*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*». 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 de 2003.

I termini categorici, con cui il *Tribunal Supremo* aveva escluso l'ammissibilità dei *convenios urbanísticos*, vengono ora stemperati nelle successive sentenze[38]. 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 attenzione[39].

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 determinare[40].

In altri casi, invece, arrivava ad accettare e riconoscere esplici-

[38] 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 contecioso-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 ss.; Id., *Problemas actuales del Derecho urbanístico*, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, Servicio de Publicaciones, 2007, p. 170 ss.

[39] 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 problematicos (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*, in *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 229, Octubre 2006.

[40] 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 C. civ., 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*, cit., p. 146.

tamente non solo i *convenios de ejecución*[41], 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 indipendente del procedimiento de modificación o revisión del Plan*»[42].

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 «*irrenunciables 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 procedimento legalmente establecido*». L'impugnazione della variazione di piano sarà allora possibile solo «*si se ha hecho con vulneración de los requisitos exigidos*»[43].

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

---

[41] TS 25 de abril de 1984; 18 de abril de 1989; 5 de abril de 1991 e 24 de marzo de 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*».

[42] TS 15 de marzo de 1997.

[43] TS 30 de octubre de 1997.

carattere meramente preparatorio e non vincolante[44], che, del resto, ponendosi in modo del tutto indipendente e slegato dal procedimento di modificazione del piano, da un punto di vista processuale, può anche essere impugnata separatamente[45].

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 inciar discrecionalmente la modificación del planeamientio 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*»[46].

«*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*»[47].

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 rico-

[44] TS 23 de junio de 1994; 13 de febrero de 1992; 18 de marzo de 1992; 21 de septiembre de 1991.

[45] TS 24 de junio de 2000.

[46] TS 29 de febrero de 2000; si veda altresì TS 9 de marzo de 2000; 3 de abril de 2001; 1 de febrero de 2001; 11 de junio de 2003; 19 de febrero de 2008.

[47] TS 29 de febrero de 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 de 2001; 3 de enero de 2001; (Sala de Málaga) de 26 de diciembre de 2000; TSJ de Castilla y León (Sala de Burgos) 25 de septiembre de 2001; 5 de septiembre de 2001; 26 de enero de 2001; 3 de octubre de 2000; TSJ de Cataluña 5 de octubre de 2004; TSJ de Galicia 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.

noscere il nuovo crescente protagonismo dell'istituto, ha accolto le conclusioni cui è pervenuta questa giurisprudenza[48].

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 urbanistiche[49].

Un'esegesi della disposizione di questo tipo, del resto, si concilierebbe anche con i successivi artt. 11.1 e 16.3 del *TRLS*[50], che sembrerebbero ammettere ancora più apertamente il ricorso a questo tipo di convenzioni[51].

L'art. 11 infatti subordina agli obblighi di pubblicità derivanti dalla *información pública* «*todos los instrumentos de ordenación y*

---

[48] 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 ss.

[49] L. Parejo, G. Roger Fernández, *Comentarios al Texto Refundido de la Ley del Suelo (Real Decreto Legislativo 2/2008 de 20 de junio)*, Madrid, Iustel, 2009, p. 130. La stessa interpretazione, in fondo, è stata data in Germania anche al § 1, alinea 3 del *BauGB*.

[50] 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 *contecioso-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*».

[51] Cfr. J. M. Baño León, *Derecho Urbanístico Común*, cit., pp. 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.

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 nullità[52].

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 de planeamiento *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 restituito al principio di legalità le negoziazioni che da sempre caratterizzano la disciplina del territorio in Spagna, e, al tempo stesso, di aver assicurato maggiore trasparenza e pubblicità all'attività amministrativa volta all'emanazione di atti di pianificazione su base contrattata[53]. È noto, del resto, come la pratica convenzionale in questione sia da sempre anche un forte fattore di corruzione delle amministrazioni spagnole[54].

---

[52] «*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 proprietarios afectados. La cláusula que contravenga estas 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*, Madrid, El consultor de los Ayuntamientos (La Ley), 2011, p. 185.

[53] T.R. Fernández, *Manual de derecho urbanístico*, cit., p. 184

[54] Nel noto caso di corruzione "Malaya", per esempio, si contano più di 600 *convenios urbanísticos* stipulati dall'amministrazione del comune di Marbella. Cfr. B. Lozano Cutanda, *Urbanismo y corrupcion: algunas reflexiones desde el Derecho*

A partire dagli anni Novanta, perciò, anche in conseguenza degli effetti prodotti dalla sentenza del *Tribunal Constitucional* n. 61/1997 sul riparto di competenze tra Stato e Comunità Autonome in *materia de ordenación del territorio y urbanísmo*[55], queste ultime, hanno intrapreso, differenziandosi, propri e distinti percorsi normativi. Precedute dalle Comunità di Valencia, Navarra e Madrid, e una volta interiorizzato il nuovo riparto di competenze, tutte le altre Comunità, con l'unica eccezione delle Islas Baleares[56], hanno quindi emanato proprie leggi urbanistiche contenenti una precisa disciplina anche dei *convenios urbanísticos*.

Deve tuttavia segnalarsi come la Comunidad de Madrid ha compiuto nel 2007 una decisa inversione di rotta, vietando nel proprio

Administrativo, in *RAP*, 172, 2007, p. 339 ss., che, invero, propone la soluzione, nelle sue parole, drastica ma necessaria, dell'abrogazione dei *convenios urbanísticos*. Si veda, più di recente, M. Vaquer Caballería, *El desgobierno del terriorio,* in J. L. Piñar Mañas, *Crisis económica y crisis del Estado de Bienestar: el papel del derecho administrativo,* cit., p. 257 ss.

[55] 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 básicas «que garanticen la igualidad de todo los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumpliminetio de los deberes constitucionales*» (art. 149.1.1ª); *legislación civil* (art. 149.1.8ª); *coordinación de la planificación general de la actividad económica* (art. 149.1.13ª); *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. 149.1.18ª); e, infine, di *medio ambiente* (art. 149.1.23ª) e *obras públicas de intrés general* (art. 149.1.24ª). Cfr. su questi aspetti, J. M. Baño León, *Derecho Urbanístico Común,* cit., p. 55 ss.; T. R. Fernández Rodríguez, *El desconcertante presente y el imprevisible y preoccupante futuro del Derecho urbanístico español*, in *REDA*, 94, 1997, p. 189 ss.; E. García de Enterría, *El derecho urbanístico español a la vista del siglo XXI*, in *REDA*, 99, 1998, p. 395 ss.; S. Muñoz Machado, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Vol. I, 1 ed. Madrid, Civitas, 1982, p. 409 ss.

[56] La *Comunidad Autonoma* delle *Islas Baleares* è anche l'unica a non disporre di una normativa propria in materia urbanistica. Una disciplina parziale è comunque prevista nella *Ley 10/1990 de 23 de octubre, de Disciplina Urbanística de las Islas Baleares*, mentre il 29 maggio 2014 è entrata in vigore la nuova *Ley 7/2012, de 13 de junio, de medidas urgentes para la ordenación urbanística sostenible*, nella quale tuttavia non si rinvengono disposizioni sui *convenios urbanísticos*.

territorio l'impiego dei *convenios urbanísticos de planeamiento*[57]. La scelta del legislatore madrileno sembrerebbe, al momento, non aver avuto seguito nelle altre Comunità, che pure sono intervenute di recente sulle proprie legislazioni urbanistiche, ma senza modificare le norme specificamente dedicate all'istituto.

Di seguito verranno pertanto tratteggiati gli aspetti salienti della disciplina autonomica dei *convenios urbanísticos de planeamiento*. Salva, del resto, la presenza di alcuni aspetti simili – in parte derivanti anche dalla legislazione comune – come quelli relativi agli obblighi di pubblicità e alla tutela processuale, si possono registrare alcuni significativi tratti di differenziazione, in particolare per ciò che concerne il procedimento e le scelte compiute in tema di validità ed efficacia, nonché di inadempimento e di responsabilità dell'amministrazione[58].

---

[57] L'art. 245 della *Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid*, come modificato dalla *Ley 3/2007 de 26 de julio*, dispone che «*son nulos de pleno derecho los convenios urbanísticos de planeamiento, así como cualquier convenio o acuerdo, 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 madrilena. 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 perciò, in linea, del resto, con la soluzione approntata anche da altri legislatori autonomici, restringerebbe solo la portata temporale di questo tipo di convenzione, essendo ora ammissibili solo quelle che hanno ad oggetto una modificazione di un piano urbanistico già in vigore, ed il loro campo di applicazione, essendo escluse solo quelle che prevedono l'esecuzione delle prestazioni da parte del privato prima dell'approvazione definitiva del piano, e, infine, quelle che impongano obbligazioni più gravose rispetto a quelle normativamente esigibili. Non quindi la nullità dei *convenios* in sé considerati: l'invalidità opererebbe solo quando questi contravvengano ai divieti ivi previsti. Sul punto, si vedano le considerazioni di J. Castelao Rodríguez, *Los convenios urbanísticos de planeamiento nulos en la Comunidad de Madrid y los que pueden no ser nulos*, in *Práctica Urbanistica*, n. 118, 2012, p. 46 ss. 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 categorico. Cfr. TSJ de Madrid 25 de marzo de 2011; TSJ de Madrid 11 de mayo de 2012.

[58] Per alcuni riferimenti sulla legislazione autonomica in materia di *convenios urbanísticos*, si vedano R. Fernández Montalvo, *Legislación urbanística*

2.1. Classi e oggetto dei 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 ad obbligazioni reciproche[59], 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 urbanística*»[60].

---

estatal y autonómica. Principios e instituciones comunes, in *Serie claves del gobierno local*, 5, *Estudios sobre urbanismo (Análisis de cuestiones clave no afectadas por la Ley de suelo de 2007)*, p. 77 ss.; F. García Rubio, *Los convenios urbanísticos*, cit., p. 27 ss.; M. A. García Valderrey, *Los convenios de Planeamiento Urbanistico (2)*, in *Práctica Urbanistica*, 78, 2009, p. 7 ss.; Id., *Los convenios de Planeamiento Urbanistico (1)*, in *Práctica Urbanistica*, 77, 2008, p. 7 ss.; R. Miró Miró, *Los convenios urbanísticos*, in *Cuadernos de Derecho Local*, 17, 2008, p. 90 ss.; J. L. Pérez López, *Los convenios urbanísticos I. Convenios de planeamiento*, in *Práctica Urbanistica*, 40, 2005, p. 49 ss.; Id., *Los convenios urbanísticos II. Convenios de ejecución del planeamiento (1)*, in *Práctica Urbanistica*, n. 42, 2005, p. 45 ss.; J. Arozamena Sierra, *Algunas consideraciones sobre la institución contractual y el urbanismo: los llamados convenios urbanísticos*, in *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 146, 1996, p. 11 ss.; P. Martín Hernández, *Los Convenios Urbanísticos,* in *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 144, Julio 1995, p. 59 ss.

[59] R.O. Bustillo Bolado, J.R. Cuerno Llata, *Los convenios urbanísticos entre las Administraciones locales y particulares*, cit., p. 26. In giurisprudenza, TS 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.

[60] A. Cano Murcia, *Teoría y Práctica del Convenio Urbanístico*, cit., p. 41. 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*». Cfr. TS 3 de abril de 2001; TSJ de Andalucía (Sala de Málaga) 26 de diciembre de 2000; 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 de 2001; 3 de enero de 2001; TSJ de Castilla y León (Sala de Burgos) 25 de septiembre de 2001; 5 de septiembre de 2001; 26 de enero de 2001;

Come è stato efficacemente osservato, 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 cittadino[61]. 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 preminenti interessi generali[62], imponendo un preciso obbligo di motivazione circa il ricorso alla tecnica consensuale[63].

Con riferimento alla classificazione delle diverse tipologie di *convenio*, la distinzione tra *convenios de ejecución* e *convenios de planeamiento* è ormai pacificamente accettata[64]. Essa rispecchia la

3 de octubre de 2000; TSJ de Cataluña 5 de octubre de 2004; TSJ de Galicia 23 de octubre de 2003; 29 de mayo de 2003; 15 de noviembre de 2001; 15 de febrero de 2001; TSJ de La Rioja 16 de mayo de 2002; TSJ de Madrid 25 de septiembre de 2004; 26 de diciembre de 2003; 20 de marzo de 2002; TSJ de Murcia 15 de noviembre de 2000; 1 de marzo de 2000; 7 de junio de 2001; TSJ del País Vasco 28 de marzo de 2003; 17 de enero de 2003; 17 de septiembre de 2003.

[61] L. Parejo Alfonso (dir.), *Derecho urbanístico de Castilla-La-Mancha,* Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 141.

[62] Afferma l'esigenza della necessaria soddisfazione dell'interesse pubblico, in quanto causa stessa dei *convenios de géstion*, la sentenza del TSJ de Aragón 6 de febrero 2003.

[63] Come afferma il TS nella sentenza del 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 inadmisible, el ejercicio de la potestad de planeamiento …*». In questi termini anche TS 11 de octubre de 2003; TSJ de Andalucía (Sala de Málaga) 28 de octubre de 2003.

[64] Appare invece ormai recessiva, alla luce delle disposizioni autonomiche, 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

tendenza della giurisprudenza a definire le tipologie convenzionali a seconda dell'oggetto e della funzione svolta[65]. A questa qualificazione giuridica si è uniformato anche il legislatore autonomico, con l'unica eccezione della *Ley de Suelo y Urbanismo* del País Vasco[66], 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 nella Comunidad Foral de Navarra[67].

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)[68].

Il giudice spagnolo ritiene validi i *convenios de ejecución* che

---

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*, cit., pp. 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, pp. 81-206, il quale offre l'ulteriore categoria dei *convenios urbanísticos de naturaleza obligacional* e dei *convenios urbanísticos de transcendencia real.*

[65] TS 15 de marzo de 1997; 24 de junio de 2000; 9 de marzo de 2001, TSJ de Andalucia 19 de febrero de 2001; TSJ de País Vasco 4 de abril de 2002; 23 de diciembre 2002; 6 de febrero de 2003.

[66] Vd. *Disposicion adicional Séptima* de la *Ley 2/2006 del Suelo y Urbanismo del País Vasco*.

[67] Vd. art. 23 de la *Ley Foral 35/2002 de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Navarra*.

[68] Vd. art. 30 de la *Ley 7/2002 de Ordenación Urbínistica de Andalucía*; *Disposición Adicional Cuarta* de la *Ley 16/2005 Urbanística Valenciana*; art. 115 de la *Ley 5/2006 de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja*.

ammettono il rilascio di una *licencia de edificación* in cambio dell'urbanizzazione delle medesime ovvero di altre e diverse aree[69]. Ugualmente si riconosce la validità dei *convenios* con cui si prevede una contropartita pecuniaria a favore dell'*Ayuntamiento*[70]. Allo stesso modo, si ritiene conforme a diritto anche un *convenio de planeamiento* che prevede la riclassificazione di un "*suelo urbanizable*" in "*suelo urbano*"[71].

2.2. La natura e il regime giuridico dei convenios urbanísticos

La natura giuridica dei *convenios urbanísticos* sia *de ejecución* che *de planeamiento* 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*[72], ora si propende per una natura puramente convenzionale, riconducibile sotto il cappello dell'art. 88 della *Ley* 30/1992[73].

Non mancano del resto soluzioni intermedie, tra chi propende per una categoria di *contratos administrativos sui generis*[74], chi li fa

---

[69] TSJ de Galicia 30 de mayo de 2003; TSJ de Aragón 6 de febrero de 2003.

[70] TSJ de Asturias 29 de mayo de 2003; TSJ de Murcia 5 de febrero de 2004; TSJ de Canarias (Sala de Santa Cruz de Tenerife) de 11 de marzo de 2004.

[71] TSJ de Castilla y León (Sala de Burgos) 5 de septiembre de 2001 e TSJ de Asturias 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.

[72] J.M. Arredondo Gutierrez, *Los convenios urbanísticos y su régimen jurídico*, cit., p. 36 ss.

[73] J.A. López Pellicer, *Naturaleza, supuestos y límites de los convenios urbanísticos,* cit., p. 97 ss.; F. García Rubio, *Los convenios urbanísticos*, cit., p. 27 ss.; Id., *Problemas actuales del Derecho urbanístico*, cit., p. 163 ss.

[74] P. Martin Hernández, *Los Convenios Urbanísticos,* 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 Administracion local y autonomica*, n. 271-272, 1996, p. 853 ss.;

rientrare nei *convenios de colaboración* esclusi dall'ambito applicativo del *TR de la Ley de Contratos del Sector Público*[75], 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 administrativas*[76]. Da alcuni, infine, è stata proposta la qualificazione di *acuerdos administrativos* per i *convenios urbanísticos de ejecución* e di *convenios normativos* per i *convenios urbanísticos de planeamiento* [77].

Per propria parte, la prevalente giurisprudenza ha inizialmente avallato la tesi contrattuale e il carattere amministrativo, in ragione delle finalità pubbliche comunque perseguite. Può qui citarsi la sentenza del *Tribunal Supremo7 de noviembre de 1990*, che molto pianamente riconosceva 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 …*»[78].

---

[75] R. O Bustillo Bolado, J. R. Cuerno LLata, *Los convenios urbanísticos entre las Administraciones locales y los particulares*, cit., pp. 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 *TR de Contratos de las Administraciones Pública* (oggi, art. 4 lett. c) e d) del *TR de la Ley de Contratos del Sector Público, D.-Leg. 3/2011, de 14 de noviembre*. *Contra* A. Huergo Lora, *Los convenios urbanísticos*, cit., pp. 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 Administraión y un particular de forma mutuamente provechosa*». Ad analoghe considerazioni giunge anche J.A. López Pellicer, *Naturaleza, supuestos y límites de los convenios urbanísticos,* cit., p. 101 e 105 e M. P. Ochoa Gómez, *Los convenios urbanísticos*, cit., p. 150.

[76] A. Huergo Lora, *Los convenios urbanísticos*, cit., p. 28 ss.

[77] A. De Palma Del Teso, *Los acuerdos procedimentales en el Derecho Administrativo*, cit., p. 353 e 383.

[78] Riconoscono la natura di *contrato administrativo* TS 2 de enero de 1980; 29 de abril de 1989; 6 de marzo de 2003; 3 de febrero de 2003; 16 de octubre de 2001; TSJ de Galicia 31 de julio de 2003; 29 de mayo de 2003; TSJ de Asturias 12 de junio de 2003; TSJ de Aragón 14 de abril de 2002; TSJ de Islas Baleares 15 de noviembre de 2005; TSJ de Canarias (Sala de Santa Cruz de Tenerife) 5 de julio de

Non sono mancate però – a partire dalla sentenza del *Tribunal Supremo 9 de marzo 2001* – pronunce in cui si esclude la natura contrattuale, a favore di una prettamente convenzionale. Così, per esempio, il *Tribunal Superior de Justicia de Andalucía* (*Sala de Málaga*) *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 …*»[79].

2002; 20 de septiembre de 2000; TSJ de Justicia de Castilla y León (Sala de Burgos) 14 de abril de 2000; TSJ de Cataluña 24 de febrero de 2005; 5 de octubre de 2004; 3 de enero de 2002; TSJ de la Comunidad Valenciana 27 de enero de 2005; TSJ de Extremadura 28 de noviembre de 2002; TSJ de Madrid 7 de febrero de 2003; TSJ de Navarra 4 de octubre de 2005; TSJ del País Vasco 23 de julio de 2004; 15 de julio de 2004; 17 de enero de 2003.

[79] 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 …*». Cfr. TSJ de Canarias (Sala de Santa Cruz de Tenerife) 5 de febrero de 2002. Riconducono più espressamente i *convenios urbanísticos* nell'ambito applicativo dell'art. 88 de la Ley 30/1992, anche TS 31 de marzo de 2004; TSJ de Andalucía (Sala de Málaga) 5 de mayo de 2004; TSJ de Canarias (Sala de Santa Cruz de Tenerife) 5 de julio de 2002; 20 de septiembre de 2000; TSJ de Castilla y León (Sala de Burgos) 3 de octubre de 2000; TSJ de Castilla-La Mancha 1 de julio de 1999; TSJ de Cataluña 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 16 de mayo de 2002; TSJ de Madrid 7 de febrero de 2003; TSJ de Murcia 15 de noviembre de 2000; 1 de marzo de 2000; TSJ de País Vasco 30 de octubre de 2003; 17 de enero de 2003.

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* sul procedimento amministrativo prevista dalla *Ley 30/1992*. 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.

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*, subordina 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 i principi di *seguridad jurídica* e di legittimo affidamento, di proporzionalità e di efficacia dell'azione amministrativa, e, infine, i principi di pubblicità e trasparenza[80].

2.3. *Il procedimento e il regime di pubblicità dei* convenios urbanísticos de planeamiento

Proprio richiamandosi a questi ultimi principi, pressoché tutte le Comunità Autonome hanno dettato apposite norme di disciplina del procedimento volto alla conclusione dei *convenios urbanísticos de planeamiento*, nonché disposizioni volte a garantire il massimo grado di pubblicità e conoscibilità del contenuto di tali accordi[81].

---

[80] M. P. Ochoa Gómez, *Los convenios urbanísticos*, cit., p. 165 ss.

[81] Vd., p. es., art. 101 del *Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón*, approvato con *D.-Leg. 1/2014, de 8 de julio*; art. 213 del *Texto Refundido de Ordenación del Territorio y Urbanismo del Principado de Asturias*, approvato con *D.-Leg. 1/2004*; artt. 237-239 del *Texto Refundido de Ordenación del Territorio y de Espacios Naturales Protegidos de Canarias,* approvato con *D.-Leg. 1/2000*; art. 261 e 263 de la *Ley 2/2001 de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del*

Il procedimento è autonomo e del tutto slegato dal successivo ed eventuale procedimento di pianificazione. Esso generalmente si articola nelle fasi di adozione del *convenio*, di pubblicazione, di sottoposizione ad *información pública*, di approvazione del testo definitivo dell'accordo, e, infine, di notifica e sottoscrizione. Nulla, in genere, si prevede invece per la fase delle negoziazioni[82].

Una volta adottato, il *convenio de planeamiento* viene quindi sottoposto a *información pública* per un periodo non inferiore a venti giorni, mediante annuncio pubblicato sul *Boletín* o *Diario Oficial* della *Comunidad* o della Provincia e su almeno un quotidiano a maggiore diffusione nella Comunità. Le Comunità di Cantabria e di Castilla y León prevedono, in aggiunta, uno specifico ed articolato obbligo di motivazione delle finalità di interesse pubblico che giustificano il ricorso alla convenzione e che devono emergere dallo stesso testo dell'accordo[83].

Decorso il termine di venti giorni, l'*Ayuntamiento* predispone il testo definitivo tenendo in considerazione le osservazioni presentate dai cittadini. Segue quindi l'approvazione da parte dell'organo collegiale dell'amministrazione contraente. L'accordo, notificato quindi alla parte privata, dovrà essere sottoscritto da quest'ultima entro il termine di quindici giorni, decorsi inutilmente i quali la proposta dell'amministrazione decade e si intenderà per rinunciata.

Il *convenio* sottoscritto è pubblicato nel Bollettino ufficiale della Comunità e depositato in un apposito archivio o registro (*Registro público de Planeamiento y Gestión Urbanística* o *Registro de la Propriedad*) al quale chiunque può accedere.

Suelo de Cantabria; art. 12-13 del *Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha*, approvato con *D.-Leg. 1/2010 de 18 de mayo.*

[82] Con formula generica, l'art. 439 del *Reglamento de Urbanismo de Castilla y León* rinvia per la disciplina della fase delle negoziazioni dei *convenios* a «*la normativa reguladora de las Administraciones públicas que los suscriban*».

[83] L'art. 438 del *Reglamento de Urbanismo* che accompagna il *Codígo de urbanismo de Castilla y León*, impone all'amministrazione di indicare non solo le ragioni di interesse pubblico che giustificano la stipula della convenzione e di giustificare la coerenza di quanto pattuito rispetto alla disciplina urbanistica. Occorre altresì che esse rendano 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 tecnici.

Talvolta, infine, le diverse leggi disciplinano il diritto di accesso secondo le modalità e i termini previsti dalla Legge sul procedimento amministrativo. Si tratta tuttavia di un accesso che, a seguito delle modifiche apportate dalla *Ley 19/2013 de 9 de diciembre de Transparencía, acceso a la información pública y buen gobierno*, deve intendersi ormai esteso a tutti i cittadini indiscriminatamente, a prescindere dalla titolarità di un qualsiasi interesse[84].

2.4. Regime di validità dei convenios urbanísticos de planeamiento

Con la sola eccezione dell'Andalucía, ovunque vengono espressamente indicati anche i casi di nullità dei *convenios urbanísticos de planeamiento*.

Sono pertanto nulle le convenzioni che si pongono in violazione della disciplina urbanistica; le convenzioni che vincolano o limitano l'esercizio dei poteri di pianificazione dell'amministrazione; le convenzioni che prevedono oneri e prestazioni aggiuntive più gravose rispetto a quelle previste dalla legge, salvo, in taluni casi, il consenso eventualmente prestato dal privato; e, infine, le convenzioni che permettono 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[85].

---

[84] Manca, invece, ogni riferimento ai principi di pubblicità e all'istituzione di un registro o archivio dei *convenios urbanísticos* nella legislazione valenciana. Vd. *Disposicion Adicional Cuarta* de la *Ley 16/2005 Urbanística Valenciana*, espressamente dedicata ai *convenios urbanísticos.*

[85] Si veda ad esempio l'art. 94 *apartado* 2 de la *Ley 5/1999 de Urbanismo de Castilla y León*, la cui formulazione si rinviene in termini molto analoghi anche in tutte le altre legislazioni: «*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*».

Merita, inoltre, di essere segnalata la legislazione dell'Extremadura, che prevede la nullità del *convenio* anche per vizi del procedimento.

È 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 per la stessa violazione delle norme procedimentali, come quelle sulla partecipazione della collettività tramite *información pública*; quelle sull'approvazione del testo definitivo del *convenio* da parte dell'organo competente; e, infine, quelle sul rispetto degli obblighi di pubblicità[86].

2.5. *Efficacia dei* convenios urbanísticos de planeamiento *e profili della responsabilità patrimoniale dell'amministrazione per inadempimento*

Questione in parte dipendente dalla natura giuridica che si intende riconoscere ai *convenios urbanísticos*, è quella della responsabilità per inadempimento dell'accordo[87]. Laddove, infatti, si ammetta 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 la quasi totalità delle leggi in analisi abbia sancito che questo tipo di convenzione urbanistica non abbia efficacia vincolan-

[86] Vd. art. 7 *apartado* 4 de la *Ley 15/2001 de Suelo y Ordenación Territorial de Extremadura*.

[87] Si veda, su questi aspetti, A. Alonso Clemente, *Responsabilidad Patrimonial derivada de las potestades administrativas en materia de urbanismo*, in *Práctica Urbanística*, 113, *Sección Instituciones comparadas*, 2012, p. 68 ss.; Id., *Ius variandi y eficacia de los convenios urbanísticos de planeamiento*, in *Practica urbanística*, 93, 2010; M. J.Alonso Mas, *Responsabilidad patrimonial de la administracion por incumplimiento de los convenios urbanísticos*, cit., p. 853 ss.; L. Cuscluela Montaner, *Consideraciones sobre el enriquecimento injusto en el derecho administrativo,* in *RAP*, 84, 1977, p. 185 ss.

te, stante il principio di indisponibilità del potere pubblico[88], ed anzi abbia espressamente previsto la nullità di una pattuizione di questo tipo, talvolta la giurisprudenza[89] e, in alcuni casi, anche lo stesso legislatore autonomico 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 *potestas variandi*, si riconosce, tuttavia, che la mancata ricezione da parte dell'amministrazione del contenuto dell'accordo nel piano costituisca una forma di inadempimento, che può dar luogo ad indennizzo se non a vera e propria forma di responsabilità risarcitoria, a riparazione del pregiudizio subito.

È percepibile la contraddizione se non proprio l'erroneità 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 aspettative[90]. Per cui è legittimo chiedersi se, almeno nelle Comunità Autonome che ammettono la responsabilità dell'amministrazione, non sia stata riconosciuta la natura vincolante

---

[88] La disposizione relativa all'efficacia non vincolante dei *convenios urbanísticos de planeamiento* ricorre pressoché ovunque sempre con la medesima formulazione: «*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*». Vd., p. es., art. 236 del *TR de Ordenación del Territorio y de Espacios Naturales Protegidos de Canarias*; art. 30 de la *Ley 7/2002, Ordenación Urbanística de Andalucía*; art. 211, *TR de Ordenación del Territorio y Urbanismo del Principado de Asturias*.

[89] TS 25 de noviembre de 2003; TSJ de Extremadura 24 de julio de 2002; 16 de mayo de 2002; TSJ de País Vasco 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.

[90] Cfr. J. Tejedor Bielsa, *Reflexiones sobre el estado de lo urbanístico. Entre la anomalía y la excepción*, in *RAP*, 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*, cit., p. 148.

anche dei *convenios de planeamiento* (Cantabria, Navarra, Valencia e La Rioja)[91].

Diverso è però il caso in cui il privato abbia già eseguito la propria prestazione[92], prima che il *convenio* venga recepito nella nuova disciplina urbanistica. 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, come visto, la maggior parte delle Comunità Autonome ha disposto, a pena di nullità della convenzio-

[91] La *Ley 2/2001 Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria*, all'art. 261, prevede con disposizione contraddittoria che «*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'efficacia vincolante del *convenio* sarebbe quindi confermata dal successivo art. 263, che sancisce la responsabilità patrimoniale dell'amministrazione, in caso di inadempimento degli obblighi derivanti dall'accordo. Allo stesso modo, l'art. 24 della *Ley Foral 35/2002 de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Navarra* dispone che «*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 l'amministrazione potrebbe discostarsi solo per sopravvenute esigenze di interesse pubblico. Quanto alla *Comunidad de Valencia*, la *Ley Urbanística 16/2005* 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 permette di subordinare 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 quest'ultima possa dimostrare che l'inadempimento non le sia imputabile ovvero sia giustificato da ragioni di interesse pubblico. Infine, va menzionata la *Ley de 10/1998* de 2 de julio de La Rioja, che nel suo art. 115 riconosce alle parti la facoltà di introdurre nel testo dell'accordo delle *astraintes*.

[92] Analoghe conseguenze derivano anche nel caso di nullità del *convenio*, cfr. A. Huergo Lora, *Los convenios urbanísticos*, 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 l'abbia comunicata alla controparte.

ne 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.

2.6. Aspetti processuali. Impugnazione dei convenios urbanísticos de planeamiento *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 autonomiche 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 approvazione (ratifica) del medesimo da parte dell'organo amministrativo collegiale competente, a dover essere impugnato[93].

[93] Come precisa il Tribunal Supremo nella *sentencia* 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 24 de marzo de 2003; 20 de octubre de 2005; TSJ de Galicia 3 de abril de 2003; TSJ de Madrid 30 de enero de 2004. *Con-*

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 della *Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*.

Desta particolare interesse inoltre il regime della c.d. *acción pública*[94].

Azione popolare *uti cives*, introdotta già dalla *Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana de 12 de mayo de 1956*, e disciplinata oggi dall'art. 48 del *TR de la Ley del Suelo de 2008*, 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 urbanistica[95].

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 con-

---

tra TSJ de Navarra 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 …*».

[94] Per un'analisi dell'equivalente istituto nel nostro ordinamento cfr. C. Cudia, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Rimini, Maggioli, 2012, p. 239 ss.

[95] Cfr. L. Parejo Alfonso, *La disciplina urbanistica*, 2 ed., Madrid, Iustel, 2012, p. 151: «*la acción pública consiste en el apoderamiento a todos los sujetos con una acción raccional frente a cualesquiera transgresiones de la ordenación territorial-urbanística*». In giurisprudenza, si veda TS 30 de octubre de1997; 11 de junio de 2003.

venzioni devono ora essere sottoposte, ne scaturisce un circolo virtuoso di partecipazione e controllo da parte dei cittadini, a garanzia dell'interesse pubblico alla tutela dell'ambiente e ad una ordinata e corretta gestione del territorio[96].

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'ordinamento[97].

Ulteriore forma di controllo generalizzato, per il tramite processuale, sui *convenios urbanísticos* può infine 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*». È semplicemente il voto contrario e la qualità di *miembro de la corporación* che, in questo caso, legittima l'azione processuale[98].

---

[96] 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*, cit., p. 116.

[97] 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 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 3 de abril de 2003.

[98] 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 7 de novembre de 1985 e 22 de octubre de 1992.

Parte Quarta
RIFLESSIONI PER UNA CONVERGENZA DI SISTEMA

Capitolo I

IL PRINCIPIO DI CONSENSUALITÀ

Sommario: 1. Esiti della comparazione e riflessioni per una convergenza di sistema attorno al principio di consensualità nell'azione amministrativa. – 2. L'amministrazione consensuale della p.a. in Italia. La ricezione del modello tedesco e la reiezione delle tesi francesi. – 2.1. L'affermazione del principio di consensualità in Italia. Convergenze e divergenze con Francia, Germania e Spagna. – 2.2. Gli accordi amministrativi in Italia. Convergenze e divergenze normative con l'*öffentlich-rechtlicher Vertrag* e l'*acuerdo administrativo consensual*. In particolare: l'oggetto, la tutela del terzo, l'invalidità e il recesso. – 2.3. Gli accordi urbanistici in Italia, gli *städtebaulichte Verträge* in Germania e i *convenios urbanísticos* in Spagna. – 3. Il principio di consensualità come principio generale del diritto amministrativo negli Stati europei. – 3.1. Il gruppo francese (Francia, Paesi Bassi, Belgio e Grecia). – 3.2. Il gruppo tedesco (Germania, Austria, Svizzera e Polonia). – 3.3. Il gruppo a influenza franco-tedesca (Italia, Spagna, Portogallo, Svezia e Finlandia). – 3.4. Il gruppo britannico (Gran Bretagna, Irlanda, Danimarca e Norvegia). – 3.5. Il principio di consensualità come principio generale nell'azione delle pubbliche amministrazioni europee. – 3.6. Il principio di consensualità come principio generale del diritto amministrativo italiano e il falso problema dell'art. 13 l. n. 241/1990. – 3.7. Il principio di consensualità come principio fondamentale del governo del territorio.

1. *Esiti della comparazione e riflessioni per una convergenza di sistema attorno al principio di consensualità nell'azione amministrativa*

Alla luce dello studio degli ordinamenti stranieri sin qui compiuto è possibile ora collocare nel quadro così delineato il sistema italiano, per verificare come il principio di consensualità sia andato affermandosi anche nel nostro ordinamento e quali siano state le ricadute sul piano positivo, in termini di disciplina degli accordi amministrativi e degli accordi di pianificazione.

Proprio lo studio dei principali modelli stranieri induce a ritenere che la consensualità amministrativa abbia, in fondo, comuni radici giuridiche in tutta Europa, ivi incluso il nostro Paese.

Il che porta a chiedersi se oggi, in un consolidato spazio amministrativo europeo, non possa anche parlarsi del principio di consensualità in termini di principio generale del diritto amministrativo comunitario.

A tal fine, pertanto, andranno compiute ulteriori considerazioni che acquisiscano i necessari supporti dalla dimensione comparata ed europea che qui si è voluto assumere.

Di seguito, perciò, si trarranno anzitutto le fila della comparazione sin qui svolta, cercando, nei limiti del possibile, di sondare analogie, differenze e reciproche influenze tra l'Italia e gli ordinamenti stranieri oggetto del nostro studio. Successivamente, tenteremo di rinvenire, per brevi cenni, l'esistenza di forme di negoziazione del potere pubblico anche in altri Stati, al fine di tracciare una mappa amministrativa della consensualità in Europa.

La non esatta corrispondenza tra la diffusione di strumenti consensuali pubblico-privato con la ripartizione per reciproche aree di influenza dei vari Paesi membri, che la più recente scienza del diritto amministrativo comparato ci ha consegnato, ci indurrà a prime considerazioni conclusive a proposito del principio di consensualità come principio generale nell'azione delle pubbliche amministrazioni europee. Ne discenderanno, a chiusura del sistema, ulteriori riflessioni a proposito degli effetti che una simile qualificazione può produrre "di ritorno" nel nostro ordinamento.

2. *L'amministrazione consensuale della p.a. in Italia. La ricezione del modello tedesco e la reiezione delle tesi francesi*

Nell'approcciarsi al tema dell'amministrazione consensuale, l'Italia, come noto, nell'alternativa tra le soluzioni offerte dal modello tedesco e quelle opposte del sistema francese, aderì alle prime.

La letteratura tedesca sull'*öffentlich-rechtlicher Vertrag* spiegò un'innegabile influenza sulla dottrina italiana almeno a partire dalla fine dell'Ottocento, mentre non si rinvengono significativi elementi di assonanza tra i due sistemi nelle prime teorizzazioni.

Nel pieno di una concezione ancora panprivatistica, le relazioni tra amministrazione e privato erano integralmente rette dalle norme del codice civile ed il contratto italiano costituiva per certi versi l'antitesi del contratto di assoggettamento tedesco[1].

Il dibattito sul contratto di diritto pubblico si affaccerà invece

[1] Cfr. F. Ledda, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, cit., p. 19 ss. Il contratto di diritto privato rappresentava infatti uno dei più importanti *modus agendi* dell'amministrazione, mentre non ricorrevano remore di alcun genere, di ordine teorico o normativo, tali da negare la sua attitudine al perseguimento di finalità pubbliche o tali da destituire di ogni giuridico fondamento l'amministrazione che contratta e che agisce de *gré à gré* con i cittadini. Così G. D. 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». Il contratto di diritto privato veniva così applicato per spiegare le concessioni, le autorizzazioni, ma anche quegli atti, quali l'espropriazione di pubblica utilità, che sarebbero poi stati denominati ablatori. Allo stesso modo, nelle *Instituzioni di diritto amministrativo* del 1879, opera alla quale si riconduce la prima trattazione unitaria e ragionata degli atti amministrativi dopo l'Unità d'Italia, Meucci concepiva tali istituti come retti dal diritto civile. Così, 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. sul punto anche G. Miele, *La manifestazione di volontà del privato*, Roma, 1931, p. 15, e per una ricostruzione più ampia del tema L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo italiano*, Laterza, Bari, 2001, in particolare, p. 201 ss.; B. Sordi, *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, cit., in particolare, pp. 27-209; Id., *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocenteschi a confronto*, cit., 1995, p. 483 ss.; A. Sandulli, *Costruire lo Stato: la scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, Giuffrè, 2009. Per un'analisi della giurisprudenza del tempo, vd. M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle Pubbliche Amministrazioni*, Napoli, Jovene, 1981, p. 8 ss.

nel nostro Paese, sull'onda della pubblicizzazione del diritto amministrativo, solo dopo circa un ventennio rispetto alla Germania. E sebbene all'inizio esso venne importato in Italia solo per farne oggetto di dura critica, furono le reazioni teoriche alla dogmatica unilaterale ed anticontrattualista a sancirne il pieno e legittimo ingresso anche nella disputa italiana[2].

Fu così proprio il ritardo con cui la nostra dottrina si avviò su questi temi a renderla, almeno fino all'inizio degli anni Cinquanta, quasi del tutto subalterna rispetto alle elaborazioni tedesche. Ciò che, in fondo, rispecchia un più generale fenomeno di dipendenza del nostro diritto amministrativo dalle elaborazioni che andavano parallelamente formulandosi in Germania[3].

---

[2] Sul finire del XIX secolo, furono Cammeo e Ranelletti ad introdurre nel nostro Paese, seppur contestandola, la teorica tedesca sul contratto di diritto pubblico. Si vedano i cospicui ragguagli sulla dottrina di Laband e di Jellinek, oltre che dello stesso Mayer, presenti in F. Cammeo, *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico. (Contratto di diritto pubblico)*, in *Giur. It.*, 1900, parte IV, in particolare col. 5 ss., e in O. Ranelletti, *Teoria Generale delle autorizzazioni e delle concessioni amministrative. Parte I. Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. It.*, 1900, Parte IV, in particolare col. 72 ss. (testo e note). Sotto gli effetti della c.d. «pan-pubblicizzazione», si faceva strada, infatti, l'idea dell'esistenza di un nesso necessario ed imprescindibile tra l'atto amministrativo unilaterale ed imperativo e l'interesse pubblico, sulla base dell'antica distinzione romanistica – riconducibile ad Ulpiano – tra *ius publicum* e *ius privatum*, incentrata sul criterio discretivo dell'*utilitas singulorum*. Ne discendeva ormai una netta separazione tra il diritto privato, che concerne l'interesse individuale e copre l'area in cui domina il contratto, e il diritto pubblico che riguarda l'interesse pubblico e alla cui cura è preposto esclusivamente l'atto amministrativo unilaterale. Così, Cammeo sosteneva che «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, p. 7. A sua volta, Ranelletti riteneva che concependo l'atto di concessione come «il risultato dell'incontro e dell'unione delle dichiarazioni di volontà del privato come tale e, dell'amministrazione pubblica come tale, si va incontro alla difficoltà o di dover ammettere l'esistenza di un atto di natura pubblica e privata insieme …, il che è assurdo, perché la natura dell'atto non può essere che una; o di dover ammettere l'esistenza di un atto di natura né pubblica né privata ma ibrida» ed a ciò non si potrebbe giungere almeno «finché un'espressa disposizione di legge non ci obblighi ad ammetterlo». Così, O. Ranelletti, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. It.*, 1894, IV, p. 7 ss. Sulla distinzione tra diritto pubblico e privato, cfr. S. Pugliatti, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.* XII, 1964. L'espressione «pan-pubblicizzazione» si deve, come noto, a M. D'Alberti, in *Le concessioni amministrative*, cit., p. 49.

[3] Come nota M.S. Giannini: «La scienza italiana del diritto amministrativo ebbe … uno sviluppo in parte diverso… La minore importanza acquisita dalla pandetti-

Pressoché nulla fu invece l'influenza del modello proveniente dalla Francia[4].

La forza del codice civile e la pregnanza del diritto comune avevano permeato talmente tanto le coscienze giuridiche italiane, che anche nelle trattazioni di quegli autori che più di tutti subivano l'influenza francese[5] si era ben lontani dal pensare che il nostro diritto pubblico possedesse, sull'esempio del *contrat administratif*, un proprio ed esclusivo modello contrattuale.

D'altra parte, neppure la teoria francese degli accordi normativi tra amministrazione e privato, sulle c.d. *conventions à effets réglementaires*, e ancor prima quella sull'*union* e la *convention-loi* fecero breccia in Italia[6].

Il principio di relatività degli effetti del contratto risultò limitare, in questo senso, anche quelle successive costruzioni pubblicistiche, che videro comunque nella convenzione la fonte prevalente del solo rapporto tra concedente e concessionario[7].

---

stica, la mancanza di uno *Staatsrecht* e il nostro senso del diritto positivo, ne permisero un'elaborazione più diretta sulle fonti. Tuttavia, data l'iniziale aderenza ai modelli germanici, se un influsso di altre problematiche vi è stato, esso fu soprattutto della problematica della scienza germanica del diritto amministrativo; quindi noi ricevemmo la problematica pandettistica, si potrebbe dire, di secondo grado». La progressiva emancipazione del diritto amministrativo italiano dai diritti stranieri si avrà invece solo a partire dalla fase post-bellica. Sicché con orgoglio Giannini scriveva: «non appare affatto esagerato affermare che la scienza italiana del diritto amministrativo ha oggi un primato su quelle che già le furono maestre». Cfr. M. S. Giannini, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, cit., in particolare, p. 255 ss.

[4] F. Ledda, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, cit., pp. 20-21.

[5] Si veda, in particolare, G. Mantellini, *Lo Stato e il codice civile*, II, Firenze, Barbera, 1882, p. 487 ss; p. 508 ss.; G. Giorgi, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, I, Firenze, 1889, p. 376; L. Meucci, *Instituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1982, p. 182 ss.

[6] È nella trattazione di S. Romano, contenuta nel suo *Corso di diritto amministrativo*, che tuttavia si colgono i riflessi della *convention-loi* di Duguit ma anche della *Vereinbarung* di Anshütz. Alla figura degli accordi normativi – «atti, con cui si regolano non rapporti particolari e concreti, ma una serie indefinita di rapporti, ponendo norme di diritto oggettivo» – anche quest'autore riconduceva pertanto i trattati internazionali e, nel diritto interno, i contratti collettivi di lavoro. S. Romano, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1930, p. 182 ss.

[7] Per Forti, ad esempio, la concessione, in quanto contratto di diritto pubblico, era sì la fonte di due distinti rapporti, uno squisitamente contrattuale, tra concedente e concessionario, e l'altro di carattere normativo tra amministrazione ed utenti del servizio. Tuttavia, la fondamentale differenza tra la costruzione italiana e

Del resto, anche chi avvertiva più da vicino la questione e si dimostrava sensibile ed attento alle elaborazioni compiute in quegli stessi anni oltralpe, finì comunque con l'accedere ad una costruzione duale e mai unitaria, ove le «clausole regolamentari» erano pur sempre presenti «nell'atto deliberativo che ha carattere organizzatorio», ed al cui contenuto si obbliga il privato per il tramite del negozio attuativo[8].

Non era dunque concepibile, secondo la nostra dottrina, una categoria che fondesse insieme clausole contrattuali e clausole regolamentari: queste ultime rimanevano nell'atto unilaterale, la sola fonte di disciplina dello svolgimento del servizio pubblico.

2.1. L'affermazione del principio di consensualità in Italia. Convergenze e divergenze con Francia, Germania e Spagna

Volendo a questo punto ricavare i punti di contatto tra l'Italia e gli altri Stati presi in considerazione, può qui anzitutto riconoscersi come il processo di giustificazione della negoziabilità del potere pubblico si svolge ovunque nei medesimi modi e con le medesime argomentazioni. Fasi, tappe e momenti della consensualità amministrativa coincidono.

Tuttavia, occorre pure tener presente che, almeno agli inizi, ed a differenza della discussione che si sviluppò a partire dagli anni Cinquanta proprio sulla base delle prime premesse teoriche, il problema dogmatico non veniva ancora posto né percepito in termini di sostituibilità dell'atto unilaterale con uno consensuale[9], ma era dato dall'im-

---

quella francese stava nel fatto che mentre la prima riconosce che gli atti di disciplina del servizio pubblico saranno assunti dall'amministrazione in un momento successivo, proprio in esecuzione della specifica obbligazione posta a carico del soggetto pubblico e dedotta nel contratto di concessione; nel modello francese, la disciplina del servizio è già contenuta nel negozio, per il tramite dell'inserimento delle *clauses réglementaires*. Non quindi due distinti rapporti retti da diversi atti (contrattuali ed unilaterali) ed adottati in momenti distinti, ma due diverse tipologie di clausole (contrattuali e normative) in seno ad un unico documento. Cfr. U. Forti, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. It.*, 1900, IV, p. 369 ss.

[8] E. Silvestri, *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.* VIII, 1961, p. 376.

[9] In Italia, significativo punto di svolta fu infatti rappresentato dalle tesi di A. Amorth circa la surrogabilità del mezzo pubblico, il provvedimento, con quello privato, il contratto, per la cura di interessi pubblici. L'A. partiva dal presupposto che l'attività «esplicata dalle pubbliche amministrazioni per realizzare le loro determinazioni fondamentali» potesse essere retta da «norme che valgono … per i comuni

pellenza dogmatica di dover dare sistemazione a fattispecie in cui non era più possibile considerare ininfluente la dichiarazione di volontà del privato, nell'instaurazione del rapporto amministrativo[10].

Fu questo un aspetto cruciale per tutta la dottrina amministrativa europea, in cui non mancarono gli slanci in avanti da parte della stessa dottrina italiana del tempo[11].

È perciò possibile ritenere che è proprio dagli esiti cui condurrà questo dibattito, che dipenderà l'accoglimento nei distinti ordinamenti nazionali della figura dell'accordo amministrativo, integrativo o sostitutivo del provvedimento.

Ad ogni modo, ed almeno in prima battuta, le giustificazioni teoriche e dogmatiche si rinvengono sempre in termini analoghi, a cominciare dal processo di relativizzazione della nozione di contratto, che costituirà il presupposto logico da cui partire per poter poi spiegare la negoziazione del potere pubblico.

La tendenza della dottrina pubblicista fu quindi quella di identi-

---

soggetti giuridici» (p. 280.). È la c.d. *attività amministrativa di diritto privato*. La sua ricerca fu quindi rivolta proprio verso quelle norme giuridiche che consentono all'amministrazione, espressamente o in via d'eccezione, di sottrarsi allo strumento pubblicistico per ricorrere a strumenti di diritto privato. Sarebbe stato quindi possibile per la p.a. 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. Cfr. A. Amorth, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, vol. III, 1938, p. 455 ss., ora in *Scritti giuridici,* 1931-1939, vol. I, Milano, Giuffrè, 1999, p. 273 ss.

[10] Così anche S. Civitarese Matteucci, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, cit., p. 34.

[11] L'innovatività della tesi di Forti – il primo ad aver accolto espressamente la teoria dell'*öffentlich-rechtlicher Vertrag* – stava infatti non solo nel dar vita alla figura delle c.d. concessioni bilaterali, con le quali si obbligavano, rispettivamente, il privato a svolgere un servizio pubblico e l'amministrazione ad emanare gli atti necessari a che quel servizio potesse essere esercitato, ma soprattutto nell'affermare che quando l'amministrazione emana quegli atti, comunque espressione di *imperium*, ciò fa in *esecuzione* del contratto. In tal modo, l'A. deduceva il potere nel contratto e faceva del suo esercizio l'oggetto specifico della prestazione posta in capo all'amministrazione. In questo senso, il Forti si spingeva ben oltre il limite lambito da G. Jellinek e Laband con il contratto di assoggettamento, mentre bisognerà attendere almeno quindici anni perché la critica di Kelsen attecchisca, grazie ad Apelt, in una declinazione di tipo obbligatorio e patrimoniale dell'*öffentlich-rechtlicher Vertrag.* Cfr. U. Forti, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, cit., p. 427.

ficare nell'accordo di volontà e non nel contratto il nucleo essenziale di qualsiasi relazione bilaterale, volta alla creazione di un vincolo giuridico tra due o più soggetti anche di natura giuridica diversa.

È l'accordo di volontà la figura generale: *eine allgemeine Rechtsform* secondo G. Jellinek; mera formula descrittiva diranno E. García de Enterría e T.R. Fernández Rodriguez. *Tout accord de volonté n'est pas nécessairement un contrat*, sosterranno infine i francesi[12].

È dall'accordo di volontà perciò che si diramano ovunque le figure della *Vereinbarung* e della *Vertrag*; del *convenio* e del *contrato*; della *convention* e del *contrat*, e, non per ultimo, della convenzione e del contratto.

Allo stesso modo, analoghe furono pure le argomentazioni necessarie per giustificare la diversità strutturale tra le due figure così delineate.

La convenzione e il contratto differiscono per la natura dell'interesse perseguito dalle parti, per lo scopo che le anima e per il conseguente contenuto delle rispettive dichiarazioni di volontà.

Così, come per primi fecero Laband, Binding e G. Jellinek e in Francia Duguit e la sua scuola, anche in Italia, si sostenne che dal perseguimento di un comune interesse (pubblico), dall'incontro consensuale tra parti aventi interessi «comuni e non collidenti» e dalla conseguente convergenza tra dichiarazioni di volontà di egual contenuto origina la fattispecie convenzionale, più frequentemente conclusa tra soggetti pubblici[13].

---

[12] Sembra, in fondo, ritrovarsi il medesimo adagio anche nelle osservazioni di F. Carnelutti, che nelle sue brevi note su *Contratto e diritto pubblico*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1929, I, p. 659 ss., 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).

[13] 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 te-

Nonostante, perciò, la piena adesione ad una costruzione autoritativa ed imperativa dei rapporti tra p.a. e privato, in Italia, anche coloro che si proclamarono convinti anticontrattualisti non disconobbero la presenza del negozio nelle relazioni bilaterali tra soggetti pubblici, stante l'assenza del contrasto tra gli interessi perseguiti. Dato, questo, che portava appunto a valorizzare la natura convenzionale del rapporto, secondo il modello tedesco della *Vereinbarung* e della *Gesamtakt*[14].

Ad esse si contrapponeva il contratto, frutto dell'incrocio di volontà tra loro contrapposte, perché volte l'una alla cura dell'interesse pubblico, l'altra al perseguimento di un interesse privato.

Solo chi sosteneva che un contratto di diritto pubblico potesse darsi tra amministrazione e privato arrivava a riconoscere che in tanto volontà formalmente e sostanzialmente divergenti possono integrarsi in un unico atto bilaterale, in quanto esse hanno contenuti e cause corrispondenti e reciproche[15].

---

orizzazione in M.S. Giannini. Cfr. E. Presutti, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Napoli, 1904, p. 311; F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1919, p. 529 ss.; L. Raggi, *Sull'atto amministrativo (concetto, classificazione, validità)*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1917, I, p. 187. Già G. Pacinotti, in *Saggio di studi su i negozi di diritto pubblico*, in *Arch. giur.*, 1903, p. 185 ss., faceva invece riferimento «non ai negozii 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).

[14] Il primo studio italiano che palesa una profonda influenza del modello tedesco, come, in particolare, rappresentato dal saggio di J.E. Kuntze, *Der Gesamtakt, ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig, 1892, fu quello di V. Brondi, *L'atto complesso nel diritto pubblico*, in *Studi giuridici dedicati ed offerti a Francesco Schupfer*, Torino, Fratelli Bocca, 1898, III, p. 553 ss. Alla costruzione dell'atto complesso nel senso di una convergenza di più atti unilaterali perveniva anche 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 diversi. U. Borsi, *L'atto amministrativo complesso,* Torino, 1903, ora in *Studi di diritto pubblico*, Padova, 1976, p. 203 ss. Sulle tesi di U. Borsi, cfr. G.D. Comporti, *L'atto complesso di Umberto Borsi e il coordinamento procedimentale: ovvero il nome e la cosa*, in *Dir. amm.*, 2, 2005, p. 275 ss. Sulla medesima costruzione dogmatica si veda anche D. Donati, *Atto complesso, autorizzazione e approvazione*, in *Arch. giur*. LXXI, 1, 1903, pp. 3 ss. Per ulteriori riferimenti alla figura cfr. F. Migliarese, *Atto complesso*, in *Enc. giur.*, IV, 1988; R. Lucifredi, *Atti complessi*, in *Nov.mo dig. it.*, I, 1958, p. 1500 ss. Quanto alla ricezione della *Gesamtakt* in Italia, cfr. anche F. Cortese, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, Franco Angeli, 2012, p. 39 ss.; M. D'Orsogna, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005, p. 88 (n. 41) e 90 (n. 43).

[15] Così, secondo U. Forti, nel suo contributo già altrove citato, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, contratto di diritto pubblico si poteva avere

Corrispondenza e reciprocità significativamente individuate, poi, nella volontà di stabilire una collaborazione necessaria tesa ad un comune effetto. E la cura dell'interesse pubblico mediante soddisfazione dell'interesse privato diveniva la causa stessa, perché lecita dell'obbligarsi[16].

Nell'insieme, anche la dottrina italiana del contratto di diritto pubblico riuscì perciò a dimostrare, ancora con l'ausilio delle argomentazioni tedesche, che era possibile superare le obiezioni rivolte in astratto contro il ricorso a strumenti propri del diritto privato nelle aree coperte tradizionalmente dal provvedimento amministrativo[17].

Così, mentre il *Conseil d'Etat* affinava il principio de l'*interdiction à l'autorité de police de faire recours à une technique d'ordre*

---

quando la volontà dell'amministrazione e quella del privato si intrecciano «in modo da stabilire qualcosa di comune», originando una «fisionomia giuridica contrattuale» (p. 396). Ferma restando perciò 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 rapporto» (p. 418). E si tratta di un contratto in cui l'amministrazione «interviene come tale» e che riguarda diritti anche di «natura pubblica» (p. 398). Anche secondo A. De Valles, il contratto di diritto pubblico veniva in essere «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». Cfr. A. De Valles, *La validità degli atti amministrativi*, Roma, 1917, p. 28.

[16] Come noto, 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 Cantucci. Cfr. P. Bodda, *La nozione di "causa giuridica" della manifestazione di volontà nel diritto amministrativo*, Torino, 1933, p. 5 ss.; Id., *Ente pubblico, soggetto privato e atto contrattuale,* Pavia, 1937, p. 64 ss.; M. Gallo, *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, 1936, p. 99 ss.; Id., *Sul così detto contratto di diritto pubblico*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1935, I, p. 579 ss.; Id., *Contratto di diritto pubblico*, in *Nov.mo dig. it.*, 1959, p. 645 ss.; M. Cantucci, *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 1941, p. 36 ss.

[17] Dopo Cammeo e Ranelletti, fu, in particolare, Guicciardi che riesaminò la questione, giungendo a negare qualsiasi possibilità di concreta esistenza alla figura del contratto di diritto pubblico, facendo valere l'inconciliabilità dei caratteri propri ed irrinunciabili del potere amministrativo – l'autotutela, in particolare – con i caratteri propri del diritto contrattuale. La 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'irrilevanza 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». Cfr. E. Guicciardi, in *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, p. 221 ss.

contractuelle; in Germania, in Italia ma anche in Spagna, con l'avvento dello Stato sociale, si relativizzava la contrapposizione tra interesse pubblico e interesse privato, e la volontà del singolo diveniva necessaria anche per orientare le sue attività economiche a finalità sociali, comunitarie e collettive.

L'impiego di strumenti consensuali sembrava, allora, la soluzione più opportuna.

E se pure non mancarono anche nella prassi francese i c.d. *contrats de collaboration* e la dottrina andava qualificando questo nuovo fenomeno sotto l'espressione di *administration contractuelle*, neppure in questo momento, il *Conseil d'Etat* ammise paradigmi consensuali unitari diversi dal *contrat administratif*, per giustificare le relazioni tra pubblica amministrazione e privati.

D'altra parte, per accettare il contratto di diritto pubblico occorreva pure ricondurre l'incrocio di volontà su un piano di uguaglianza giuridica delle parti. In tal senso, la limitazione, d'origine tedesca, dei casi di disparità tra amministrazione e privato alla sola ipotesi di stato passivo o rapporto di soggezione e l'enucleazione di uno *status libertatis* divenivano, insieme al principio di legalità e allo Stato di diritto, le giustificazioni teorico-filosofiche dello stesso contratto di diritto pubblico[18].

È perciò con ogni probabilità l'*étatisme* che connota e struttura ancora oggi le relazioni tra Stato e cittadini francesi ad impedire, financo ai nostri giorni, che la *puissance publique* – come l'*Herrschaft* di Mayer – possa divenire l'oggetto di un contratto.

Certamente fiorirono anche in Italia le tesi negative.

Ritenute infatti non decisive le argomentazioni tradizionali volte a confutare l'esistenza del contratto pubblicistico, quali la disugua-

[18] Ne derivava che nei rapporti ove l'amministrazione fa uso di "poteri di supremazia", la subordinazione del privato può sussistere nei limiti della preventiva autorizzazione della legge; nei rapporti volontari, la posizione di soggezione del cittadino può discendere unicamente dal suo consenso iniziale. La prima conclusione che Miele, per esempio, traeva da tali presupposti 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: «lo Stato non può, in difetto di apposita norma legislativa, procurarsi la collaborazione dei suoi cittadini, che mediante il loro volontario assoggettamento». Cfr. G. Miele, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, cit., p. 3.

glianza delle parti, la condizione di monopolio nella quale opererebbe la p.a., e la stessa inconciliabilità della clausola *rebus sic stantibus* con la stabilità del vincolo contrattuale[19], si procedette ad una nuova impostazione del problema. Del resto, in questo periodo, anche in chi sosteneva ancora le ragioni del contratto di diritto pubblico si compie un netto distacco rispetto alle convinzioni della prima dottrina[20].

Occorreva ora discutere apertamente della deducibilità del potere pubblico in un'obbligazione contrattuale[21]. E si faceva avanti l'i-

[19] Così, a proposito della disparità tra singolo e amministrazione, si osservava che anche nei rapporti contrattuali tra privati le parti possono essere in posizione di disparità e che anche i privati possono agire in condizione di monopolio nella conclusione di alcuni contratti. Quanto, invece, alle obiezioni basate sull'inconciliabilità tra la clausola *rebus sic stantibus*, l'autotutela amministrativa e la stabilità del vincolo contrattuale si notava che anche la modifica o il recesso dal contratto diritto privato può intervenire su richiesta di uno soltanto dei contraenti. Cfr. C. Vitta, *Diritto Amministrativo,* Torino, 1955, p. 395 ss.; 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 descriveva il contratto di diritto pubblico secondo una definizione analoga a quella che, di lì a poco, avrebbe utilizzato il legislatore tedesco: «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).

[20] Cfr. A.M. Sandulli, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Napoli, Jovene, 1954, p. 200, secondo cui, in mancanza di una disciplina specifica di matrice pubblicistica, il regime giuridico applicabile doveva essere quello di diritto comune. Nel suo *Corso di diritto amministrativo*, Zanobini invece 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, Giuffrè, 1950, p. 189-190. Invero, già in precedenza, in un saggio risalente ai primi anni del Novecento, Zanobini si era espresso a favore della natura pubblica dei negozi dell'amministrazione, allorché affermava che «forse non è neppure corretto il dire che, quando essi [gli enti pubblici] compiono dei negozi che trovano la loro fonte prima nel diritto privato, pongano in essere veramente degli atti di diritto privato». Cfr. Id., *Sull'amministrazione pubblica del diritto privato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 3, 1918, p. 192.

[21] Come affermò Virga, «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 contat-

dea, non del tutto infondata, che la collocazione negoziale dell'esercizio del potere potesse creare un *vulnus* ai principi di imparzialità ed indipendenza, sottesi alla cura dell'interesse generale.

Disagio questo avvertito un po' ovunque dalla dottrina europea, anche in quella che ammetteva la figura del contratto di diritto pubblico[22].

Perciò, proprio chi nel nostro Paese intendeva dare una risposta negativa alla questione della negoziabilità, ora prendeva a prestito le tesi negative di origine mayeriana, ora recuperava le costruzioni unilaterali elaborate dal *Conseil d'Etat*.

Non è difficile infatti intravedere nelle prospettazioni italiane di questo periodo sia gli schemi del*Verwaltungsackt auf Unterwerfung* sia le soluzioni dell'*accord donné à un acte unilatéral* e dell'*accord comme aménagement procédural d'un acte unilatéral*.

Si sosteneva che la p.a. potesse comunque «subordinare la determinazione del contenuto del proprio provvedimento autoritario … ad una convenzione con i privati», purché la «volontà costitutiva del rapporto» fosse sempre riconducibile al provvedimento dell'autorità. L'accordo o la convenzione, ma anche il semplice consenso del privato si ponevano, in tal caso, come un atto procedimentale di formazione della volontà amministrativa oppure come una condizione di efficacia del provvedimento, a seconda che essi intervenissero o prima o dopo l'emanazione dell'atto medesimo[23].

Dalla radicale incompatibilità tra la stabilità del vincolo contrattuale e la precarietà che caratterizza, invece, l'esercizio del pote-

---

to con la p.a.». Cfr. P. Virga, *Il Provvedimento amministrativo,* Milano, Giuffrè, 1972, pp. 139-140.

[22] Analoghe considerazioni compiranno, in un generale contesto di riconoscimento del contratto di diritto pubblico, in Germania, sia il Fleiner che lo stesso Forsthoff e, in Spagna, qualche tempo dopo, tra gli altri, García de Enterría, T.R. Fernández Rodriguez, Parada Vazquez e Garrido Falla.

[23] Così, il consenso del privato espresso durante il procedimento diveniva presupposto legittimante l'atto dell'autorità nelle convenzioni sottoscritte dai privati prima dell'approvazione dei piani di lottizzazione, negli accordi amichevoli per la determinazione delle indennità di espropriazione e, infine, nel concordato tributario. Andava, viceversa, inteso quale condizione di efficacia la manifestazione di consenso del privato successiva al provvedimento stesso, come nel caso dell'accettazione del decreto di nomina nel pubblico impiego. Cfr. P. Virga, *Il Provvedimento amministrativo*, cit., p. 140; Id., *Contratto (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, IX, 1961, p. 979 ss.

re pubblico così come dall'impossibilità di un incrocio contrattuale tra facoltà eterogenee, l'autonomia negoziale del privato e il potere discrezionale dell'amministrazione, discendeva invece la necessaria affermazione che il contratto di diritto pubblico era figura aliena, che non poteva avere giustificata presenza nel mondo delle relazioni tra amministrazione e 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 pubblico[24].

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

È del resto singolare notare come mentre in Italia e contemporaneamente in Germania si riaffacciano posizioni anticontrattualiste, la dottrina minoritaria francese, facente capo alla scuola di Eisenmann, proprio in quegli stessi anni, elaborava una teoria del tutto aperta alla possibilità di un contratto di diritto pubblico secondo l'accezione che qui si impiega.

D'altra parte, è proprio in questo momento che si segna quella divaricazione tra il modello tedesco e quello italiano, che porterà l'uno a collocare l'*öffentlich-rechtlicher Vertrag* nella disciplina legislativa del procedimento amministrativo; l'altro a dover attendere ancora un altro ventennio per giungere al medesimo risultato.

Mentre infatti in Germania, superato il criterio della *Subjektstheorie* e della *Interessentheorie*, si ricavava proprio dall'oggetto pubblico la natura altrettanto pubblica dell'intero rapporto; in Italia, l'aver ripristinato il contratto privatistico nella sua univocità concettuale comportò invece il rifiuto di un suo accesso indiscriminato nel campo del diritto pubblico, che portava a rigettare, ancora una volta, anche la diversa fattispecie del *contrat administratif*.

Per cui anche chi ammetteva che nel contratto potesse essere in-

[24] Cfr. F. Gullo, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965, p. 284. Si noti che questo adagio ritornerà anche in M.S. Giannini, *L'attività amministrativa*, Roma, Jandi Sapi Editori, 1962, p. 18; p. 86.

trodotto un oggetto pubblico di cui solo l'amministrazione può disporre – *res extra commercium* secondo le normali regole codicistiche[25] – di fatto si scontrava con «l'esigenza che in ordine ad esso si disponga con le cautele e le garanzie che solo assicura l'imprescindibilità di provvedere mediante atti amministrativi»[26].

E si finiva o con il dover inevitabilmente accogliere la teorica dualistica della concessione-contratto[27] o con il dover ricorrere al contratto di diritto privato, retto interamente dalle norme di diritto comune[28], il cui oggetto pubblicistico consisteva nell'«impegno

[25] Era tale – secondo M.S. Giannini – il contratto che avesse avuto un oggetto che sarebbe stato impossibile dedurre in un contratto tra privati. Non dunque un contratto caratterizzato dalla presenza di *clauses exorbitants de droit commun*, come nel caso dei *contrats administratifs*, ma un negozio vertente su un bene di cui solo l'amministrazione può disporre. Cfr. M.S. Giannini, *L'attività amministrativa*, cit., p. 86 ss. Sulla comparazione tra contratti di diritto pubblico e *contrats administratifs*, risolta nel senso di un'irriducibilità dei primi nei secondi, *ivi*, p. 51. Alla tesi del contratto ad oggetto pubblico accede, come noto, anche F. Ledda. L'A. facendo proprie le argomentazioni di Mayer e di Fleiner, ulteriormente osservava che né le poche norme sparse nell'ordinamento giuridico italiano su forme di regolamentazione consensuale dei rapporti pubblico-privati potevano avere una portata tale da giustificare il contratto di diritto pubblico come figura autonoma; né era sufficiente il richiamo ai principi generali dell'ordinamento per estendere al contratto di diritto pubblico il principio *pacta sunt servanda*, in quanto si dava per dimostrato ciò che invece era ancora da dimostrare. Cfr. F. Ledda, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, cit., p. 57 ss.

[26] Cfr. F. Gullo, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, cit., p. 273.

[27] È stato non a caso notato che fu proprio l'elemento del collegamento tra il contratto ad oggetto pubblico ed il provvedimento amministrativo a consentire a Giannini di realizzare un sistema coerente. Nelle fattispecie proposte dall'A., con la sola esclusione dei contratti sostitutivi, era cioè proprio la connessione esterna tra i due atti a permettere al provvedimento di assorbire in sé la cura dell'interesse pubblico, e al contratto di mantenersi sui profili patrimoniali del rapporto. Non a caso, anch'egli 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». Cfr. M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, I, p. 740. Sul punto, si vedano le osservazioni di G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., p. 142 e di G. Greco, *Accordi amministrativi*, cit., p. 37.

[28] Se l'unica forma contrattuale concepibile era quella prevista dal codice civile, nella quale erano da ricondurre anche le convenzioni amministrative, la collocazione interamente privatistica delle stesse veniva rafforzata dall'impiego dell'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, *ex* art. 1467 c.c., della clausola risolutiva espressa e del recesso di cui all'art. 1373 c.c. per spiegare l'annosa questione della revoca. Cfr. M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative*, cit.,

[dell'amministrazione] di adottare una deliberazione, o … di emettere un atto amministrativo», così come in quello di «rinunciare all'uso di potestà pubblicistiche»[29].

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 efficacemente spiegata e giustificata soltanto 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.

---

in particolare p. 339 ss. A. Pizzi, *Le convenzioni amministrative: considerazioni sul regime giuridico applicabile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, p. 288 ss.

[29] A. Bardusco, *La struttura dei contratti delle Pubbliche Amministrazioni. Atti amministrativi e negozi di diritto privato*, Milano, Giuffrè 1974, p. 83. *Contra*, R. Ferrara, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1985, che non solo rifiutava in radice 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». E ciò in quanto «l'esercizio di un potere dispositivo ad opera del soggetto privato non può incidere sul dispiegamento delle potestà pubblicistiche» (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 M. Costantino (a cura di) *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, Milano, Giuffrè, 1978, p. 236. Dello stesso avviso era anche 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*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 1983, in particolare, p. 296 ss.

Abbandonata l'idea del contratto di diritto pubblico, vero *monstrum* concettuale, si affacciò così una nuova categoria di «atti e rapporti convenzionali, aventi carattere di reciprocità, che possa e debba essere ascritta al diritto pubblico»[30].

Il potere amministrativo può trovare espressione anche in atti bilaterali[31]. Gli atti di adesione alla convenzione, frutto della discrezionalità dell'amministrazione e dell'autonomia negoziale del privato, seppure diversi per natura e disciplina[32], sono coincidenti nel

[30] G. Falcon, *Le convenzioni*, cit., p. 205 ss.; p. 210.

[31] D'altra parte, la stessa giurisprudenza amministrativa si dimostrava ormai 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 procedimento. Tutto ciò, mentre il legislatore aveva già introdotto quelle stesse convenzioni di lottizzazione ampiamente diffuse nella prassi e sulla cui natura giuridica si concentravano ora le riflessioni della dottrina. Per questi aspetti, vd. M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 347, n. 1.; G. Falcon, *Convenzioni e accordi amministrativi – I) Profili generali,* in *Enc. giur.*, IX, 1998, pp. 3-4.

[32] L'affermazione di una generale capacità di diritto privato dell'amministrazione non impediva, al tempo stesso, l'esclusione dell'autonomia negoziale in capo ad essa. L'attività amministrativa spiegata secondo strumenti di diritto privato non era infatti «manifestazione di intrinseca libertà di soddisfacimento dei propri interessi», com'è proprio dell'autonomia negoziale del singolo, ma si caratterizza per la presenza di «dinamiche necessitanti» e doverose. Anch'essa veniva dunque ad essere connotata da quell'imparzialità, di matrice costituzionale e derivante direttamente dal fine generale, che la rendeva uno 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». Cfr. F. Benvenuti, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, CEDAM, 1987, p. 156 ss.; Id., *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 118 ss.; U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, p. 158. 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*, cit., p. 20 ss. Va precisato, tuttavia, che quest'ultimo 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, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, III, 1958, p. 988 ss. Sul tema della doverosità della condotta dell'amministrazione, si veda, anche A. Piras, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964, p. 79; F. G. Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, Giuf-

contenuto precettivo, ossia nel risultato cui essi tendono (l'assetto di interessi convenzionalmente definito), ciò che precisamente rende possibile la fattispecie.

Del resto, l'accordo con il singolo privato non si pone in contrasto con l'interesse pubblico, alla cui cura è necessariamente preposta la pubblica amministrazione. Ed anzi esso trova giustificazione e spiegazione proprio nei casi in cui, da un lato, l'interesse pubblico non può essere soddisfatto al meglio mediante il solo intervento dell'amministrazione, necessitandosi della collaborazione e dell'apporto del privato, e, dall'altro, quest'ultimo non può conseguire individualmente i propri interessi, ma necessita dell'esercizio di poteri amministrativi[33].

È tra gli anni Settanta e Ottanta, perciò, che mentre nel diritto francese, nonostante le non poche voci contrarie, si consolidavano gli orientamenti espressi dal giudice amministrativo sin dalla nota sentenza *Ville de Castelnaudary* e in Germania si lavorava al *Verwaltungsverfahrensgesetz*, in Italia si affermavano le convenzioni pubblicistiche.

Tuttavia, benché l'ordinamento francese si caratterizzi ancora oggi per una generale posizione di chiusura rispetto alla negoziabilità del potere pubblico, il ricorso a moduli consensuali è innegabilmente presente anche nella prassi amministrativa francese.

Del resto, la stessa esperienza giuridica spagnola sta a dimostrare come la circolazione dei formanti giuridici tra le diverse famiglie del diritto amministrativo europeo renda perfettamente pos-

---

frè, 1971, p. 26 ss.; E. Cardi, *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*, Rimini, Maggioli, 1983, p. 75 ss.

[33] La presenza dell'interesse pubblico nel combinarsi delle volontà pubblico-privata non comporta quindi la negazione della bilateralità del rapporto, ma mantiene ferma, semmai, la possibilità per l'amministrazione di revocare il proprio atto di adesione negoziale, a fronte di una diversa valutazione dell'interesse pubblico, mutate le condizioni di fatto. La revocabilità è un elemento immanente della fattispecie, ed il privato non può che trovarvisi esposto, in una posizione di immutabile disuguaglianza. 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. Perciò «gli accordi intorno all'esercizio del potere sono possibili e validi dal punto di vista del diritto pubblico» con la sola precisazione che «ogni obbligo il quale comporti un vincolo del potere è assunto sempre *rebus sic stantibus*». Cfr. 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, Giuffrè, 1978, e ora in *Scritti Giuridici*, t. II, Milano, Giuffrè, 1996, p. 1311.

sibile il passaggio da una preclusione rispetto al principio di consensualità ad un suo progressivo ingresso anche sul piano del diritto.

È 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* ampiamente diffusi nella prassi.

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.

Sembrerebbe 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[34].

*2.2. Gli accordi amministrativi in Italia. Convergenze e divergenze normative con l'*öffentlich-rechtlicher Vertrag *e l'*acuerdo administrativo consensual*. In particolare: l'oggetto, la tutela del terzo, l'invalidità e il recesso*

Venendo quindi alla disciplina positiva dettata per gli accordi amministrativi nel nostro ordinamento, essa risulta, salvo alcune peculiarità, estremamente simile a quella delineata in Germania per l'*öffentlich-rechtlicher Vertrag*, e in Spagna per gli *acuerdos administrativos consensuales*.

Se alcune differenze possono cogliersi, esse vanno ravvisate anzitutto nell'impossibilità nell'ordinamento spagnolo, a differenza di quello tedesco ed italiano, di concepire ancora l'art. 88 della *LRJAP*

[34] Così, S. Giacchetti, *Gli accordi dell'articolo 11 della legge n. 241 del 1990 tra realtà virtuale e realtà reale*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 1997, p. 513 ss.

come una norma che abiliti in via generale il ricorso allo strumento consensuale in alternativa a quello unilaterale.

Questa la direzione intrapresa sin da subito dall'ordinamento tedesco con i §§ 9 e 54 della *VwVfG.* In Italia, invece, occorrerà attendere l'introduzione del principio di atipicità degli accordi sostitutivi[35] con la l. n. 15 del 2005, per ottenere il medesimo risultato.

Venuta, infatti, meno nel testo definitivo l'originaria funzione pensata per l'art. 1 comma 1*bis* della l. n. 241/1990, volta ad affermare una generale predilezione per gli strumenti privatistici rispetto al consueto *modus agendi* autoritativo ed unilaterale; ridimensionata la disposizione ad una mera enunciazione della capacità di diritto privato della p.a. nell'ambito «dell'attività *non* autoritativa»[36], è dalla generalizzazione dell'accordo sostitutivo che si ricava ora la regola della surrogabilità del provvedimento con l'accordo nell'esercizio del potere pubblico[37].

---

[35] È chiaro che in tanto si può parlare di atipicità dell'accordo sostitutivo, in quanto si tenga presente che esso si muove comunque nei limiti dei principi di tipicità e nominatività del provvedimento amministrativo, che di volta in volta è chiamato a sostituire. In questo senso, perciò, l'atipicità dell'accordo non può essere ritenuta analoga a quella che l'art. 1322, comma 2 c.c. prevede per il contratto di diritto privato. In questo senso si esprime M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 194. Sugli effetti prodotti dalla l. n. 15/2005, si veda V. Cerulli Irelli, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90*, in www.giustamm.it, 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*, Padova, CEDAM, 2008.

[36] Sul punto, 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 le letture alternative, come quelle che pongono l'accento sul carattere unilaterale degli atti cui il comma 1*bis* si riferisce, con la conseguenza che la norma eleverebbe a categoria generale quella degli atti cosiddetti paritetici o di adempimento. Così, L. Iannotta, *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in www.giustamm.it. Per F. Satta, *La riforma della l. 241/1990: tra dubbi e perplessità*, in www.giustamm.it, 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. Sulle riflessioni scaturite dalla formulazione del comma 1*bis* a proposito del concetto di atto autoritativo, cfr. Aa.Vv., *L'atto autoritativo: convergenze e divergenze tra ordinamenti* (Atti del convegno annuale AIPDA, Bari, 30 settembre-1 ottobre 2011), Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.

[37] Su questi aspetti, si veda anche G. Sciullo, *Profili degli accordi fra amministrazioni pubbliche e privati*, in *Dir. amm.*, 4, 2007, in particolare, p. 813 ss.

Quanto poi allo specifico oggetto dell'accordo o contratto di diritto pubblico, si tratta di un profilo che rimane ancora controverso in Italia, mentre in Germania e in Spagna esso ricade sotto la previsione di specifiche statuizioni di legge.

L'aspetto problematico della questione discende dalla possibilità per le parti di determinare il contenuto negoziale, deducendo prestazioni diverse da quelle previste legislativamente e che l'amministrazione potrebbe già ottenere con un provvedimento e mediante l'esercizio unilaterale del proprio potere. Ciò implica, in astratto, che il contenuto "normale" del provvedimento amministrativo possa subire delle variazioni per effetto della volontà delle parti.

Si tratta quindi di capire 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.

Sul punto, nel nostro ordinamento, non vi è unanimità di soluzioni tanto in dottrina quanto in giurisprudenza. Il dibattito oscilla, come noto, tra due opposte visioni: 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[38].

In questo senso, perciò, l'accordo tende ad assumere le sem-

[38] Cfr. su questi aspetti A. Travi, *Accordi fra i proprietari e comune per modifiche al piano regolatore ed oneri esorbitanti*, cit., p. 274 ss.; F. Fracchia, *L'accordo sostitutivo*, cit., in particolare, p. 275 ss.; E. Bruti Liberati, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 127 ss.; M. Dugato, *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 autorità e consenso*, Milano, Franco Angeli, 2010, p. 73 ss.; N. Bassi, *Difetto assoluto di attribuzione e nullità degli accordi amministrativi: alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Foro amm. TAR*, 2, 2008, p. 329 ss.; E. Buoso, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, cit., p. 293 ss.; M. Cundari, *Il principio di legalità e gli accordi amministrativi*, in *Gior. dir. amm.*, 6, 2011, p. 637 ss. In giurisprudenza si contrappongono sul fronte delle due tesi, da ultimo, rispettivamente T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 12 ottobre 2010, n. 4026; Cons.

bianze 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 accolli prestazioni aggiuntive a titolo di corrispettivo da versare all'amministrazione, per garantirsi il suo consenso.

Tanto il legislatore tedesco quanto quello spagnolo aprono alla possibilità che siano le parti a definire, nel libero gioco contrattuale, il contenuto delle rispettive prestazioni. Tuttavia essi individuano anche specifici limiti volti ad impedire una sperequazione nella disciplina negoziale.

In particolare, la *LRJAP* rivolge una peculiare attenzione alle prestazioni dell'amministrazione, sancendo un generale divieto di alterazione per via di consenso delle responsabilità e delle funzioni dell'autorità relative al funzionamento del *servicio público*. Divieto questo, nel quale si intravedono chiaramente le residue influenze del modello francese e, segnatamente, del divieto per l'amministrazione di disporre liberamente delle competenze che gli vengono attribuite dalla legge.

La *VwVfG*, invece, stabilisce per le prestazioni contrattuali dedotte nell'*Austauschvertrag*, nel contratto di scambio, i requisiti della proporzionalità e dell'adeguatezza delle prestazioni (*Angemessenheit*) e la necessità di un nesso di causalità logica tra le stesse (*Koppelungsverbot*), che garantiscono un riequilibrio negoziale di cui l'accordo amministrativo italiano potrebbe, per converso, risultare carente.

Nulla infatti dispone in proposito la norma italiana. Un simile risultato deve essere conseguito attraverso l'applicazione del principio di proporzionalità, che si pone a un tempo come efficacia dell'azione amministrativa e come garanzia per il privato[39]. Trattandosi

St., Sez. IV, 13 luglio 2010, n. 4545 e T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 8 settembre 2011, n. 2193.

[39] E. Buoso, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, cit., p. 293 ss. Sul principio di proporzionalità, cfr. A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, CEDAM, 1998; D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1998; G. Morbidelli, *I principi del procedimento*, in L. Mazzarolli e altri (a cura di) *Diritto Amministrativo,* Bologna, Monduzzi, 1993, p. 560 ss.; S. Villamena, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, Giuffrè,

del resto di manifestazione alternativa del potere pubblico, l'accordo resterà poi sempre soggetto al sindacato di eccesso di potere del giudice amministrativo, che consentirà di valutare anche la ragionevolezza della pattuizione.

Con riferimento alla tutela del terzo, anche qui la nostra disciplina appare carente, se confrontata con l'analoga disposizione tedesca. La norma spagnola non contiene invece alcun riferimento in proposito. Unica disposizione rispondente a queste finalità si riferisce infatti al solo soggetto pubblico. Il vuoto normativo viene colmato, pertanto, attraverso l'applicazione in via analogica delle disposizioni del codice civile, che dispongono la nullità dei contratti conclusi *en perjuicio de tercero*.

L'art. 11 comma 1 si limita, invece, ad enunciare una generale clausola di salvezza per i diritti dei terzi, senza aggiungere o specificare altro.

E niente si prevede, in particolare, per il caso in cui l'amministrazione concluda un accordo che si riveli lesivo della sfera giuridica del controinteressato. In Germania, come visto, il § 58-I subordina in tal caso l'efficacia del contratto al consenso scritto di quest'ultimo. La norma è poi stata interpretata come una causa di nullità del negozio, qualora l'amministrazione non abbia acquisito preventivamente l'accordo del terzo.

A medesime conclusioni giunge, in fondo, anche la dottrina italiana, seppure per via interpretativa.

Tuttavia, la soluzione tra il ritenere l'accordo semplicemente inefficace o nullo di diritto nella parte e nella misura in cui cagiona un pregiudizio nei confronti del terzo, è respinta a favore dell'ipotesi dell'annullabilità[40].

2008; S. Cognetti, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, Giappichelli, 2010; e, più di recente, A. Sau, *La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi. Il caso del governo del territorio*, Milano, Franco Angeli, 2013.

[40] Cfr. F. Tigano, *Gli accordi procedimentali*, cit., p. 181 ss. e, in giurisprudenza, T.A.R. Lombardia, Brescia, 29 settembre 2005, n. 903, secondo cui le controversie instaurate dal terzo rientrerebbero nella giurisdizione generale di legittimità, con conseguente applicabilità del normale criterio di riparto basato sul *petitum sostanziale*. Per dovere di completezza, occorre qui ricordare che quanti accedono alla tesi privatistica ritengono che la violazione della clausola di salva-

La differenza tra l'opzione tedesca per la nullità e quella italiana per l'annullabilità è dovuta però semplicemente al fatto che nel primo caso si ammette solo il vizio della nullità per il contratto di diritto pubblico. In Italia, invece, l'accordo viene equiparato, anche sotto questo profilo, al provvedimento, in quanto il negozio, concluso «in ogni caso nel perseguimento di un interesse pubblico», non può essere lasciato esposto per un tempo indefinito alle azioni di qualunque terzo "insoddisfatto"[41].

Allo stesso modo, perciò, anche il terzo rispetto all'accordo è equiparato al controinteressato rispetto al provvedimento, al quale ultimo l'ordinamento riconosce tutela nel caso di lesione di proprie posizioni di interesse giuridicamente rilevanti[42].

Ciò dipende, è utile ribadirlo, dalla natura stessa dell'accordo. Tanto quest'ultimo quanto il provvedimento sono tra loro forme alternative di esercizio di potestà amministrative, che, come tali, dispongono ed incidono su una pluralità di interessi pubblici, privati e diffusi[43]. E pertanto tanto l'accordo quanto il provvedimento vanno equiparati anche sul piano della tutela da riconoscere a chi, diverso dal destinatario, ne subisce gli effetti pregiudizievoli[44].

Sempre con riferimento alla disciplina della validità dell'accordo amministrativo, solo la Germania prevede un regime tipico, limitato, come visto, alla sola nullità.

In Spagna e in Italia, la sua concreta individuazione dipende dalla soluzione che si intende dare alla analoga questione sulla na-

---

guardia per i diritti dei terzi comporti nel caso di accordi sostitutivi, non un problema di invalidità ma di semplice inefficacia dell'accordo; nel diverso caso degli accordi procedimentali, la violazione determina, invece, la nullità del provvedimento che recepisce un accordo inefficace, per violazione di una norma imperativa di legge.

[41] F. Tigano, *Gli accordi procedimentali*, cit., p. 183.

[42] Ed è una tutela anzitutto procedimentale, come dimostrato dal tenore delle disposizioni di cui agli artt. 7, 9 e 10 della l. n. 241/1990. Per analoga previsione nella disciplina tedesca, cfr. § 13-II *VwVfG* con commento di D.U. Galetta, *Il procedimento amministrativo in Germania*, cit., p. 44 ss.

[43] Cfr. F. Fracchia, *L'accordo sostitutivo*, cit., p. 181.

[44] In questi termini, già G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., p. 67.

tura giuridica della fattispecie in questione[45], valendo ora le norme

[45] Esigenze di spazio non consentono una trattazione compiuta dei profili attinenti la natura giuridica degli accordi amministrativi, questione del resto che sembra ormai definitivamente risolta a favore della tesi pubblicistica. Numerosi indicatori in tal senso provengono dalla giurisprudenza, soprattutto successiva alla nota sentenza n. 204/2004 della Corte Costituzionale e dallo stesso legislatore. In giurisprudenza, cfr. Cass. SS.UU., 13 novembre 2000, n. 1174; Cass. SS.UU., 15 dicembre 2000, n. 1262; 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. Tra le sentenze successive alla pronuncia della Corte Costituzionale n. 204/2004, cfr. Cons. St., Sez. IV, 5 novembre 2004, n. 7245; T.A.R. Puglia, Bari, 17 febbraio 2005, n. 592; T.A.R. Liguria, Genova, sez. I, 13 giugno 2006, n.542; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I 4 giugno 2013, n. 899; 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. Da un punto di vista legislativo, nel senso di un'affermazione della natura pubblica degli accordi amministrativi andrebbero letti sia l'art. 7, comma 1 c.p.a. che l'art. 11, comma 2 l. n. 241/1990, come modificato dalla recente l. n. 190/2012, che ha esteso l'obbligo di motivazione previsto dall'art. 3 per il provvedimento amministrativo anche alla fattispecie in parola. In dottrina, sostengono la tesi del contratto di diritto pubblico, fra gli altri, V. Cerulli Irelli, *Lineamenti di diritto amministrativo,* Torino, Giappichelli, 2013, p. 399 ss.; G. Cugurra, *Accordi di pianificazione territoriale e ambientale*, in *RGU*, 1, 2000, p. 143 ss.; F.G. Scoca, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 41; Id., *Autorità e consenso*, in Aa.Vv., *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, Atti del XLVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 20-22 settembre 2001, Milano, Giuffrè, 2002, in particolare, pp. 32-33 e 36-37; con qualche notazione critica anche E. Bruti Liberati, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, cit., p. 46 ss; G. Clemente di San Luca, *Alla ricerca dell'autorità perduta (ovvero: dei limiti alla amministrazione pubblica per accordi)*, in *Legalità e Giustizia*, 4, 1995, p. 533 ss.; E. Sticchi Damiani, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 64 ss.; P. L. Portaluri, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, Giuffrè, 1998, in particolare, pp. 185-186 e 194 ss.; S. Vasta, *La revoca degli atti amministrativi consensuali*, Padova, CEDAM, 2004, p. 66 ss.; M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, cit., p. 179; Id., *L'oggetto dell'accordo amministrativo e i vincoli per le parti nella sua definizione*, cit., p. 73 ss.; F. Fracchia, *L'accordo sostitutivo,* 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'attività amministrativa consensuale*, in L. Mazzarolli e altri (a cura di) *Diritto Amministrativo*, cit., p. 1703; F. Cangelli, *Ri-*

sull'invalidità dei contratti previste nel codice civile in Italia, nella *Ley de Contratos del Sector Público* in Spagna, ora quelle pensate per il provvedimento da ciascuna delle due leggi sul procedimento amministrativo.

Varia, quindi, solo la fonte di disciplina, mentre non si esclude nessuno dei due tipi di invalidità anche per l'accordo amministrativo.

Infine, se in Spagna manca una generale disposizione a proposito del potere di revoca dell'amministrazione, le ipotesi di recesso contemplate invece dalla disciplina tedesca sono a un tempo più ampie e più limitate rispetto all'analoga facoltà prevista dall'art. 11 comma 4.

Più ampie, perché una possibilità di recedere dal contratto di diritto pubblico è riconosciuta non solo all'amministrazione ma anche al privato.

Più limitate, perché l'ipotesi di recesso espressamente prevista per l'amministrazione ha natura eccezionale.

---

flessioni sul potere discrezionale della pubblica amministrazione negli accordi con i privati, in *Dir. amm.*, 2000, in particolare, p. 303 ss.; Id., *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, Giuffrè, 2004; N. Bassi, *Accordi amministrativi verticali e orizzontali: la progressiva ibridazione dei modelli*, in M. Cammelli (a cura di), *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 454 ss. Affermano un'adesione alla tesi del contratto ad oggetto pubblico G. Manfredi, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 108 ss.; F. Trimarchi Banfi, *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 35 ss., G. Corso, *L'attività amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 150 ss.; F. Castiello, *Gli accordi integrativi e sostitutivi di provvedimenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 1993, p. 124 ss.; G. D. Comporti, *Il coordinamento infrastrutturale: tecniche e garanzie*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 319; A. Pajno, *L'amministrazione per accordi*, in Aa. Vv. *I rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione nell'esperienza storico-giuridica*, Napoli, ESI, 1997, p. 436 ss.; B. Cavallo, *Procedimento amministrativo e attività pattizia*, in Id., *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 121 ss.; F. Ledda, *Appunti per uno studio sugli accordi preparatori di provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 3, 1996, p. 395 ss.; Id., *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in *Foro amm.*, 1997, p. 1273 ss.; N. Paolantonio, *Autoregolazione consensuale e garanzie giurisdizionali*, in *Cons. Stato*, 2000, p. 794 ss.; S. Civitarese Matteucci, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, cit., p. 189 ss. Non mancarono poi alcune tesi intermedie, sul c.d."contratto ad autonomia ristretta" o "contratto di diritto privato speciale". In tal senso, G. Greco, *Accordi amministrativi*, cit., p. 114 ss. Dello stesso A. si vedano anche Id., *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, in *Dir. amm.*, 3, 2002, p. 413 ss.; Id., *Attività consensuale dell'amministrazione e ruolo del cittadino*, in *Dir. ec.*, 3-4, 2002, p. 457 ss.

Dal vincolo contrattuale il soggetto pubblico potrà recedere, in Germania, solo in caso di grave danno al "bene comune" e agli "interessi generali". Non quindi un recesso per effetto di un diverso apprezzamento dell'interesse pubblico, ma solo in conseguenza di un grave pregiudizio recato dal contratto all'interesse perseguito dall'autorità.

Diversamente in Italia, l'art. 11 comma 4 costituisce la valvola di sfogo della negoziabilità delle potestà amministrative[46], e palesa, al tempo stesso, la disparità di posizioni tra le parti contraenti insita nel modulo consensuale.

Il recesso, salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo[47], risulta essenziale all'esercizio di un potere sempre funzionalizzato alla cura di un mutevole interesse pubblico. La norma, non a caso, da alcuni è stata letta addirittura come un dovere dell'amministrazione di recedere dall'accordo, ogniqualvolta esso non risulti più congruo alla cura del medesimo interesse pubblico[48]. Altri invece, secondo una soluzione più prossima al modello tedesco, hanno sostenuto che la p.a. 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 recesso[49].

---

[46] 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*.T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II*ter*, 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 questione e sulla sua qualificazione come revoca basti qui citare S. Vasta, *La revoca degli atti amministrativi consensuali*, cit., in particolare p. 169 ss.; E. Bruti Liberati, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, cit., p. 185 ss.; E. Mauro, *Osservazioni in tema di revoca del provvedimento amministrativo e di recesso dagli accordi procedimentali*, in *Foro Amm. TAR*, 2004, p. 554 ss.

[47] Sulla determinazione del *quantum* indennizzabile, su cui nulla dispone la norma, cfr. E. Bruti Liberati, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, cit., p. 198 ss.

[48] In giurisprudenza, T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. II, 30 dicembre 2011, n. 2077.

[49] In questo senso, M. Renna, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. amm.* 1, 2010, p. 68; S. Civitarese Matteucci, *Contratti e accordi di diritto pubblico*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, ESI, 2006, p. 116; G. Greco, *Accordi amministrativi*, cit., p. 249.

2.3. Gli accordi urbanistici in Italia, gli städtebaulichte Verträge *in Germania e i* convenios urbanísticos *in Spagna*

Un cenno va compiuto infine agli esiti cui ha condotto la comparazione con riferimento agi accordi urbanistici, riservandoci di svolgere ulteriori e più compiute osservazioni nel prossimo capitolo.

Analogo risulta in Italia, Germania e Spagna, infatti, anche il processo evolutivo relativo alla negoziabilità del potere pubblico nel governo del territorio[50].

Uguali sono anzitutto le ragioni che inducono le amministrazioni a ricorrere a forme consensuali nel diritto urbanistico. Prevalenti risultano le motivazioni legate alla scarsità di risorse finanziarie dei Comuni, ovunque ormai detentori dei poteri di pianificazione generale.

Invero, proprio quest'aspetto costituisce il sintomo del cambiamento dei tempi. Non è più l'esigenza di una lettura "costituzionale" del rapporto tra cittadino e amministrazione, né la necessità di una legittimazione del potere pubblico mediante il consenso del privato a giustificare il ricorso agli accordi. È più frequentemente l'incapacità economica del soggetto pubblico a far fronte alle richieste di servizi da parte della collettività, che induce alla contrattazione con il privato anche nel momento più intimo di esercizio del potere di governo del territorio.

Basti pensare del resto alla stessa Germania, ove la prima regolamentazione degli *städtebaulichte Verträge* è presente nella legislazione urbanistica transitoria della ex DDR subito dopo la caduta del muro di Berlino. Proprio la scarsità di risorse giustificò l'appello al privato nei processi di ricostruzione della Germania orientale.

Per converso, in Francia, l'imponente presenza dello Stato, dell'*Etat aménageur*, nella pianificazione ed urbanizzazione di tutto il territorio francese, rese di fatto assai residui gli spazi di intervento delle imprese private. Fu invece la necessità di trovare una propria autonoma legittimazione ad indurre i Comuni francesi, dopo le

---

[50] Sull'evoluzione storica delle convenzioni urbanistiche, V. Mazzarelli, *Le convenzioni urbanistiche*, Il Mulino, Bologna, 1979; Id., *Convenzioni e accordi amministrativi – III) Convenzioni urbanistiche,* in *Enc. giur.*, vol. IX, 1998, p. 1 ss.; F. Merloni, *La convenzione edilizia*, in *Foro amm.*, 1970, p. 668 ss.; A. Candian, A. Gambaro, *Le convenzioni urbanistiche*, Milano, Giuffrè, 1992.

prime riforme sul decentramento, una volta introdotto il principio di *libre administration*, a ricercare il consenso dei cittadini anche nell'*urbanisme opérationnel*. Tuttavia, come visto, anche in questo settore vige una ferrea *interdiction de contracter sur l'exercice des pouvoirs de décision en matière d'urbanisme*.

Quanto alle giustificazioni teoriche volte invece ad ammettere la negoziabilità dei poteri di piano, ad un'applicazione costante di moduli negoziali nella prassi amministrativa, presente innegabilmente in tutti e quattro i Paesi, inclusa la Francia, si contrappose un iniziale atteggiamento di chiusura della giurisprudenza.

Ricorrevano all'unisono gli argomenti della natura di *res extra commercium* del potere pubblico; dell'*indisponibilidad de las potestades administrativas y de la de planeamiento*; dell'*interdiction de pacte sur une décision future*.

Tuttavia, a differenza della Corte di Cassazione, del *Tribunal Supremo* e dello stesso *Conseil d'Etat*, già negli anni Sessanta il *Bundesgerichtsof* ed il *Bundesverwaltungsgericht* ritenevano l'ordinamento tedesco ormai pronto ad accogliere la nuova figura.

Mentre la Francia si mantiene tuttora su posizioni di segno contrario anche in questo settore, il *revirement* giurisprudenziale coincide sia in Italia che in Spagna nel periodo databile intorno agli anni Settanta e Ottanta.

Medesimo percorso, del resto, è stato compiuto anche con riferimento agli accordi di pianificazione. Ciò, almeno nei Paesi che hanno deciso di accoglierli nel proprio ordinamento: Germania e Spagna.

Sotto questo profilo, invece, l'Italia segue un percorso molto analogo a quello francese, stante un generale rifiuto di sottoporre a legalità questo nuovo tipo di negoziazione.

D'altra parte, ed almeno sul piano della legislazione regionale, l'approccio sembra essere molto simile a quello che si è affermato in Spagna a partire dagli anni Novanta: furono infatti le scelte legislative compiute dalle *Comunidades Autonomas* ad imporre un necessario cambio di prospettiva al legislatore centrale ed in parte anche alla giurisprudenza più restia. Verso questa direzione, seppure a fatica, sembra ora orientarsi anche il nostro Paese.

Analogo è del resto anche l'atteggiamento riservato dal legisla-

tore federale in Germania e da quello statale in Spagna. Tanto le disposizioni del *BauGB* quanto quelle del *TR de la Ley del Suelo* cercano di trovare un compromesso tra la diffusione nella prassi dei *Planungsvereinbarungen* e dei *convenios urbanísticos de planeamiento* e il pur ribadito principio di indisponibilità delle potestà pianificatorie. Entrambi i complessi normativi sanciscono infatti che il potere di piano non è funzione suscettibile di contrattazione; al tempo stesso, però, offrono una disciplina più o meno ampia della figura.

La soluzione interpretativa offerta per conciliare disposizioni apparentemente contraddittorie è stata la medesima: in tanto l'ordinamento può ammettere e concepire ipotesi di negoziazione sulle stesse scelte urbanistiche, in quanto queste abbiano carattere meramente preparatorio e non vincolante. L'unico impegno che l'amministrazione può assumere nel contratto o nella convenzione è quello – secondo l'opzione tedesca – di tenere in conto l'interesse privato durante la successiva fase di ponderazione di tutti gli interessi coinvolti dalle nuove disposizioni di piano, ovvero – secondo l'opzione spagnola – di *posibilitar la alteración del planeamiento*.

Infine, il caso spagnolo dimostra come sia proprio dalla contrattazione nel governo del territorio che sorgano i maggiori rischi di corruzione amministrativa.

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. Come più volte ribadito, però, l'inesistenza di una base legale del principio di consensualità non vale anche a negare l'esistenza di negoziazioni tra pubblica amministrazione e privati.

Dinanzi a rischi di *maladministration*, l'approccio serbato da questi ultimi due ordinamenti è perciò rimasto 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. Tra le due soluzioni, ancora una volta, è preferibile quella che valorizza il principio di legalità.

3. *Il principio di consensualità come principio generale del diritto amministrativo negli Stati europei*

La breve disamina che qui svilupperemo, atta a verificare l'esistenza di un principio generale di consensualità nell'azione amministrativa anche in altri ordinamenti europei, dimostra come gli accordi sull'esercizio del potere pubblico sembrino atteggiarsi, in un ampio numero di casi, come una soluzione ampiamente possibile per le amministrazione degli Stati membri.

Seguendo la più recente classificazione proposta dalla scienza del diritto amministrativo comparato[51], gli Stati europei possono essere suddivisi in quattro gruppi distinti: il gruppo francese (Francia, Paesi Bassi, Belgio e Grecia); il gruppo tedesco (Germania, Austria, Svizzera e Polonia); il gruppo a influenza franco-tedesca (Italia, Spagna, Portogallo, Svezia e Finlandia); e, infine, il gruppo britannico (Gran Bretagna, Irlanda, Danimarca e Norvegia).

A ben vedere, la presenza di moduli consensuali sull'esercizio del potere pubblico trascende in parte dai confini delimitati dalla ripartizione in gruppi appena delineata. L'analisi dimostra infatti come siano anzitutto i Paesi di derivazione francese ad allontanarsi dalle soluzioni imposte dal *Conseil d'Etat*, fatto salvo il solo caso greco. L'Olanda sta andando verso la previsione di una norma generale di disciplina del contratto di diritto pubblico; il Belgio lo ammette anche in assenza di specifica previsione normativa.

D'altronde, anche nel gruppo tedesco possono registrarsi alcune oscillazioni. Solo infatti la Polonia dispone di una previsione *ad hoc* nella propria Legge sul procedimento amministrativo. Diversamente, in Austria e Svizzera sembrano ancora ricorrere quelle lontane tesi sulla norma-base, su cui discutevano non a caso anche l'austriaco Layer e lo svizzero Imboden.

Significativo è invece il dato emergente dalle verifiche compiute sugli ordinamenti appartenenti al gruppo a influenza franco-tedesca. Come l'Italia e la Spagna, già oggetto specifico della nostra tratta-

[51] M. Fromont, *Droit administratif des Etats européens*, cit., p. 13 ss.; J. Ziller, *Les droits administratifs nationaux: caractéristiques générales*, in J.B. Auby, J. Dutheil de la Rochère, *Traité de droit administratif européen*, cit., 2014, p. 743 ss. Si vedano, inoltre, le considerazioni svolte nel capitolo introduttivo.

zione, anche gli altri Paesi dispongono di precise disposizioni atte a riconoscere la disponibilità dei poteri pubblici. Non solo. Esse trovano collocazione o nella stessa Legge sul procedimento amministrativo ovvero nel Codice generale sui contratti dell'amministrazione.

Come infine già si anticipava, il gruppo britannico, qui rappresentato dai principi di *common law* elaborati dalle corti inglesi, si colloca in una sorprendente analogia con il modello francese.

3.1. Il gruppo francese (Francia, Paesi Bassi, Belgio e Grecia)

Nonostante l'influenza esercitata dal modello francese sui Paesi Bassi, questo Paese ha sviluppato soluzioni assai prossime a quelle tedesche[52].

L'ordinamento olandese ammette infatti che le proprie amministrazioni possano obbligarsi contrattualmente ad emanare un determinato provvedimento, a fronte di prestazioni volontariamente assunte dal privato.

Tuttavia il *Bevoegdhedenovereenkomst*, diffuso soprattutto nel campo dell'urbanistica, a differenza dell'*öffentlich-rechtlicher Vertrag*, è soggetto alle norme di diritto privato e le relative controversie sono rimesse alla cognizione del giudice civile. Nondimeno, a parziale deroga di questa regola, trovano applicazione nel rapporto contrattuale anche i principi generali di buona amministrazione.

Invero, proprio per la peculiarità che contraddistingue tale fattispecie, non sono mancate anche nella dottrina olandese tesi volte a riconoscere al *Bevoegdhedenovereenkomst* la natura di contratto di diritto pubblico. E d'altra parte lo stesso legislatore olandese è più volte ritornato sull'idea di introdurre apposita disciplina nella Legge sul procedimento amministrativo[53].

---

[52] Invero di ciò è consapevole lo stesso M. Fromont, il quale nella trattazione sui *contrats administratifs* sposta il sistema olandese dal gruppo dei Paesi di derivazione francese a quello ad influenza tedesca, per la fondamentale considerazione che anche nei Paesi Bassi vige un generale principio di soggezione delle relazioni contrattuali della p.a. al diritto privato. Cfr. M. Fromont, *Droit administratif des Etats européens*, cit., p. 14 ss. e pp. 318-319.

[53] M. Fromont, *Droit administratif des Etats européens*, cit., pp. 318-319; R. Seerden, F. Stroink, *Administrative Law in the Netherlands*, in R. Seerden,

Possono del resto registrarsi notevoli aperture nei confronti dell'accordo amministrativo anche nella dottrina e nella giurisprudenza belga, le quali tendono a riconoscere una generale libertà dell'amministrazione nella scelta tra la via unilaterale di azione e il contratto, anche in assenza di specifica previsione di legge. È però fatta salva ogni disposizione contraria, mentre resta sempre fermo per l'autorità il divieto, di evidente derivazione francese, di rinunciare per contratto all'esercizio di competenze attribuite dalla legge[54].

La forte influenza francese sul diritto amministrativo greco ha comportato invece una completa ricezione della teoria del *contrat administratif*. Alcune disposizioni sul contratto amministrativo sono contenute nella stessa Legge sul procedimento amministrativo agli artt. 22-23, che prevedono rispettivamente il requisito della forma scritta e regole sulla formazione del contratto[55].

3.2. Il gruppo tedesco (Germania, Austria, Svizzera e Polonia)

A differenza della Germania e nonostante la comune tradizione giuridica, più reticente ad accettare forme consensuali di esercizio del potere è l'Austria. La giurisprudenza, in ossequio al principio di legalità, *Legalitätsprinzip*, tende infatti ad ammetterle solo nei casi in cui esse siano previste espressamente dalla legge, come per esempio in materia fiscale, dove il loro impiego appare assai frequente.

Invero, un'ulteriore apertura al principio di consensualità può registrarsi anche in quella parte della dottrina austriaca, che ammette l'accordo nei casi in cui il legislatore riconosce ampi margini di discrezionalità sui mezzi da impiegare per il perseguimento delle fi-

---

F. Stroink, *Administrative Law of the European Union, its Member States and the United States. A comparative analysis*, cit., p. 145 ss.; T. Barkhuysen, W. den Ouden, Y.E. Schuurmans, *Netherlands*, in J.B. Auby, *Codification of administrative procedure*, cit., pp. 258-259; J. Emaus, T. Zwart, *Pays-Bas/Netherlands*, in R. Noguellou, U. Stelkens (dir.), *Droit comparé des Contrats Publics*, cit., p. 741 ss.

[54] P. Flamme, *Belgique*, in R. Nouguellou, U. Stelkens (dir.), *Droit comparé des contrats publics*, cit., p. 401 ss.; M. Pâques, *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Bruxelles, Story Scientia, 1991, in particolare, p. 423.

[55] M. Fromont, *Droit administratif des Etats européens*, cit., p. 308; V. Koumpli, *Greece*, in J.B. Auby, *Codification of administrative procedure*, cit., p. 241.

nalità pubbliche, come accade nel settore degli incentivi economici alle imprese[56].

Anche in Svizzera l'approccio è il medesimo. In questo ordinamento non ricorre una previsione generale sul contratto di diritto pubblico, pertanto esso è ammesso dalla giurisprudenza amministrativa nei limiti di un'espressa abilitazione da parte di una norma speciale ovvero quando la legge lasci sufficienti margini di apprezzamento all'amministrazione sul *quomodo*.

In assenza di precise indicazioni, il giudice svizzero applica in via analogica le disposizioni del codice civile e, in particolare, quelle relative al principio di buona fede e sulla vincolatività del contratto[57].

Più di recente, si possono però registrare prime aperture anche in alcuni Cantoni, che hanno infatti introdotto specifiche previsioni sui contratti di diritto pubblico nelle proprie legislazioni[58].

A differenza degli altri Stati appartenenti a questo gruppo, la Polonia ha seguito più fedelmente il modello tedesco. Il Codice polacco sul procedimento amministrativo del 1960 disciplina agli artt. 114 e ss. l'accordo tra l'amministrazione ed il privato.

L'*ugoda* è ammessa nei limiti del rispetto della legge e dei diritti dei terzi e resta soggetta alla disciplina degli atti amministrativi[59].

3.3. Il gruppo a influenza franco-tedesca (Italia, Spagna, Portogallo, Svezia e Finlandia)

Tra gli Stati che, sotto la più diretta influenza spagnola, hanno conosciuto forme di alternanza tra l'atto amministrativo unilatera-

---

[56] M. Fromont, *Droit administratif des Etats européens*, cit., p. 319; M. Steiner, *Autriche/Austria*, in R. Noguellou, U. Stelkens (dir.), *Droit comparé des Contrats Publics*, cit., p. 386.

[57] M. Fromont, *Droit administratif des Etats européens*, cit., p. 320, il quale osserva come nel diritto svizzero sopravviva ancora la teoria del doppio grado insieme a quella di origine francese sull'*acte détachable*. Cfr. su questi aspetti anche P. Moor, *Droit administratif*, t. 2, Berne, 2002, p. 351 ss.; T. Tanquerel, *Manuel de droit administratif*, Geneva/Zürich/Basel, 2011, n° 681.

[58] T. Tanquerel, *Switzerland*, in J.B. Auby, *Codification of administrative procedure*, cit., p. 366.

[59] T. I. Khabrieva, G. Marcou (dir.), *Les procédures administratives et les contrôles à la lumière de l'experiénce européenne en France et en Russie*, cit., 2012, p. 96.

le ed il contratto nell'esercizio del potere pubblico, si può anzitutto menzionare il Portogallo.

Già il *Codígo do procedimiento administrativo*, *Decreto-Ley 442/1991 de 15 de noviembre*, conteneva una disposizione a questo riguardo (art. 179)[60]. La norma, abrogata dal successivo *Codígo do Contratos Publicos*, *Decreto-Ley 18/2008 de 29 de Janeiro*, è stata trasferita negli artt. 278 e 279. Benché queste disposizioni utilizzino l'espressione generica di *contrato administrativo*, è possibile ritenere che con essa si faccia altresì riferimento ai contratti aventi ad oggetto l'esercizio del potere pubblico e sostitutivi del provvedimento amministrativo. Ciò che, infatti, risulta essere confermato anche 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 le altre tipologie contrattuali[61].

Un preciso riferimento al contratto sostitutivo del provvedimento amministrativo, *Hallintosopimus*, è contenuto nella Sezione III della Legge sul procedimento amministrativo finlandese, l. n. 434/2003[62]. La disposizione non è tuttavia interpretata come un'abilitazione generale alla conclusione di contratti amministrativi: occorre un'espressa previsione normativa, che autorizzi l'amministra-

---

[60] *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»*. Per un commento del *Codígo do procedimiento administrativo* all'indomani della sua entrata in vigore, vd. L. M. Arroyo Yanes, *El Codígo do procedimiento administrativo de Portugal (Decreto-Ley 442/91 de 15 de noviembre)*, in *RAP*, 130, 1993, p. 523 ss.

[61] M. Ferreira, B. Diniz de Ayala, *Portugal*, in R. Nouguellou, U. Stelkens (dir.), *Droit comparé des contrats publics,* cit., p. 783 ss.; alcuni cenni sul tema sono presenti anche in J.E. Figueireido Dias, *Portugal*, in J.B. Auby, *Codification of administrative procedure*, cit., p. 350.

[62] «1. *For the purpose of this Act, an administrative contract is defined as a contract, within the competence o fan authority, on the performance of a public administrative task, or a contract relating to the exercise of public authority. 2. When entering into an administrative contract, the fundamental principles of good administration shall be adhered to; in addition, the rights of persons concerned shall be adequately protected in drafting of the contract, as shall their chances to affect the contents of the contract*». Una traduzione non ufficiale in inglese della Legge sul procedimento amministrativo finlandese è disponibile su *Finlex*: www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/2003/en20030434.pdf.

zione ad impiegare la forma contrattuale in alternativa al metodo unilaterale di esercizio delle proprie competenze.

Nel diritto finlandese, sono tuttavia assai rare le norme che prevedono specifiche ipotesi di ricorso allo strumento negoziale. Tra di esse possono senza dubbio annoverarsi quelle in materia di contratti di pianificazione, previste dalla relativa Legge sull'uso del suolo del 1999.

All'*Hallintosopimus* si applicano i principi di buona amministrazione, espressamente individuati dalla Sezione VI della Legge sul procedimento (principi di uguaglianza, di imparzialità e di proporzionalità; divieto di arbitrarietà nell'esercizio del potere e tutela del legittimo affidamento). Trovano inoltre applicazione le Norme sull'amministrazione trasparente del 1999, che sanciscono la piena accessibilità di tutti i documenti amministrativi, ivi inclusi i contratti, siano essi retti dal diritto pubblico che dal diritto privato[63].

Infine, anche in Svezia, dove tutte le relazioni contrattuali dell'amministrazione sono rette dal diritto comune, la possibilità per il soggetto pubblico di sostituire il contratto all'atto unilaterale è possibile nei limiti di un'espressa previsione di legge, come nel caso del procedimento di espropriazione forzata[64].

3.4. Il gruppo britannico (Gran Bretagna, Irlanda, Danimarca e Norvegia)

Come in Francia, anche in Inghilterra e nei Paesi che subiscono la diretta influenza del modello britannico, ricorre invece un generale rifiuto ad ammettere che l'amministrazione possa vincolarsi per contratto nell'esercizio di proprie prerogative[65].

La questione fu posta per la prima volta nel diritto inglese con la pronuncia *The Amphitrite* del 1921. J. Rowlatt – impiegando termini e argomentazioni assai prossimi a quelli usati dal *Conseil d'Etat*

---

[63] O. Mäenpää, *Finlande/Finland*, in R. Noguellou, U. Stelkens (dir.), *Droit comparé des Contrats Publics*, cit., p. 661 ss.

[64] G. Edelstam, *Suède/Sweden*, in R. Noguellou, U. Stelkens (dir.), *Droit comparé des Contrats Publics*, cit., pp. 889-890.

[65] M. Fromont, *Droit administratif des Etats européens*, cit., p. 321 ss.

– affermò che l'autorità non può né rinunciare ad esercitare poteri che le vengono attribuiti dalla legge per la cura dell'interesse pubblico, né limitare per contratto l'esercizio futuro dei propri poteri discrezionali[66]. Veniva quindi compiuta una sintomatica distinzione tra contratti di natura commerciale e altre forme di *agreements*, per le quali ultime non valeva il generale principio della "*sanctity of the contract*". In tal caso, si osservava, la struttura negoziale era del tutto in contrasto con i caratteri indefettibili della *public policy*: l'esclusiva riserva, a favore dell'autorità amministrativa, dei poteri pubblici rivolti al benessere collettivo e l'effettività del loro esercizio[67].

Con il caso *L'Huiller v. Victoria*[68], i contorni del divieto vengono definitivamente tratteggiati: non é infatti più in questione la natura commerciale o meno del negozio, é la stessa esistenza di un potere discrezionale in capo all'amministrazione ad impedirle di vincolare per contratto i propri poteri di decisione. Prende quindi definitivamente corpo la regola nota come «*the rule against fettering future executive action*», in forza della quale un negozio con cui l'amministrazione vincola l'esercizio futuro della propria attività esecutiva è *invalid or ultravirus*, a meno che non sia la legge stessa ad autorizzarlo[69].

Ed, invero, occorre qui registrare l'ulteriore dato, messo in rilievo dalla più recente dottrina inglese, secondo cui «*English law does not in principle constrain a public body as to how it chooses to fulfill the power and duties accorded to it. Thus a public body may*

---

[66] *Rederiaktiebolaget Amphtrite v. The King* [1921] 3 KB 500, ove si legge: «*The Government cannot by contract hamper its freedom of action in matters which concern the welfare of the state…*». Si veda inoltre l'interpretazione che della sentenza diede il giudice J. Denning nel caso *Robertson v. Min. of Pensions* [1949] 1 KB 227. Per un'analisi del *leading case* e della giurisprudenza successiva M. D'Alberti, *I 'public contracts' nell'esperienza britannica*, cit., p. 24 ss. e 40 ss.

[67] Cfr. per questi aspetti, G. Langrod, *Administrative contracts. A comparative study, a comparative study*, cit., p. 334 ss., il quale significativamente si riferisce a questa speciale categoria di contratti con il termine appunto di "*administrative contracts*".

[68] *L'Huillier v. Victoria* [1996] 2 VR 465.

[69] In questi termini già *Watson's Bay and South Shore Ferry Company Ltd v. Whitfield* [1919] 27 CLR 268. Per una ricognizione della giurisprudenza inglese si veda anche P. Leyland, A. Gordon, *Textbook on Administrative Law*, Oxford University Press, 2013, p. 451 ss.; con riferimento all'applicazione dell'*Amphitrite doctrine* nel settore urbanistico, J. B. Auby, *Contrats publics et urbanisme*, cit., p. 3.

choose to discharge its duties through unilateral action … [or] alternatively, choose to fulfil its duties or exercise its powers by entering a contract. … It should also be said that in the English context the public body may proceed through a mixture of unilateral action and contract»[70].

Come perciò anche in Francia possono registrarsi timide aperture da parte del legislatore, così forse potrebbe dirsi per l'Inghilterra. Né del resto mancherebbero segnali di apertura da parte delle stesse corti inglesi[71], quei medesimi segnali che in qualche occasione sono stati inviati anche dai *Tribunals administratifs* francesi[72].

La possibilità che un contratto possa essere concluso in sostituzione dell'agire unilaterale per il perseguimento di un interesse pubblico sembra, d'altra parte, aprirsi anche in Danimarca[73]. L'*Amphitrtie doctrine* trova invece ancora applicazione nei Paesi del Commonwealth[74] e negli Stati Uniti[75].

3.5. Il principio di consensualità come principio generale nell'azione delle pubbliche amministrazioni europee

Se le ricostruzioni dei vari Stati qui proposte non ci ingannano[76], sembra che possa affermarsi con una certa sicurezza che il

---

[70] P. Craig, *Angleterre et Pays de Galles/England and Wales*, in R. Noguellou, U. Stelkens (dir.), *Droit comparé des Contrats Publics*, cit., p. 340.

[71] Si veda in proposito la casistica esaminata da M. Fromont, *Droit administratif des Etats européens*, cit., pp. 322-323.

[72] Si veda, in particolare, l'*arrêt* T.A. Versailles 2 octobre 1987, *Association de défense du site et de l'environnement de Saint-Remy-Le-Chevreuse*, confermato dallo stesso *Conseil d'Etat*, C.E. 19 mars 1997, a proposito di un accordo di pianificazione.

[73] S. Treumer, *Danemark/Denmark*, in R. Noguellou, U. Stelkens (dir.), *Droit comparé des Contrats Publics*, cit., p. 543.

[74] Per l'Australia, cfr. E. Campbell, *Agreements about the exercise of statutory powers*, (1971) 45 *Australian Law Journal* 338; A.R. Blackshield, *Constitutional Issues Affecting Public Private Partnerships*, (2006) 29 UNSWLawJl 302.

[75] Cfr. G. Langrod, *Administrative contracts. A comparative study*, cit., p. 334 ss., anche per riferimenti giurisprudenziali.

[76] Lo stesso Gorla del resto avverte che quando si sceglie di comparare i diritti degli Stati dell'Unione Europea la comparazione si fa più difficile, come quando si confrontino «due fratelli o due persone molto simili». Cfr. G. Gorla, *Diritto comparato*, cit., p. 934.

principio di consensualità possa davvero essere elevato a principio generale nell'azione delle pubbliche amministrazioni europee.

Come del resto già ci insegna la scienza del diritto internazionale, un principio può addivenire al rango di principio generale quando, tenuto conto delle diverse tradizioni giuridiche e delle peculiarità di ciascun diritto nazionale, esso sia «comune ad una pluralità di ordinamenti»[77].

D'altra parte, un ordinamento si costituisce non solo del dato normativo. La comparazione deve infatti investire anche altri formanti giuridici, come la giurisprudenza, la prassi e la dottrina, in maniera da recuperare lo scarto sussistente tra *law in action* e *law in the books*[78].

Pertanto, il riconoscimento di forme di contrattazione del potere pubblico da parte della legislazione generale di disciplina dell'attività amministrativa (Italia, Germania, Spagna, Svizzera, Polonia, Portogallo, Finlandia) ovvero da parte della legislazione di settore (Austria, Svezia), così come le stesse aperture giurisprudenziali e dottrinali (Olanda, Belgio) inducono a ritenere che il principio di consensualità possa ergersi a principio generale comune ad una pluralità considerevole di Paesi europei. D'altronde, anche in Francia e in Inghilterra, come visto, forme di negoziazione ricorrono nella prassi e iniziano ad essere ammesse dalla stessa giurisprudenza e, velatamente, anche dal legislatore.

Il diritto comparato svolge da sempre una particolare funzione euristica ai fini dell'individuazione e dello sviluppo di principi generali comuni ad una molteplicità di ordinamenti nazionali. Di questa funzione si è servita anche, se non soprattutto, l'Unione Europea nella costruzione del diritto amministrativo comunitario. Dalle lacune che almeno in principio lo caratterizzavano, la Corte di Giustizia ha infatti tratto gli argomenti necessari per fare dello studio comparato dei differenti diritti nazionali uno strumento di fondazione della stessa disciplina dell'azione amministrativa comunitaria[79].

---

[77] G. Gaja, *Principi generali del diritto (d. internaz.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, 1986, p. 533 ss.

[78] G. Gorla, *Diritto comparato*, cit., p. 937.

[79] A. Massera, *Una disciplina europea del procedimento amministrativo?*, in M. P. Chiti, A. Natalini (a cura di), *Lo spazio amministrativo europeo. Le pub-*

Ciò ha fatto, in particolare, a partire dalla nota sentenza *Algera* del 1957, quando, presa contezza dell'assenza di specifiche disposizioni nel Trattato atte a risolvere la controversia posta alla sua attenzione[80], essa affermò una regola di metodo che vale ancora oggi: in assenza di norme nel diritto comunitario, «la Corte deve risolvere la questione informandosi alle leggi, alla dottrina e alla giurisprudenza degli Stati membri»[81].

A partire da quella data, la CGUE ha ricostruito numerosi principi generali[82] partendo dall'analisi comparata delle realtà giuridiche

---

bliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 200 ss.

[80] In quel caso, il punto di diritto verteva sulla revoca di una decisione comunitaria illegittima.

[81] CGCE 12 luglio 1957, in cause riunite C-7/56, C-3/57 e C-7/57, *Algera Dineke et al. C. Alta Autorità*. Sul ruolo della comparazione, sulla diffusione di principi generali del diritto amministrativo europeo e sul loro ruolo di conformazione oltre che dello stesso ordinamento comunitario anche dei singoli ordinamenti nazionali, per limitarci ad alcuni contributi essenziali, cfr. W. Lorenz, *General Principles of Law: Their Elaboration in the Court of Justice of the European Communities*, in *American Journal of Comparative Law*, 1964, p. 1 ss.; T. Koopmans, *The Birth of European Law at the crossroads of Legal Traditions*, in *American Journal of Comparative Law*, 1991, p. 493 ss.; A. von Bogdandy, *Founding Principles*, in A.von Bogdandy-J.Bast (ed.) *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford, 2009, p. 11 ss.; S. Cassese, *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, cit., p. 10 ss.; Id., *L'influenza del diritto amministrativo comunitario sui diritti amministrativi nazionali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3, 1993, p. 329 ss.; F. Toriello, *I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, Milano, Giuffrè, 2000; G. Pepe, *Principi generali dell'ordinamento comunitario e attività amministrativa*, Roma, Eurilink, 2012; D. De Pretis, *I principi del diritto amministrativo europeo*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 41 ss.; G. della Cananea, *I principi generali*, in G. della Cananea, C. Franchini, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 51 ss.; Id., *La comparazione dei diritti amministrativi nazionali nell'Unione Europea tra omogeneizzazione e diversità culturali*, in G. Falcon, *Il diritto amministrativo dei Paesi Europei*, Padova, CEDAM, 2005, p. 409 ss.; D.U. Galetta, *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost?: A Study on the "Functionalized Procedural Competence" of Eu Member States*, Heidelberg, Dordrecht, London, New York, Springer, Verlag, 2001.

[82] Altrove definiti anche come «principi comuni ai sistemi giuridici degli Stati membri» (CGCE, 25 febbraio 1969, *J.G. Klomp c. Inspektie der Belastingen*, in causa C-23/68) o come «tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri» (CGCE, 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgedellschaft mbh*, in causa C-11-70; e più di recente CGCE, 26 febbraio 2007, in causa C. 305/05, *Ordini Avvocati Belgio c. Consiglio*).

degli Stati membri, secondo una modalità che è stata definita di valutazione comparativa, *wertende Rechtsvergleichung*[83].

Proprio perciò al diritto amministrativo comunitario, somma delle tradizioni giuridiche nazionali, può volgersi ora lo sguardo, per verificare ulteriormente l'attendibilità di questa nostra tesi.

Non può perciò che essere registrato, anzitutto, il dato fondamentale che anche nell'UE trova spazio l'amministrazione consensuale.

Se numerosi e più noti sono i casi di accordi tra soggetti pubblici, conclusi tra gli organi dell'amministrazione comunitaria, gli Stati membri, loro enti territoriali o altre amministrazioni ed organismi di diritto pubblico, spesso usati in funzione di implementazione dei precetti comunitari[84]; non mancano neppure le ipotesi in cui parte sia anche il privato.

Si pensi all'impiego di moduli consensuali in materia di sovvenzioni, di tutela dell'ambiente e di politica energetica, di sostegno allo sviluppo e alla ricerca[85].

Più di recente, inoltre, forme consensuali con funzione tipicamente transattiva si sono diffuse anche in sede di accertamento di infrazioni della normativa *antitrust* da parte delle imprese[86].

---

[83] E si tratta di una valutazione a un tempo qualitativa e quantitativa. Ne discende che non può diventare principio generale del diritto comunitario un principio che ricorre solo in via d'eccezione negli Stati membri oppure un principio che si ponga in contrasto con principi generali comuni a più ordinamenti nazionali. D'altra parte, può essere inteso come principio generale europeo anche un principio presente in un solo ordinamento, purché permetta di conseguire al meglio gli obiettivi prefissi dal Trattato. Così, J. Schwarze, *Les sources et principes du droit administratif européen*, in J.B. Auby, J. Dutheil de la Rochère, *Traité de droit administratif européen*, cit., p. 470; D. De Pretis, *I principi del diritto amministrativo europeo*, cit., p. 50 ss.; D.U. Galetta, *Le fonti del diritto amministrativo europeo*, in M.P. Chiti, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 104 ss.

[84] Su cui, più diffusamente, si veda, N. Bassi, *Gli accordi fra soggetti pubblici nel diritto europeo*, Milano, Giuffrè, 2004; Id., *Accordi nel diritto comunitario*, in M. P. Chiti, G. Greco, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, *Parte Speciale,* t. I, cit., p. 11 ss.

[85] Su cui si vedano le indicazioni offerte anche da E. Buoso, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'azione amministrativa*, cit., p. 187.

[86] Cfr. P. Duret, *Gli accordi «novativi» della procedura: le decisioni con impegni nella disciplina antitrust*, in D. Corletto (a cura di), *Gli accordi amministrativi tra consenso, conflitto e condivisioni,* Napoli, ESI, 2012, p. 35 ss.; R. Chieppa, *Le nuove forme di esercizio del potere e l'ordinamento comunitario*, in *Riv. it. dir.*

Accade poi in maniera del tutto singolare che in questi casi la giurisprudenza comunitaria applichi all'accordo in sede di contenzioso ora il diritto pubblico ora il diritto privato del Paese di riferimento, a seconda delle diverse allegazioni prospettate dalle parti in causa[87].

Del resto, non sono mancate neppure le ipotesi in cui la Corte ha avuto modo di pronunciarsi sugli accordi urbanistici[88] e sugli stessi accordi di pianificazione, talvolta riconoscendone implicitamente anche la natura non vincolante[89].

---

pubbl. com., 2009, p. 1319 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. In giurisprudenza, vd. CGCE, 19 settembre 2002, *M. Huber c. Republik Österreich*, C-336/00; CGCE, 8 aprile 1992, *Commission des Communautés européennes c. Walter Feilhauer*, C-209/90.

[87] Cfr. l'analisi della giurisprudenza compiuta da N. Bassi, *Gli accordi fra soggetti pubblici,* cit., p. 71 ss., il quale osserva una tendenza all'identificazione e all'immedesimazione tra i contratti comunitari di diritto pubblico e i contratti nazionali di diritto pubblico. Sul punto si veda anche U. Stelkens. H. Schröder, *Eu Public Contracts – Contracts passed by EU-Institutions in Administrative Matters*, in *FÖV Discussion Papers*, 2012, p. 11 ss.

[88] Ben note sono, per esempio, le sentenze 12 luglio 2001, in causa C-339/98, *Ordine degli Architetti e al. (progetto la Scala)* e 18 gennaio 2007, in causa C-220/05, *Auroux*.

[89] Si veda in proposito la sentenza CGCE, Sez. III, 25 marzo 2010, in causa C-451/08, *Helmut Müller* già vista nel cap. II, Parte II, cui si rinvia per la descrizione della vicenda e per ulteriori riferimenti e commenti. A nostro avviso, nei fatti di causa ricorreva in effetti proprio un accordo di pianificazione, a sensi del § 12 *BauGB*, concluso tuttavia tra le parti per fatti concludenti (dunque nullo, perché mancante della forma scritta), e il cui contenuto era dato, da un lato, dalla prestazione del privato di realizzare un intervento urbanistico conforme ad un interesse pubblico perseguito dall'amministrazione, e, dall'altro, dall'impegno del Comune a modificare le disposizioni del piano regolatore in modo da accogliere la trasformazione urbanistica richiesta dal progetto privato. Ovverosia, ad esercitare il proprio *ius variandi* in senso conforme a quanto pattuito nell'accordo medesimo. Per escludere il carattere unitario dell'intera complessa operazione nonché la natura di appalto pubblico di lavori, significativamente, la Corte osservò «le parti … non hanno assunto alcun obbligo giuridicamente vincolante. Anzitutto, il Comune di Wildeshausen … non ha sottoscritto alcun obbligo di tale natura. Inoltre, la GSSI non ha assunto alcun obbligo di realizzare il progetto di ripristino del terreno acquistato». E il Comune, in effetti, non poteva assumere alcun obbligo giuridicamente vincolante perché non poteva obbligarsi ad esercitare i propri poteri di pianificazione: lo vieta il § 1 *BauGB*. Allo stesso modo, la GSSI non poteva impegnarsi a realizzare il progetto: la sua prestazione diviene esi-

Non deve allora sorprendere il fatto che il principio di consensualità e l'agire per accordi siano stati ricondotti nell'alveo applicativo del principio europeo di buona amministrazione dallo stesso Libro bianco sulla *governance* europea del 2001[90].

Ed in effetti, soprattutto la declinazione di questo principio in termini di buona *governance* ha richiesto di aprire i processi normativi e di regolazione alla partecipazione degli interessati e di sostituire i metodi tradizionali di imposizione formale degli obblighi comunitari con modalità più flessibili, fondate sulla negoziazione e la cooperazione[91].

---

gibile solo se e solo quando l'amministrazione comunale avrà, nella propria autonomia, approvato la variante urbanistica. Cosa che, a ben guardare, sembra prefigurare anche la stessa Corte in certi passaggi logici della pronuncia, e precisamente laddove afferma che «il semplice esercizio delle competenze di regolamentazione in materia urbanistica … non ha ad oggetto l'ottenimento di una prestazione contrattuale», oppure dove sostiene che «le esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice … non possono consistere nel semplice fatto che un'autorità pubblica … assuma una decisione nell'esercizio delle sue competenze in materia di regolamentazione urbanistica» (vd., rispettivamente, p.ti 57 e 69).

[90] COM (2001) 428, G.U.C.E. n. 287 del 12 ottobre 2001, p. 16: «*Trade unions and employers' organisations have a particular role and influence. The EC Treaty requires the Commission to consult management and labour in preparing proposals, in particular in the social policy field. Under certain conditions, they can reach binding agreements that are subsequently turned into Community law (within the social dialogue). The social partners should be further encouraged to use the powers given under the Treaty to conclude voluntary agreements*».

[91] L. Azoulai, L.Clement-Wilz, *Les principes du droit administratif européen. La bonne administration*, in J.B. Auby, J. Dutheil de la Rochère, *Traité de droit administratif européen*, cit., p. 685. Sul principio di buona amministrazione in generale, si veda S. Cassese, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in www.irpa.eu; D.-U. Galetta, *Riflessioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE sul diritto ad una buona amministrazione, anche alla luce di alcune recenti pronunce della Corte di Giustizia*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 1, 2013, p. 133 ss.; Id., *Trasparenza e governance amministrativa nel diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, p. 274 ss.; Id., *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedimentali nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, p. 819 ss.; R. L. Perfetti, *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3-4, 2010, p. 789 ss.; L. Pegoraro, *Esiste un "diritto" a una buona amministrazione? (Osservazioni critiche preliminari sull'(ab) uso della parola "diritto"*, in *IdF*, 5-6, 2010, p. 23 ss.; Lord Millett, *The right to good administration in European law*, in *Public Law*, 2002, p. 309 ss.; D. Sorace, *La buona amministrazione,* in M. Ruotolo (a cura di), *La Costituzione ha 60 anni: la qualità della vita sessant'anni dopo*, Atti del Convegno di Ascoli Piceno, 14-15 marzo 2008, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, p. 119 ss.; F. Trimarchi Banfi, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in M. P. Chiti, G. Greco (a cura di),

L'amministrazione consensuale risponde, sotto questo profilo, anche ai principi di partecipazione, responsabilità, efficacia e coerenza.

In tal senso, allora, il principio di consensualità, quale particolare sfaccettatura del principio di buona amministrazione, ben potrebbe essere inteso anche come un principio generale del diritto amministrativo comunitario.

D'altra parte, è stato pure messo in evidenza come il concetto di buona amministrazione dal nucleo originario sancito nell'art. 41 della CEDU abbia, nel tempo, acquisito ulteriori significati ed implicazioni anche di tipo programmatico, nelle quali non si cela una concezione dell'agire amministrativo basata proprio sullo scambio di informazioni, la negoziazione e la cooperazione[92].

Se così è, occorre ora verificare, in direzione discendente, quali possano essere gli effetti del "ritorno" del principio di consensualità, inteso come principio generale del diritto amministrativo europeo, negli ordinamenti nazionali, con particolare riferimento al nostro diritto interno.

3.6. Il principio di consensualità come principio generale del diritto amministrativo italiano e il falso problema dell'art. 13 l. n. 241/1990

È noto come proprio ai principi generali la CGUE abbia affidato da sempre un duplice ruolo.

Trattato di diritto amministrativo europeo, cit., p. 49 ss.; A. Zito, *Il "diritto ad una buona amministrazione" nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2-3, 2002, p. 425 ss.

[92] A. Massera, *Una disciplina europea del procedimento amministrativo?*, cit., pp. 205-206. Pare appena il caso di ricordare, del resto, che l'art. 41 della CEDU, così come tutti i «diritti garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguarda dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali» ai sensi dell'art. 6 n. 3 del Trattato di Lisbona. Sull'art. 41 della CEDU, si veda L. Ferrari Bravo, M. Di Majo, A. Rizzo (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, commento all'art. 41 Diritto a una buona amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 145 ss.; R. Bifulco, *Art. 41. Diritto ad una buona amministrazione*, in R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti: commentario della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 284 ss.

Anzitutto, quello di favorire una circolazione ed un'ibridazione spontanea dei modelli e degli istituti giuridici, sia in senso verticale che in senso orizzontale. In secondo luogo, quello di restituire all'ordinamento di origine quei medesimi principi, ma trasmutati nel loro volto, per effetto di una rielaborazione svolta in un'ambientazione comune ed europea[93].

La Corte di Giustizia, del resto, riconosce ormai da lungo tempo il carattere vincolante dei principi in questione, non solo nei confronti delle istituzioni comunitarie, ma anche degli stessi Stati membri, quantomeno quando essi sono chiamati ad attuare il diritto dell'Unione[94]. Il registrato *trend* di una loro applicazione anche al di fuori degli ambiti di stretta pertinenza di quest'ultimo si spiega, poi, almeno nel nostro ordinamento, in ragione del principio di uguaglianza e del divieto di disparità di trattamento, e quindi di alcune precise scelte compiute dal legislatore italiano[95].

Così, da un lato, l'esigenza di evitare discriminazioni in tutti i casi in cui dall'applicazione del principio comunitario possa derivare un trattamento giuridico più favorevole di quello che potrebbe garantire la norma nazionale (principi di effettività ed equivalenza)[96], e, dall'altro, la posizione di norme come l'art. 117, comma 1 Cost. e l'art. 1, comma 1 della l. n. 241/1990 fanno sì che anche i pubblici poteri nazionali italiani siano chiamati ad ispirarsi, se non più propriamente ad uniformarsi, a tutti i principi dell'ordinamento comunitario (principio della *primauté*).

---

[93] A. Massera, *Una disciplina europea del procedimento amministrativo?*, cit., p. 201; G. Falcon, *Tendenze del diritto amministrativo e dei diritti amministrativi nell'Unione europea*, in Id. (a cura di), *Il diritto amministrativo dei Paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, cit., pp. 10-11.

[94] CGCE, 2 settembre 1979, in causa C-230/78, *Eridania;* CGCE, 19 giugno 1990, in causa C-213/1989, *Factortame*; CGCE 19 novembre 1991, in cause riunite C-6/90 e 9/90l *Francovich*. Nella gerarchia delle fonti comunitarie i principi generali del diritto comunitario si pongono al livello più alto del diritto europeo, al medesimo livello del Trattato, se non proprio in una posizione superiore anche rispetto a quest'ultimo, posto il fondamentale utilizzo che la CGCE ne fa per interpretare le stesse norme del Trattato. Cfr. D. De Pretis, *I principi del diritto amministrativo europeo*, cit., pp. 44-45.

[95] Per un'applicazione dei principi di derivazione comunitaria *in ogni caso*, si veda in giurisprudenza Cons. St., Sez. V, 19 giugno 2009, n. 4035.

[96] D. De Pretis, *I principi del diritto amministrativo europeo*, cit., p. 53.

Per tale via, il principio di consensualità, veicolato dal principio di buona amministrazione, ritorna nel nostro ordinamento ulteriormente rafforzato.

Proprio l'art. 1 comma 1 della l. n. 241/1990, operando, come noto, un rinvio aperto e dinamico ai principi dell'ordinamento comunitario, integra il parametro della legalità dell'azione amministrativa[97].

Ne discende anzitutto che se l'amministrazione è tenuta ad agire «secondo le modalità previste … [anche] dai principi dell'ordinamento comunitario», occorrerà che, nel valutare discrezionalmente quale strumento sia più idoneo al perseguimento dell'interesse pubblico, essa debba tenere in debito conto i medesimi vincoli comunitari derivanti dal rispetto del principio di buona amministrazione e, dunque, di consensualità.

Inoltre, se l'attività amministrativa che si discosta dai principi comunitari è affetta da invalidità[98], tale potrebbe essere anche quella che l'amministrazione abbia preferito porre in essere in via unilaterale anziché per via consensuale. In tal caso, una obiettiva considerazione dei profili di illegittimità del provvedimento, da parte del giudice, non dovrebbe però mai andare disgiunta anche da un'ulteriore valutazione. Resta infatti ferma la considerazione per cui la

---

[97] A. Massera, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale*, in *Dir. amm.*, 4, 2005 p. 721 ss.

[98] Non possiamo qui prendere posizione su una delle due tesi costantemente contrapposte in tema di invalidità del provvedimento amministrativo anticomunitario, per le quali si rinvia pertanto a S. Sticchi Damiani, *Violazioni del diritto comunitario e processo amministrativo*: *dal principio di supremazia ai principi di effettività ed equivalenza*, Torino, Giappichelli, 2012; M. P. Chiti, *Le peculiarità dell'invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2, 2008, p. 477 ss.; Id., *L'invalidità degli atti amministrativi per violazioni di disposizioni comunitarie e il relativo regime processuale*, in *Dir. amm*., 2003, p. 687 ss.; S. Civitarese Matteucci, G. Gardini, *Il primato del diritto comunitario e l'autonomia processuale degli Stati membri: alla ricerca di un equilibrio sostenibile,* in *Dir. pubbl.*, 1, 2013, p. 1 ss.; M. Delsignore, *La disapplicazione dell'atto in violazione del diritto comunitario non impugnato*, in *Dir. proc. amm*., 2008, p. 271 ss.; M. Macchia, *La violazione del diritto comunitario e l'"eccezione disapplicativa"*, in *Gior. dir. amm*., 8, 2007, p. 861 ss.; G. Greco, *Incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi italiani*, in M.P. Chiti, G. Greco, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., p. 936 ss.; Id., *Fonti comunitarie e atti amministrativi italiani* in L. Vandelli, C. Bottari, D. Donati (a cura di), *Diritto amministrativo comunitario*, Rimini, Maggioli, 1994, p. 89 ss.

predilezione per lo strumento consensuale sia sostenibile solo quando, dalla partecipazione del privato alla conformazione del contenuto del potere, possa derivare un effetto utile in vista della migliore soddisfazione dell'interesse pubblico.

Proprio il riferimento testé operato all'organo giurisdizionale induce a riflettere su un altro risvolto del ritorno nel nostro ordinamento del principio di consensualità "comunitarizzato".

Come già si accennava, anche il giudice amministrativo italiano ha manifestato infatti più di recente una nuova e diversa attitudine di "apertura laterale" verso altri ordinamenti nazionali dell'Unione. Così ha fatto per esempio il TAR Trentino Alto Adige quando, nel risolvere una controversia in tema di annullamento in autotutela di un permesso di costruire, non si è limitato ad applicare le disposizioni di cui all'art. 21*nonies* della l. n. 241/1990, ma di esse ha dato un'interpretazione aperta ad accogliere anche le equivalenti soluzioni approntate dall'ordinamento tedesco[99].

Proprio il riconoscimento di un comune diritto europeo, che trae vigore dalle tradizioni giuridiche nazionali, va quindi a stimolare e giustificare ulteriormente l'applicazione, ragionata, anche delle soluzioni offerte dai giudici degli altri Paesi membri.

Se è vero che il principio *iura novit curia* si estende già al di là dei limiti del diritto nazionale, ciò nondimeno potrebbe fornire al giudice italiano, come pure si sta avviando a fare, ulteriori argomentazioni per trarre insegnamenti utili da altri modelli europei.

Così, in un continuo e costante processo di "fertilizzazione" delle comuni esperienze giuridiche, ben potrebbero essere interpretate le disposizioni dell'art. 11 della l. n. 241/1990 alla luce dei distinti ordinamenti europei, per un'integrazione delle carenze e per un arricchimento delle soluzioni anche nell'amministrazione per accordi.

Infine, occorre ragionare, in questa sede, su un altro aspetto.

Il riferimento è, con ogni evidenza, all'art. 13 della l. n. 241/1990 e al letterale divieto di applicazione degli istituti della partecipazione, ivi inclusi gli accordi amministrativi, nei procedimenti volti all'e-

[99] TAR Trentino Alto Adige, Trento, Sez. I, 16 dicembre 2009, n. 305. Cfr. per questi aspetti, G. DELLA CANANEA, *Il rinvio ai princìpi dell'ordinamento comunitario*, in M. A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 108-109.

manazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e programmazione.

Proprio alla luce delle considerazioni sin qui svolte, si potrebbe ritenere che, se così interpretato, l'art. 13 sarebbe in contrasto con i principi comunitari di buona amministrazione e di consensualità, di talché se ne imporrebbe una sua disapplicazione in sede di eventuale contenzioso, se non proprio una sua illegittimità costituzionale per violazione della fonte comunitaria interposta, *ex* art. 117 comma 1 Cost.[100].

Secondo tuttavia un'opzione che qui si preferisce, andrebbe piuttosto valorizzata un'interpretazione positiva della norma, tale da ricondurre il limite applicativo ivi previsto all'unica spiegazione possibile, ossia quella di clausola di rinvio a favore della legge speciale.

Ferma infatti l'opportunità di una riformulazione della disposizione, una sua lettura conforme a Costituzione e attenta ai vincoli comunitari da essa discendenti induce a considerare soprattutto l'ultima parte dell'art. 13, che riserva, appunto, ai procedimenti prodromici all'emanazione di atti normativi, generali, di pianificazione e programmazione, le «particolari» forme di partecipazione previste dalla legislazione speciale.

Una lettura di questo tipo porta a ritenere che l'amministrazione possa legittimamente fare ricorso a forme consensuali non solo nell'ambito dell'attività provvedimentale, ma anche in quella normativa e in quella volta all'emanazione di atti amministrativi generali, di pianificazione e programmazione, salva la precisazione che, in tal caso, occorrerebbe pur sempre una previsione espressa da parte della legislazione di settore.

Una lettura di questo tipo, se accolta, porta inoltre a ritenere che il principio di consensualità, evocato attualmente dall'art. 11 l. n. 241/1990, possa essere inteso anche come principio generale dell'attività amministrativa nel diritto interno[101].

---

[100] È stato del resto sostenuto, con riferimento al governo del territorio, che una normativa, che esclude *in toto* qualsiasi partecipazione dei soggetti interessati alla formazione di piani urbanistici con effetti conformativi della proprietà, presenterebbe aspetti di incostituzionalità anche sotto il profilo dell'irragionevolezza. Così A. Fiale, *Diritto Urbanistico*, Napoli, Edizioni giuridiche Simone, 2006, p. 66 ss.

[101] In dottrina, qualifica il principio di consensualità alla stregua di un principio generale dell'azione amministrativa A. Contieri, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi*, Napoli, Editoriale scientifica, 2000,

Del resto, secondo la definizione che di principi generali ha fornito la Corte Costituzionale, con tale espressione si può fare riferimento proprio a «quegli orientamenti e quelle direttive di carattere generale e fondamentale, che si possono desumere dalla connessione sistematica, dal coordinamento e dalla intima razionalità delle norme che concorrono a formare, in un dato momento storico, il tessuto dell'ordinamento giuridico vigente». Inoltre, sostiene la Corte, «i principii generali che scaturiscono da questa coerente e vivente unità logica e sostanziale del diritto positivo possono riflettere anche determinati settori per convergere poi in sempre più elevate direttive generali coerenti allo spirito informatore di tutto l'ordinamento»[102].

Pertanto, se tale principio può caratterizzare, senza deroga alcuna, l'attività della pubblica amministrazione, «va da sé che esso debba riguardare ogni occasione di esercizio del potere»[103].

L'art. 13 non può in definitiva essere inteso, in presenza di un principio di consensualità del quale può effettivamente cogliersi la natura di principio generale del diritto amministrativo, come un ostacolo nell'ammettere gli accordi tra pubblica amministrazione e privati oltre che nell'ambito dell'attività provvedimentale anche in quella amministrativa generale e in quella normativa.

E v'è ormai più di un argomento che autorizzerebbe a sostenerlo.

---

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 della Commissione Nigro, sebbene espunto dalla legge n. 241, si è poi prepotentemente imposto nell'ordinamento in tanti settori …». Annoverano ugualmente il principio di consensualità tra i principi generali del diritto amministrativo anche A. Bartolini, A. Pioggia, *La legalità dei principi di diritto amministrativo e il principio di legalità*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., p. 83, ove gli autori rilevano come, a partire dagli anni '90, risulti frequente l'impiego di formule quali "amministrazione partecipata", "amministrazione consensuale, "amministrazione di risultato" e, come lo stesso giudice amministrativo faccia sovente applicazione dei principi di «trasparenza amministrativa, partecipazione, consensualità, semplificazione, *etc.*». Si veda d'altra parte la di per sé significativa collocazione dello stesso «principio di contrattualità» tra i principi del diritto amministrativo compiuta in quest'ultima opera. Cfr. G. Napolitano, *Il principio di contrattualità*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., p. 551 ss.

[102] C. Cost. 26 giugno 1956, n. 6.

[103] S. Civitarese Matteucci, *Sul fondamento giuridico degli accordi in materia di fissazione delle prescrizioni urbanistiche*, in F. Pugliese, E. Ferrari (a cura di), *Presente e futuro della pianificazione urbanistica*, cit., p. 167.

3.7. Il principio di consensualità come principio fondamentale del governo del territorio

Posto dunque che anche in forza del diritto comunitario, il principio di consensualità può essere inteso come un principio generale del diritto amministrativo, e che, come tale, a spregio di quanto disposto dall'art. 13, esso può informare ogni occasione di esercizio del potere pubblico, si corrobora l'idea secondo la quale l'amministrazione è legittimata ad impiegare forme consensuali nell'attività di pianificazione e programmazione, non solo di livello attuativo, come già era stato ammesso dalla giurisprudenza ordinaria[104], ma anche di livello generale.

Del resto, sempre secondo l'insegnamento della Corte Costituzionale, è possibile sostenere che i principi generali per la loro astrattezza e generalità possono anche essere principi fondamentali per un determinato settore o per talune materie, salvo precisare che non può anche sostenersi il contrario[105].

Ne discende che il principio di consensualità può essere inteso, anche per tale via e a dispetto dell'art. 13, come un principio fondamentale del governo del territorio[106].

---

[104] In questo senso Cass. SS.UU, 15 dicembre 2000, n. 1262, e prima ancora Cass., SS.UU., 11 agosto 1997, n. 7452; Cass., SS.UU., 25 novembre 1998, n. 11934.

[105] C. Cost. 22 dicembre 1961, n. 68; C. Cost. 2 aprile 1964, n. 28. Sulla nozione di principi generali si vedano, in dottrina, N. Bobbio, *Principi del diritto*, in *Nov.mo dig. it.*, XIII, p. 889 ss.; V. Crisafulli, *Per la determinazione del concetto dei princìpi generali del diritto*, in *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico,* Pisa, 1941; G. Del Vecchio, *Sui principi generali del diritto*, in *Studi sul diritto*, I, Milano, 1958, p. 205 ss.; R. Dworkin, *Taking rights seriously*, Londra, 1977, 2a ed., 1978; A. Falzea, *I principi generali del diritto*, ora in Id., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. I. Teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 335 ss.; S. Bartole, *Princìpi generali del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, 1986, p. 494 ss.

[106] D'altronde, sembra opportuno precisare che in tutti i passati e presenti Disegni di legge in materia di Principi fondamentali nella materia del governo del territorio, il principio di consensualità viene sempre menzionato. Si veda da ultimo il d.d.l. licenziato dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, recante *Principi in materia di politiche pubbliche territoriali e di trasformazione urbana*, il cui art. 1 così recita: «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 sod-

Invero, non può qui essere sottaciuto come l'attuale d.d.l. di riforma costituzionale, A.S. n. 1429-A[107], abrogata la competenza concorrente, riservi allo Stato, nell'esercizio della propria potestà legislativa esclusiva, la competenza a dettare «disposizioni generali e comuni» per la materia (art. 117, comma 2, lett. u).

Non appare ancora del tutto chiaro, però, se con la nuova ed inedita espressione si intenda semplicemente rimpiazzare la precedente dicitura dei principi fondamentali, mantenendo quindi con una nuova formula la precedente potestà concorrente, o se con essa si alluda ad un qualcosa di diverso che non debba necessariamente presupporre una disciplina regionale di attuazione[108]. Vero è che qualora si voglia accedere alla seconda interpretazione offerta, la qualificazione di principio di consensualità in termini di principio generale sarebbe comunque di per sé sufficiente a legittimare forme di accordo sulle prescrizioni urbanistiche, stante la direzione tipicamente orizzontale e trasversale dei principi in parola.

Tuttavia, nell'attesa che il testo di riforma costituzionale superi il vaglio delle prossime letture parlamentari, non possono che essere svolte alcune considerazioni a quadro normativo vigente.

Al momento, perciò, continuano a non sembrare condivisibili quelle argomentazioni che fanno leva proprio sull'art. 13 e sull'assenza di un principio fondamentale in base al quale sia ammissibile una definizione consensuale *anche* degli strumenti urbanistici generali, per escludere la possibilità giuridica degli accordi di pianifica-

---

disfazione delle esigenze connesse al fabbisogno abitativo, privilegiando il rinnovo e la qualificazione del patrimonio edilizio, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, adeguatezza, differenziazione, consensualità, 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».

[107] A.S. n. 1429-A, *Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione*, approvato in prima lettura al Senato e alla Camera.

[108] Sostengono rispettivamente le due posizioni, V. Cerulli Irelli, *Sulla riforma costituzionale in corso di approvazione in Italia*, p. 10, e L. Vandelli, *Nuove prospettive per il Senato delle autonomie*, p. 20 ss., entrambi in *Astrid Rassegna* 16, 2014.

zione e, conseguentemente, per sostenere l'illegittimità costituzionale delle norme regionali in materia[109].

D'altra parte, nella lettura della norma che qui si accoglie, è alla consapevolezza della specialità e della suddivisione ordinamentale delle attività dell'amministrazione che si lega la deroga dell'art. 13. Ed è un dato acquisito che di pianificazione urbanistica possa parlarsi in termini di ordinamento autonomo, dotato di proprie regole, erigibili a sistema[110].

Ne deriva che se pure la particolarità delle attività tipiche dell'ordinamento urbanistico le rende non immediatamente e complessivamente riconducibili all'ordinamento generale, ciò però non esclude che i principi desumibili dalla legge sul procedimento possano applicarsi anche alle prime[111].

L'art. 13 quindi è norma che si limita ad escludere un'automatica estensione degli istituti propri dell'azione amministrativa generale anche all'ordinamento urbanistico, la cui disciplina legislativa di dettaglio spetta, del resto, alle Regioni. E a queste è richiesto, perciò, non tanto di reintrodurre ciò che dall'art. 13 sarebbe stato

---

[109] Così, G. Pagliari, *Gli accordi urbanistici tra p.a. e privati*, cit., p. 474 ss.; B. Cavallo, *Sussidiarietà orizzontale e L. n. 241/1990 nel governo del territorio*, in *RGU*, 3, 2006, p. 395 ss.; D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 2005, p. 336; M. Magri, *Gli accordi con i privati nella formazione dei piani urbanistici strutturali*, 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».

[110] P. Stella Richter, *Il sistema delle fonti della disciplina urbanistica*, in *RGU*, 1989, p. 607 ss.

[111] P. Urbani, *L'urbanistica consensuale, la disciplina degli usi del territorio tra liberalizzazione, programmazione negoziata e tutele differenziate*, Torino, Bollati Boringhieri, 2000, p. 86 ss.; S. Civitarese Matteucci, *Sul fondamento giuridico degli accordi in materia di fissazione delle prescrizioni urbanistiche*, cit., p. 167 ss. In giurisprudenza, vd., p. es., 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 incontro delle due volontà non avviene in termini indiscriminati, a prescindere da qualsiasi parametro urbanistico prefissato».

escluso, quanto di *dover* rispettare tutti quei principi della legge sul procedimento che reggono l'esercizio delle funzioni amministrative, ivi incluso il principio di consensualità[112].

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»[113].

Il richiamo alla competenza legislativa concorrente delle Regioni consente di completare i rilievi testé operati con l'art. 29 della legge *de qua*[114].

Come noto, l'art. 29 limita attualmente l'applicazione delle norme della LPA ai soli procedimenti delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali; mentre per le Regioni e gli enti locali, nei rispettivi ambiti di competenza, tali disposizioni valgono come 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 potrebbe dirsi dell'art. 13[115]: una deroga agli istituti della partecipazione, infatti, non può di certo essere concepita come norma di principio vincolante la potestà legislativa concorrente, e di conse-

---

[112] S. Civitarese Matteucci, *Sul fondamento giuridico degli accordi in materia di fissazione delle prescrizioni urbanistiche*, cit., p. 169.

[113] Cons. St., Sez. VI, 1 ottobre 2002, n. 5105, cit. da C. Cudia, *La partecipazione ai procedimenti di pianificazione territoriale tra chiunque e interessato*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2008, p. 264 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».

[114] Sulla disposizione in questione si veda B. G. Mattarella, *I procedimenti delle regioni e degli enti locali*, in *Gior. dir. amm.*, 11, 2009, p. 1137 ss.; G. Morbidelli, *In tema di art. 29 l. 241/1990 e di principi generali del diritto amministrativo*, in www.giustamm.it.

[115] P. Urbani, *L'urbanistica consensuale*, cit., p. 81.

guenza, «è lecito attendere ed auspicare limitazioni a tale deroga generale da parte del legislatore regionale»[116].

Né d'altra parte tali osservazioni potrebbero essere smentite, ed anzi trovano probabilmente maggiore sostegno nell'attuale testo di riforma della Carta costituzionale, che colloca la disciplina del procedimento amministrativo proprio tra le nuove materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato.

Al momento in cui si scrive, sembra si possano confermare tali considerazioni proprio alla luce delle modifiche apportate allo stesso art. 29 dalla l. n. 69/2009, intervento, quest'ultimo, che già si poneva nel senso di un rafforzamento della potestà legislativa statale, o, come è stato detto, nel senso di «un'utile forzatura» della stessa[117].

Il comma 1 dell'art. 29 estende infatti ora l'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 11 non solo alle amministrazioni statali e agli enti pubblici nazionali, ma «a tutte le amministrazioni pubbliche», ivi incluse quindi le Regioni.

In secondo luogo, il comma 2*bis*, 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 comma 2*quater* 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 2*bis* e 2*ter*, ma possono prevedere livelli ulteriori di tutela».

Se ne deve desumere anche per tale via che, da un lato, la *voluntas legis* va nel senso di un maggiore irrobustimento di tutti gli istituti della partecipazione nel procedimento amministrativo, ivi inclusi gli accordi tra pubblica amministrazione e privati, e, dall'altro, che le norme che li disciplinano vincolano anche il legislatore regionale.

Si palesa, in definitiva, un contrasto anche tra l'attuale art. 29 e

---

[116] N. Assini-P. Mantini, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 177.

[117] Così, G. Morbidelli, *In tema di art. 29 l. 241/1990*, cit., p. 3.

l'art. 13, a meno che non si voglia davvero concepire quest'ultimo come "clausola di salvaguardia" degli ordinamenti particolari, incluso quello urbanistico.

Con riferimento agli accordi di pianificazione, ammettendo, dunque, che, nella perdurante assenza di una legge cornice in materia di governo del territorio e nell'attesa che si delinei il nuovo riparto di competenze fissato nella riforma costituzionale in discussione al Parlamento, al legislatore regionale resta, nella disciplina del procedimento pianificatorio, il quadro dei principi fondamentali desumibili dalla LPA, 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 anche le disposizioni regionali che già li disciplinano.

Alla luce della riconsiderazione dei limiti (apparenti) posti dall'art. 13 e della qualificazione del principio di consensualità in termini di principio generale del diritto amministrativo, non resta ora che verificare quali possano ancora essere le sue ulteriori potenzialità applicative.

È perciò alla figura dell'accordo normativo che affidiamo, in ultimo, la nostra trattazione.

Capitolo II

GLI ACCORDI NORMATIVI

Sommario: 1. Gli accordi normativi tra pubblica amministrazione e privati: alla ricerca di una definizione. – 1.1. Gli accordi normativi nel diritto comparato e nel diritto comunitario. – 1.2. Le possibili classi di accordi normativi: accordi sostitutivi e accordi procedimentali non vincolanti. – 2. Possibilità giuridica degli accordi normativi nel diritto interno. – 2.1. Gli accordi di pianificazione come accordi normativi. – 3. La disciplina sostanziale e procedimentale degli accordi normativi. – 3.1. Forma e causa degli accordi normativi. – 3.2. Effetti, validità ed esecuzione degli accordi normativi. L'oggetto, il rapporto e il procedimento. – 3.2.1. Mancata esecuzione delle clausole contrattuali dell'accordo normativo. – 3.2.2. Clausole normative dell'accordo normativo, poteri di modifica unilaterale dell'amministrazione e tutela del terzo.

1. *Gli accordi normativi tra pubblica amministrazione e privati: alla ricerca di una definizione*

I pochi riferimenti alla categoria degli accordi normativi tra amministrazione e privati sono rintracciabili quasi esclusivamente nei commenti ai lavori preparatori della Legge sul procedimento amministrativo. Come noto, con grande rimostranza dei membri della Commissione, questa fattispecie venne espunta dal testo definitivo del d.d.l. 1913/87 dal Consiglio dei Ministri, prima ancora che su di essa potesse pronunciarsi l'Adunanza Generale del Consiglio di Stato[1].

[1] Nell'originario schema di disegno di legge elaborato dalla Commissione Nigro, l'art 5 del Titolo I così recitava: «allo scopo di accelerare lo svolgimen-

Sulla base delle interpretazioni e delle giustificazioni che di questa fattispecie sono comunque state offerte, è possibile qualificare gli accordi normativi come accordi pubblico-privato sull'esercizio del

---

to 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». Il «principio di contrattualità», così definito, veniva quindi declinato in quattro tipologie specifiche di accordi: gli accordi procedimentali, 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 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 rappresentava perciò, 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. Inevitabili le critiche di G. Pastori, membro della Commissione, che più da vicino contribuì alla redazione delle norme eliminate. Cfr. G. Pastori, *L'amministrazione per accordi nella recente progettazione legislativa*, cit., 1990, p. 80 ss. Così ebbe ad esprimersi sulle modifiche apportate 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,* cit., p. 5 ss. 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*, cit., p. 1932.

potere pubblico finalizzato all'emanazione di atti normativi o amministrativi generali[2].

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»[3].

Non si tratterebbe, dunque, tanto «di vincolare preventivamente l'esercizio di potestà amministrative mediante accordi … quanto

---

[2] Sulla distinzione, ovvero sull'irrilevanza 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 ss.; M.S. Giannini, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali,* in *Foro It.,* 1953, III, p. 9 ss.; G. Guarino, *Sul carattere discrezionale dei regolamenti,* in *Foro It.,* 1953, I, 535 ss.; A. M. Sandulli, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo,* in *Foro It.*, 1953, p. 217 ss.; Id., *Precisazioni in tema di atti normativi ed atti applicativi della Pubblica Amministrazione*, in *Studi in onore di Biagio Petrocelli,* Milano, 1972, III, p. 1515 ss.; G. Santaniello, *Gli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, Milano, Giuffrè, 1963; P. Virga, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 143 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 ss.; Id., *Il nome proprio degli atti normativi e la legge n. 400 del 1988*, in *Giur. Cost.*, 1988, p. 1494 ss.; U. De Siervo, *Norme secondarie e strumenti di direzione dell'amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 1992; G. Sciullo, *Potere regolamentare, potere «pararegolamentare» e pubblica amministrazione: gli orientamenti del giudice amministrativo dopo la L. 400/1988*, in *Le Regioni*, 5, 1993, p. 1277 ss.; C. Tubertini, *Gli atti di determinazione di aliquote d'imposta e il discusso limite tra atti normativi ed atti amministrativi generali*, in *Giur. It.*, 6, 1998, p. 1275 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 ss.; A. Romano Tassone, *La normazione secondaria*, in L. Mazzarolli e altri (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit., p. 183 ss.; G. Della Cananea, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, CEDAM, 2000; G. Clemente di San Luca, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Napoli, Jovene, 2003; M. Cocconi, *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi generali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2009, p. 707 ss.

[3] A. Quaranta, *Il principio di contrattualità nell'azione amministrativa e gli accordi procedimentali, 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, Milano, Giuffrè, 1989, p. 194.

… dell'esercizio stesso della funzione amministrativa che si realizza nella sua fase progettuale con l'accordo» stesso[4].

Essi pertanto si configurano come «un atto contenente una disciplina generale che sarebbe poi … eseguita anche attraverso provvedimenti»[5].

Può qui, dunque, farsi riferimento al caso tipico, nel quale si era soliti ravvisare un'ipotesi di accordo normativo durante il dibattito che porterà alla l. n. 241/1990: gli accordi sindacali previsti dalla Legge-quadro sul pubblico impiego del 29 marzo 1983, n. 193[6].

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, occorreva che le norme conven-

---

[4] G. Pastori, *L'amministrazione per accordi nella recente progettazione legislativa*, cit., p. 88. Dello stesso autore si veda anche Id., *Accordo e organizzazione amministrativa*, in A. Masucci (a cura di), *L'accordo nell'azione amministrativa*, cit., 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".

[5] A. Contieri, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi*, cit., p. 76.

[6] 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*, in *Enc. dir.*, X, 1962, p. 123.

zionalmente definite con l'accordo fossero *recepite* ed *emanate* da apposito decreto del Presidente della Repubblica (art. 6 u.c.).

Invero, sul rapporto tra accordo sindacale e decreto presidenziale vennero prospettate diverse tesi in dottrina[7].

Secondo una prima impostazione, l'accordo collettivo sarebbe stato di per sé vincolante e non modificabile, mentre il decreto presidenziale veniva a svolgere un ruolo meramente formale e passivo rispetto all'accordo stesso[8].

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 regolamentare[9].

Alla base di tali ultime argomentazioni vi era, con ogni evidenza, la difficoltà oggettiva e comprensibile di spiegare la possibile esistenza di un regolamento negoziato.

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*.

---

[7] Cfr. per questi aspetti, A. Orsi Battaglini, *Gli accordi sindacali nel pubblico impiego. Pluralismo giuridico, separazione degli ordinamenti e forme di comunicazione*, Milano, Giuffrè, 1982, in particolare, p. 192 ss.

[8] 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, Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 1979, Milano, Giuffrè, 1980, p. 268 ss.; L. Rainaldi, *Gli accordi sindacali nel pubblico impiego*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1978, p. 1419 ss.

[9] Si veda, sul punto, F. Merusi, *Vicende e problemi della contrattazione collettiva nell'impiego ospedaliero*, in Aa.Vv., *Pubblico impiego e contrattazione collettiva*, cit., p. 42 ss.; A. Romano, *Pubblico impiego e contrattazione collettiva: aspetti pubblicistici*, in *Giur. Cost.*, 1980, p. 189 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 ss.; F.P. Rossi, *La contrattazione collettiva nel parastato*, Padova, CEDAM, 1978.

Degli accordi sindacali, in definitiva, poteva perciò dirsi che essi erano accordi preparatori e non vincolanti; che erano accordi procedimentali, 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»[10].

1.1. Gli accordi normativi nel diritto comparato e nel diritto comunitario

Se così è, e prima di verificare se oggi l'accordo normativo possa essere validamente ammesso nel nostro ordinamento, occorre qui richiamare gli esiti dell'indagine comparata svolta nei capitoli precedenti.

L'analisi compiuta dimostra infatti che esiste anche in altri Paesi 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.

Con riferimento anzitutto alla Francia, è proprio in questo Paese che si rinviene la maggiore produzione dottrinale a proposito della figura.

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 Laubadére, 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 di L. Duguit e, in particolare, nel modello dell'*union* e della *convention-loi*, era che *effets réglementaires* potessero essere prodotti non

[10] A. Quaranta, *Il principio di contrattualità nell'azione amministrativa e gli accordi procedimentali, normativi e di organizzazione*, cit., p. 224. Fornisce una visione più propriamente contrattuale, invece, G. Pastori, *L'amministrazione per accordi nella recente progettazione legislativa*, cit., p. 77 ss.

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 securité 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*).

E d'altronde la parzialmente diversa teoria delle *clauses réglementaires* dei *contrats administratifs* costituisce, oggi, una peculiarità tipica dell'ordinamento francese, su cui si stanno dischiudendo nuovi possibili scenari per la consensualità amministrativa.

In tal caso, infatti, è lo stesso *Conseil d'Etat* a ravvisare e riconoscere la compresenza di clausole di natura contrattuale (*clauses contractuelles*) e di clausole di natura regolamentare (*clauses réglementaires*) nel negozio frutto dell'incontro delle volontà di un soggetto pubblico e di un soggetto privato e contro cui possono essere azionate le pretese dei terzi.

Anche la Germania, del resto, ha conosciuto, a partire dalle peculiari elaborazioni di Anshütz sulla *Vereinbarung*, forme contrattuali di produzione normativa, ancorché concluse tra soggetti di diritto pubblico.

Alla più recente figura del *Normensetzungsvertrag* vengono invece ricondotti gli accordi in materia di prezzi e tariffe, *Tarifverträge* e gli stessi contratti tra amministrazione e privati aventi ad oggetto l'emanazione, la conservazione o la modificazione delle norme contenute in un piano regolatore.

Infine, gli accordi normativi non sono sconosciuti neppure all'ordinamento spagnolo, ove, come visto, si ammettono 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.

Analoga qualificazione, poi, è stata proposta nel diritto tributario anche per gli *acuerdos previos de valoración* e, non per ultimo, per gli stessi *convenios urbanísticos de planeamiento*. Tant'è che non sono neppure mancate proposte di modifica dell'art. 88 della *LRJAP*, volte ad introdurre una disciplina generale appositamente pensata per gli accordi normativi.

Un cenno, infine, merita di essere compiuto anche all'ordinamento comunitario e ai c.d. accordi ambientali, forme di accordo volontario tra autorità pubbliche e soggetti privati, che sostituiscono *tout court* la fonte normativa.

Essi sono stati promossi 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 legislativa tradizionale[11].

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 in-

[11] 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*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, p. 135 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, Padova, CEDAM, 2013.

corporato in un atto legislativo, al fine di garantire la più ampia diffusione dello stesso[12].

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 normativa ordinaria se lo strumento negoziale non raggiunge i risultati previsti.

1.2. Le possibili classi di accordi normativi: accordi sostitutivi e accordi procedimentali non vincolanti

Se si volesse compiere perciò una classificazione sommaria e di massima, si potrebbe ritenere che nel panorama comparato e comunitario ricorrano 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*.

Possono essere considerati tali, per esempio, gli accordi ambientali di derivazione comunitaria, ma anche gli accordi in materia di prezzi e tariffe, *Tarifverträge*, presenti in Germania, gli *acuerdos previos de valoración* del diritto tributario spagnolo, e, infine, le *conventions de délégation de service public* francesi.

---

[12] 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*, Milano, Franco Angeli, 2004.

In tutte queste ipotesi ricorre una specifica norma, che autorizza la diretta produzione di effetti da parte dell'atto bilaterale.

In altri casi, invece, il legislatore si è riservato di scegliere ed avallare forme consensuali a carattere normativo di tipo procedimentale, non vincolanti per il soggetto pubblico e che necessitano di un atto-fonte per la produzione di effetti nei confronti dei terzi.

Questo secondo tipo di accordo si spiegherebbe, in particolare, in ragione della scelta 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 previsti nell'ordinamento spagnolo, così come i *convenios urbanísticos de planeamiento* e le corrispondenti fattispecie dei *Planungsvereinbarungen* tedeschi.

2. *Possibilità giuridica degli accordi normativi nel diritto interno*

Tratteggiata così la possibile fisionomia degli accordi normativi, resta da capire se essi, un volta espunti dal legislatore italiano dall'ordito definitivo della l. n. 241/1990, siano comunque giuridicamente possibili anche nel nostro ordinamento, o se, al contrario, la loro eliminazione sia valsa anche come definitiva cesura rispetto a questa figura.

In tal senso, va qui ribadito che gli accordi normativi non sarebbero accordi amministrativi nel senso specificato dall'art. 11 della l. n. 241/1990, e ad essi sarebbero irriducibili proprio per la fondamentale considerazione che, in tal caso, ricorre non un provvedimento ma un atto amministrativo generale ovvero un regolamento.

Occorre perciò chiedersi se il principio di consensualità nell'azione amministrativa, pur evocato dall'art. 11, possa comunque giustificare il ricorso a questa diverso modulo consensuale.

Ed invero a noi pare che esso, per come si esprime e si atteggia nel nostro ordinamento, possa costituire il titolo legittimante anche per forme di negoziazione normativa tra pubblico e privato.

Le osservazioni sin qui svolte ci hanno portato ad affermare che esso è un principio generale dell'azione amministrativa. Inoltre, il

suo essere attuazione del principio comunitario di buona amministrazione fa sì che esso "ritorni" nel nostro ordinamento in maniera rafforzata, per effetto, in particolare, delle disposizioni di cui agli artt. 117, comma 1 Cost. e 1, comma 1 LPA. Tale peculiare natura porta inoltre a riconoscerne anche il ruolo di principio fondamentale nella materia del governo del territorio.

Ne discende che il principio di consensualità è tale da poter informare e conformare ogni occasione di esercizio del potere pubblico. Basti pensare, del resto, al fatto che nel nostro ordinamento non solo il potere di provvedere, ma anche il potere organizzativo e lo stesso potere sanzionatorio possono esprimersi e si esprimono attraverso modalità consensuali.

D'altra parte, il principio di consensualità, in quanto principio generale dell'azione amministrativa, è chiamato a svolgere anche un'altra funzione fondamentale, che gli viene assegnata direttamente dall'art. 12 delle Preleggi.

La norma autorizza l'interprete a fare appello ai principi generali ogniqualvolta sussista la necessità di colmare una lacuna nell'ordinamento, e cioè non solo quando non vi sia una disposizione espressa ma anche quando non si possa risolvere la questione interpretativa ricorrendo al metodo dell'*analogia iuris*[13].

Sembra, perciò, che vi siano sufficienti motivi per ritenere che gli accordi normativi possano trovare uno spazio giuridico proprio grazie al su richiamato principio.

Diverso ed ulteriore è, invece, il discorso se essi possano assumere anche efficacia vincolante, nel senso che obbligano il soggetto pubblico a recepire nell'atto-fonte il contenuto di quanto pattuito, nel caso di accordo normativo procedimentale, ovvero nel senso che possano direttamente produrre effetti innovativi per l'ordinamento, nel caso di accordo normativo sostitutivo.

L'aspetto problematico della questione discende anzitutto dalla particolare collocazione che essi assumono nell'intersezione tra una dimensione privata ed egoistica ed una prospettiva generale e democratica di esercizio del potere pubblico.

Inoltre, esso deriva dalla presenza di una norma – l'art. 13 della

[13] S. Bartole, *Princìpi generali del diritto*, cit., p. 494 ss.

l. n. 241/1990 – che nell'interpretazione positiva che qui si accoglie richiede comunque un'abilitazione legislativa espressa perché siano ammesse forme di partecipazione ampia, come quelle previste dagli artt. 7 e ss., nei procedimenti volti all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e programmazione.

Si pone, pertanto, il problema di una norma-base che legittimi il ricorso all'accordo anche in questi settori dell'attività amministrativa.

In tal senso, l'art. 11 non è sufficiente.

Esso sì, è bene ribadirlo, esprime attualmente il principio di consensualità, che è principio generale del diritto amministrativo. Tuttavia questa disposizione, pur sempre relativa all'attività provvedimentale, non può essere intesa anche come norma giustificatrice gli accordi normativi tra amministrazione e privati.

Pertanto, stante il tenore letterale dell'art. 11 e dell'art. 13 ed in assenza di una previsione generale specificamente dedicata all'istituto, in tanto possono ammettersi nel nostro ordinamento accordi normativi atipici, in quanto essi abbiano carattere preparatorio, procedimentale e non vincolante[14].

D'altra parte, anche la stessa giurisprudenza amministrativa tende a negare efficacia vincolante alle forme di negoziazione che già ricorrono in via di prassi nei procedimenti regolatori delle Autorità amministrative indipendenti: in assenza di specifica previsione, la sola partecipazione dei privati a questi procedimenti non «obbligherebbe [l'Autorità anche] ad approvare uno schema di provvedimento concordato con gli operatori del settore»[15].

---

[14] Sul carattere non vincolante delle forme atipiche di partecipazione dei privati nei procedimenti volti all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, cfr. A. Zito, *L'ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione*, in M. A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., p. 586 ss. La giurisprudenza amministrativa ammette una partecipazione dei privati anche in assenza di una base legislativa, in ossequio al principio di buon andamento e in funzione di arricchimento dell'istruttoria procedimentale. Tuttavia il giudice esclude che, in tali casi, possano anche riprodursi specifiche ricadute in punto di legittimità dell'atto amministrativo finale per violazione delle garanzie partecipative del privato, proprio perché si tratta di forme di partecipazione non vincolanti. Cfr. Cons. St., IV, 16 ottobre 2006, n. 6172, *ivi* citata.

[15] È quanto sostenuto nelle proprie difese dall'Avvocatura dello Stato, le cui argomentazioni sono fatte proprie dallo stesso TAR Lombardia nella sentenza già

Ciò non toglie, si badi bene, che in presenza di una norma che li ammetta e li disciplini non possano anche aversi accordi normativi vincolanti e financo sostitutivi dell'atto amministrativo generale o dell'atto normativo, come per esempio già accade a proposito degli accordi ambientali disciplinati, nel nostro ordinamento, dall'art. 206 del Codice dell'ambiente, oppure come si potrebbe dire degli stessi contratti di servizio pubblico di cui all'art. 113 del TUEL[16]. Così come ciò non esclude che laddove una norma intervenga, questa possa optare per la soluzione minima degli accordi procedimentali e non vincolanti, come avviene a proposito degli accordi di pianificazione previsti dalla legislazione regionale.

D'altronde, anche lo stesso *Negotiated Rulemaking Act* americano, nel disciplinare in ogni sua fase il procedimento di negoziazione del contenuto di regolamenti amministrativi delle *agencies*, prevede che la fase di *Regulatory Negotiation* tra gli interessati e l'apposito *committee* si concluda con una mera proposta di regolamento.

Questa viene quindi trasmessa all'agenzia perché – secondo quanto previsto dall'art. 583 del APA (*Administrative Proceedure Act* del 1946) – possa riprendere corso il normale *iter* di formazione dell'atto normativo con il consueto meccanismo del *notice and comment*[17].

---

citata nella premessa introduttiva di questo lavoro, cui si rinvia per ulteriori riferimenti. Cfr. Tar Lombardia, Milano, Sez. IV, 1 dicembre 2004, n. 6091.

[16] Proprio la presenza nel contratto delle regole fondamentali del servizio pubblico che producono effetti diretti in capo agli utenti, in deroga al principio di relatività del contratto, e che ha suggerito, non a caso, diverse spiegazioni in dottrina circa la sua natura giuridica, ora in termini di accordo amministrativo ora di contratto privatistico esecutivo di decisioni amministrative (sull'organizzazione del servizio) altrove determinate, potrebbe essere spiegata anche inquadrando la fattispecie nella figura dell'accordo normativo vincolante. Sulla natura del contratto di servizio, si veda, anche per più ampi riferimenti, M. Dugato, *I servizi pubblici locali*, in S. Cassese, *Trattato di diritto amministrativo*, *Diritto amministrativo speciale*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 2581 ss.

[17] La fase procedurale di *Regulatory-Negotiation* si conclude quindi con una mera proposta, mentre l'atto finale resta l'atto autoritativo imputabile esclusivamente al soggetto pubblico. Cfr. su questi aspetti G. P. Manzella, *Brevi cenni sulla Regulatory Negotiation*, cit., p. 273 ss.; G. De Minico, *Regole comando e consenso*, cit., p. 282-285. Per un'analisi del *Federal Administrative Procedure Act*, cfr. D. Custos, *United States*, in J.-B. Auby (Ed.), *Codification of administrative procedure*, cit., p. 387 ss. e, nella dottrina italiana, G. Gardini, *Legislazione federale e legislazione statale in materia di procedimento amministrativo: l'esperienza degli Stati Uniti*, in *Regione e governo locale*, 5, 1992, p. 757 ss.

Pertanto, finché una norma-base non vi sia, la lettura (positiva) dell'art. 13 ci porta a ritenere che l'accordo normativo tra p.a. e privato possa assumere giuridica cogenza nel diritto pubblico solo con l'emanazione della fonte di diritto, in vista della quale esso viene stipulato tra le parti, ed acquisti efficacia se e solo se l'amministrazione, in piena autonomia, intenda recepirlo nell'atto-fonte, il solo in grado di produrre effetti *erga omnes.*

In assenza di una norma di questo tipo, pertanto, la p.a., pur addivenendo all'atto bilaterale, rimane 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 al contenuto dell'accordo.

Ed in effetti, sembra si possa ritenere che, in tal caso, l'unico effetto che la stipula produce nei confronti dell'amministrazione sia quello di obbligarla a motivare in maniera puntuale sulla propria decisione di non accogliere quanto concordato nell'atto normativo. Ciò che, invero, ad altro non corrisponderebbe se non alla tradizionale regola che impone al soggetto pubblico di motivare i propri provvedimenti negativi, o di rigetto dell'istanza del privato, elaborata dalla giurisprudenza a partire dagli anni Cinquanta del secolo scorso[18].

Simili considerazioni apparirebbero, del resto, in linea con i principi di democraticità e di tipicità delle forme e dei procedimenti volti alla produzione di norme giuridiche[19]. L'accordo in parola po-

[18] Sull'obbligo di motivazione dei provvedimenti negativi, si vedano per tutti M.S. Giannini, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVII, p. 257 ss.; A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1987; Id., *Motivazione nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, p. 683 ss.; L. Vandelli, *Osservazioni sull'obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, p. 1595 ss.; G. Bergonzini, *Difetto di motivazione del provvedimento amministrativo ed eccesso di potere (a dieci anni dalla legge n. 241 del 1990*), in *Dir. amm.*, 2, 2000, p. 187 ss.; B.G. Mattarella, *Il declino della motivazione*, in *Gior. dir. amm.*, 6, 2007, p. 618 ss.

[19] Sulla necessità di appositi procedimenti deliberativi e di forme tipiche di esternazione degli atti normativi, cfr. V. Crisafulli, *Atto normativo*, in *Enc. dir.*, IV, 1959, p. 253; per analoghe considerazioni ma ricondotte nell'ambito interpretativo dell'art. 13 l. n. 241/1990, E. Castorina, *Considerazioni sui profili costituzionali dei limiti di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 1994, p. 92.

trà avere natura vincolante e anche sostitutiva dell'atto normativo (o amministrativo generale) solo se sia lo stesso ordinamento a prevedere una norma sulla produzione giuridica che abiliti direttamente un atto bilaterale pubbico-privato a porre in essere – a seguito di apposito procedimento e con determinate formalità di esternazione – prescrizioni normative con efficacia *erga omnes*.

Anche sotto questo profilo si può comprendere pertanto come l'art. 11 non possa essere sufficiente per imputare all'accordo autonoma capacità di innovare l'ordinamento. Così come non basterebbe riferirsi ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti di cui al comma 2 dell'art. 11, e dunque al principio *pacta sunt servanda*, per riconoscere analoga vincolatività.

I richiamati principi osterebbero ad una loro applicazione in via sussidiaria nell'ambito dell'attività normativa consensuale.

Allo stato, dunque, e salva un'abilitazione legislativa espressa, l'unica fattispecie generale possibile è quella di un accordo preparatorio a carattere endoprocedimentale, che potrà essere produttivo di effetti nei confronti dei terzi se e solo se recepito da un atto-fonte.

Il che, del resto, sembrerebbe essere confermato anche dalle analoghe soluzioni approntate dalla costante giurisprudenza costituzionale a proposito degli stessi accordi normativi tra soggetti pubblici (c.d. accordi legislativi o prelegislatvi), conclusi in Conferenza tra Stato e Regioni.

Come più volte ribadito dalla Corte, infatti, la costituzionalizzazione del principio di leale collaborazione – nella sua dimensione procedimentale e consensuale – non basta a rendere questi accordi vincolanti. Perché ciò accada, occorre infatti un'espressa previsione legislativa, una norma sulla produzione delle fonti primarie che attribuisca efficacia vincolante agli esiti del raccordo collaborativo[20].

[20] Cfr. per tutte C. Cost. sent. n. 437/2001. Significativa è, inoltre, la stessa giurisprudenza costituzionale sul rapporto tra efficacia delle intese e illegittimità costituzionale delle norme di legge che ne costituiscono il presupposto, dalla quale si può analogamente dedurre che solo una norma di legge può legittimare l'intesa, quale modulo procedimentale consensuale vincolante per la predeterminazione del contenuto di un successivo atto normativo. In assenza di

Anche per questi motivi, si può ritenere perciò che gli accordi normativi tra p.a. e privati differiscano dagli strumenti consensuali impiegati nella c.d. programmazione negoziata e dagli stessi accordi normativi di diritto privato.

Con riferimento ai primi, secondo quanto sostenuto dalla dottrina, si tratta di «rapporti o fattispecie a collaborazione pubblico-privata necessaria»[21], in cui l'amministrazione non può prescin-

---

una norma di questo tipo tuttavia (nei casi di specie, la norma era venuta meno per intervenuta declaratoria di illegittimità), l'intesa resta un accordo meramente politico. Ne discende, pertanto, quale ulteriore corollario che, in difetto di una fonte sulla produzione, neppure la volontà delle parti può rendere vincolante l'accordo. Cfr. C. Cost. sent. nn. 98/2007; 178/2007. In dottrina, vd. F. Benelli, C. Mainardis, *La cooperazione Stato-Regioni e il seguito giurisprudenziale (con particolare riferimento alla c.d. negoziazione delle competenze)*, in *Le Regioni*, 6, 2007, p. 959 ss.; Id., *La negoziazione delle competenze fra Stato e Regioni e il suo seguito giurisprudenziale*, in A. Barbera, T. F. Giupponi, *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna, BUP, 2008, p. 469 ss.; A. Carminati, *Dal raccordo politico al vincolo giuridico: l'attività della Conferenza Stato-Regioni secondo il giudice costituzionale,* in *Le Regioni*, 2, 2009, p. 281 ss.; S. Staiano, *Delega per le riforme e negoziazione legislativa*, in www.federalismi.it; F. Cintioli, *Le forme di intesa e il controllo sulla leale collaborazione dopo la sentenza 303 del 2003*, in www.astrid-online.it; S. Bartole, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale*, in *Le Regioni*, 2-3, 2004, p. 584 ss.; A. Anzon, *Flessibilità dell'ordine di competenze legislative e collaborative tra Stato e Regioni*, in *Giur. Cost.*, 5, 2003, p. 2782 ss.; R. Bin, *Le deboli istituzioni della leale collaborazione,* in *Giur. Cost.*, 6, 2002, p. 4184 ss.; P. Caretti, *Gli «accordi» tra Stato, Regioni e autonomie locali: una doccia fredda sul mito del «sistema delle conferenze»?*, in *Le Regioni*, 5, 2002, p. 1169 ss.; L. Violini, *Meno supremazia e più collaborazione nei rapporti tra i diversi livelli di governo?*, in *Le Regioni*, 5, 2003, p. 691 ss.; G. Carpani, *La Conferenza Stato-Regioni*, Bologna, Il Mulino, 2006; Id., *La collaborazione strutturata tra Regioni e tra queste e lo Stato. Nuovi equilibri e linee evolutive dei raccordi "verticali" ed "orizzontali"*, in www.federalismi.it; R. Carpino, *Evoluzione del sistema delle Conferenze*, in *IdF*, 1, 2006, p. 13 ss.; C. Fraticelli, *Stato, Regioni e sdemanializzazione: la Corte «rafforza» il principio di leale collaborazione*, in *Le Regioni*, 4, 2006, p. 810 ss.; A. Sterpa, *Un parere «artificiale»: prime riflessioni sulla sentenza della Corte Costituzionale 26 gennaio 2011 n. 33*, in www.federalismi.it.

[21] P.L. Portaluri, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, cit., p. 227 ss. Sugli strumenti della programmazione negoziata si vedano anche E. Sticchi Damiani, in *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, cit., p. 106 ss.; A. Contieri, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi*, cit.; P. D'Angiolillo, *Accordi amministrativi e programmazione negoziata nella prospettiva del potere discrezionale*, Napoli, ESI, 2009, p. 371 ss.; A. Police, *I patti territoriali:*

dere dal consenso del privato. La presenza di quest'ultimo sarebbe infatti essenziale ed indispensabile per il venire in essere dello stesso rapporto. Ciò è valso già ad escludere per tali strumenti la natura di accordi amministrativi, in quanto, in quest'ultimo caso, l'amministrazione sarebbe 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»[22].

Tali ultime argomentazioni possono essere riportate a proposito degli accordi normativi. Benché infatti anche gli strumenti della programmazione negoziata necessitino di un atto dell'amministrazione – del CIPE o del Ministero del Tesoro – per produrre i propri effetti, negli accordi normativi, l'apporto del privato non si esprime in termini di collaborazione necessaria, mentre l'esercizio in senso tradizionale del potere si mantiene come valida alternativa. D'altra parte, anche la natura non vincolante dell'accordo normativo così tratteggiato striderebbe con il carattere obbligatorio che, per converso, si riconosce al contratto di programma, all'accordo di programma quadro, al patto territoriale e al contratto d'area[23].

Per medesime considerazioni, la fattispecie in parola divergerebbe anche dalla simile categoria ricorrente nel diritto privato.

Con il contratto normativo le parti determinano l'obbligo di inserire e osservare determinate clausole nella stipulazione di futuri contratti. Il carattere fondamentale di questa fattispecie risiederebbe nella sua funzione 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 (sogget-

---

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, Milano, Giuffrè, 1997, p. 429 ss.

[22] A. Contieri, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi*, cit., p. 145.

[23] *Ivi*, p. 152 ss.

ti, scadenza, durata e simili), dei quali, in quanto schema astratto, esso manca»[24].

Secondo la dottrina civilistica più accreditata, del resto, l'accordo normativo di diritto privato non sarebbe riconducibile all'art. 1321 c.c., rappresentando «qualcosa di diverso, che si pone accanto e, in certa maniera, in antitesi al contratto»[25].

L'inosservanza dell'accordo 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»[26].

È tuttavia proprio nella produzione degli effetti, che l'accordo normativo di diritto privato e quello di diritto pubblico differiscono. Se infatti nel diritto privato dall'accordo discende sempre un obbligo per le parti, sia pure non coercibile, ma il cui inadempimento dà luogo a risarcimento del danno[27], nel diritto pubblico, come visto, l'amministrazione non può vincolarsi circa il proprio potere di disporre una disciplina valevole per un numero indeterminato di destinatari e ripetibile per un numero imprecisato di casi futuri, salva un'abilitazione legislativa espressa in tal senso.

2.1. Gli accordi di pianificazione come accordi normativi

Se così è, anche gli accordi di pianificazione potrebbero essere intesi come *accordi normativi*, *procedimentali* o *integrativi*, *a carattere preparatorio*, *non vincolanti*, e che necessitano di un atto dell'amministrazione competente per produrre effetti tra le parti e nei confronti dei terzi.

Non ci sembra del tutto azzardato cogliere infatti in accordi di

---

[24] Cfr. F. Messineo, *Contratto normativo e contratto tipo*, cit., p. 116 ss.

[25] *Ivi*, p. 123.

[26] *Ibidem*.

[27] Proprio per il carattere vincolante del contratto normativo di diritto privato, ritiene che gli accordi normativi di diritto pubblico siano irriducibili a quest'ultimo anche A. Quaranta, *Il principio di contrattualità nell'azione amministrativa e gli accordi procedimentali, normativi e di organizzazione*, cit., p. 194.

predeterminazione delle disposizioni dei piani urbanistici, qualificati dalla prevalente dottrina come atti amministrativi generali[28], altrettante ipotesi di accordi normativi.

[28] 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 contenete norme di carattere generale ed astratte, 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*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 246; P. Virga, *Diritto amministrativo*, *I principi*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 395; G. Pagliari, *Corso di diritto urbanistico*, Milano, Giuffrè, 2002, 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 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*, Padova, CEDAM, 1983, p. 254; A. Romano Tassone, *La normazione secondaria*, in L. Mazzarolli e altri (a cura di) *Diritto Amministrativo*, cit., p. 64; F. Salvia, *Manuale di diritto urbanistico*, Padova, CEDAM, 2008, p. 84; 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*, cit., p. 64. Cfr. per questi aspetti, più di recente, anche E. Boscolo, *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 compiuta dalle leggi regionali c.d. di terza generazione. Il PSC e il POC non sono divenuti infatti atti di pianificazione autonomi e indipendenti, sì che uno possa operare anche in assenza del secondo. Come la 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 *RGU*, 4, 2008, p. 507 ss.; A. Bartolini, *Questioni problematiche sull'efficacia giuridica della pianificazione strutturale ed operativa*, in *RGU*, 3, 2007, p. 262 ss. e più di recente S. Civitarese Matteucci, M. D'Angelosante, *Governo del territorio e pianificazione urbanistica*, in L. Vandelli, F. Bas-

Del resto, l'accodo 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, efficacia[29].

Proprio la delibera consiliare assolve allora un ruolo di omologazione del patto, che resta, in sua assenza, del tutto sfornito della capacità di vincolare l'amministrazione rispetto al suo contenuto.

In altri termini, all'esito di un positivo riscontro di congruità dell'accordo rispetto all'interesse pubblico concreto, la delibera consiliare realizza quell'incorporazione di quanto convenuto nell'atto-fonte, il piano, che resta il solo a poter produrre effetti innovativi nella disciplina del territorio.

Nel senso di una verifica di quanto sin qui esposto, può procedersi ad un'analisi strutturale della disciplina prevista dall'art. 18 della L.r. Emilia-Romagna n. 20/2000, norma che, al momento, pare essere quella più avanzata nel panorama legislativo regionale[30].

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».

SANINI (a cura di), *Il federalismo alla prova: regole, politiche, diritti nelle Regioni*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 171 ss.

[29] 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 essere, ad oggi, quello più diffuso nel panorama regionale. Cfr., sul punto, S. CIVITARESE MATTEUCCI, M. D'ANGELOSANTE, *Governo del territorio e pianificazione urbanistica*, cit., p. 181.

[30] A medesime conclusioni si presterebbe del resto anche una lettura dell'art. 6 della l.r. 11/2004 della Regione Veneto. La norma, 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*» (corsivo nostro).

In tal modo, la disposizione prevede l'incorporazione dell'accordo medesimo nel piano urbanistico, che 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».

È 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. È chiaro che, in questo momento, l'assetto urbanistico consensualmente predeterminato potrebbe apparire non più adatto alla luce del nuovo interesse pubblico concreto, per cui l'amministrazione sarà altrettanto chiaramente libera di non recepire, da ultimo, l'accordo nel piano urbanistico, costituendo ciò un insopprimibile momento di autonomia nell'esercizio della potestà amministrativa. Si percepisce allora, sotto questo profilo, ancora di più l'importanza che possono rivestire in questo tipo di procedimenti 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[31].

Se perciò l'accordo avesse avuto carattere vincolante sin dal mo-

[31] Da un punto di vista comparato, non possono perciò non essere qui evocate la ferrea teoria degli errori della ponderazione, *Abwägungsfehlerlehre*, per come elaborata dalla Corte amministrativa federale tedesca, e le stesse previsioni del § 214-III del *BauGB*, che dispongono addirittura la nullità del piano urbanistico per carenze nella valutazione di tutti gli interessi, pubblici e privati, involti dalla relativa disciplina. Per questi aspetti, si rinvia a quanto già detto nel Cap. II, Parte II.

mento della sua stipula, si sarebbe verificata 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 impegnare la Giunta a promuovere l'accordo nella successiva fase di elaborazione del piano urbanistico e quello di obbligare il Consiglio comunale a motivare in maniera puntuale, qualora non intenda accogliere quanto concordato nelle previsioni di piano.

Proprio il riferimento all'organo collegiale ci permette di rafforzare ulteriormente questa tesi. È chiaro, infatti, che le trattative negoziali saranno svolte dalla Giunta. È altrettanto evidente, perciò, che l'organo esecutivo non potrà impegnare né disporre col negozio di funzioni di cui non è titolare.

La natura non vincolante dell'accordo di pianificazione, pertanto, si spiega anche come una forma di salvaguardia delle attribuzioni dell'organo assembleare e, più in generale, degli assetti fondamentali dei rapporti tra organi esecutivi ed assemblee elettive, che nella consensualità amministrativa si risolvono quasi sempre in una valorizzazione del ruolo dei primi ed in un'esautorazione della funzione di indirizzo politico-amministrativo delle seconde[32].

---

[32] Cfr. M. Nigro, *L'accordo nell'azione amministrativa*, cit., p. 1927-1928. Il che trova nuova conferma ancora una volta nella giurisprudenza costituzionale relativa agli accordi tra Stato e Regioni in funzione di definizione del contenuto di fonti statali secondarie o di decisioni amministrative esecutive di disposizioni legislative, *ex* art. 4 d.lgs. 281/1997. A differenza degli accordi legislativi, questi accordi sono ritenuti vincolanti e su di essi la Corte richiama le parti al rispetto del principio *pacta sunt servanda*. La ragione di questo diverso trattamento riservato dalla Corte è rinvenibile nel principio di disponibilità delle funzioni (normative) negoziabili. Nel caso degli accordi prelegislativi, per regola generale, il Governo potrebbe impegnare le Camere a legiferare secondo quanto pattuito con le Regioni, solo in forza di un rapporto politico stabilito con la maggioranza parlamentare, non potendo l'Esecutivo disporre per negozio di una funzione che non gli appartiene. Viceversa, nel secondo tipo di accordi, gli Esecutivi (statali e regionali) dispongono direttamente delle funzioni dedotte nel negozio. Ciò giustifica, da un lato, la stessa previsione di cui all'art. 4 comma 2, secondo cui l'accordo si perfeziona «con l'assenso del Governo e dei Presidenti delle Regioni e delle Province autonome», e, dall'altro, le parole dello stesso giudice costituzionale, quando afferma che le parti che lo sottoscrivono hanno il dovere «di tener fede all'impegno assunto». Cfr. C. Cost. sent. n. 31/2006. In dottrina si veda G. Carpani, *Gli strumenti di leale collaborazione*, 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[33].

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'organo collegiale, 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[34], nondimeno l'accordo normativo potrebbe avere l'ulteriore 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.

In prospettiva *de jure condendo*, perciò, questa finalità potrebbe essere perseguita ripristinando nell'art. 11 della l. n. 241/1990

V. Antonelli, E. D'Aristotile, C. Paolini (a cura di), *Governare le autonomie locali nella transizione federale*, Pescara, CEL editrice, 2010, pp. 270-272.

[33] Del resto, secondo la prevalente dottrina, la condizione del negozio giuridico non incide sul piano ontologico dell'atto, ma esclusivamente su quello degli effetti. Sicché il mancato avverarsi dell'evento futuro ed incerto, oggetto della condizione, non impedisce che il negozio sia valido e giuridicamente esistente. Cfr. G. Greco, *L'atto amministrativo condizionato*, Padova, CEDAM, 1993, p. 184 ss. e p. 253 ss.

[34] Sia il privato parte di un accordo amministrativo sottoposto a condizione sia il soggetto parte di un accordo normativo non vincolante versano, infatti, nella medesima posizione soggettiva: entrambi sono titolari di una legittima aspettativa a che si avveri l'evento dedotto in condizione o, il che è lo stesso, di un interesse legittimo pretensivo dinanzi all'esercizio di un potere discrezionale dell'amministrazione. Sulla qualificazione dell'aspettativa amministrativa in termini di interesse legittimo pretensivo, cfr. G. Greco, *L'atto amministrativo condizionato*, cit., p. 263 ss.

la specifica ipotesi dell'accordo normativo procedimentale, e, contestualmente, introducendo una disposizione nella Legge Urbanistica fondamentale che escluda – anche seguendo l'analogo esempio tedesco e spagnolo – ogni pretesa giuridica contrattuale alla predisposizione dei piani urbanistici.

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)»[35]; 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»[36].

3. *La disciplina sostanziale e procedimentale degli accordi normativi*

Posto che in assenza di una norma sulla produzione che abiliti fonti del diritto (secondario) di natura contrattuale, nel nostro ordinamento possono ammettersi solo accordi normativi preparatori, a carattere integrativo e non vincolante, è su questi ultimi che svolgeremo qualche ulteriore considerazione a proposito della disciplina eventualmente applicabile.

La ricognizione non può che partire e prendere a riferimento le previsioni contenute nell'art. 11, così come le equivalenti disposizioni straniere, già analizzate nei precedenti capitoli, salva l'avvertenza che un'applicazione in via analogica della disciplina degli accordi amministrativi agli accordi normativi può avvenire solo nei limiti di un previo giudizio di compatibilità[37].

---

[35] Comune di B. – Registro delle scritture private n. 109 del 26/05/2009.

[36] Comune di S.L. – Prot. G. n.0009161 del 10/03/2011.

[37] Anche lo schema di disegno di legge redatto dalla Commissione Nigro sottoponeva, del resto, alla medesima disciplina sia gli accordi amministrativi che gli accordi normativi.

Infine, può qui essere assunta a parametro anche l'ulteriore disciplina dettata dalla legislazione regionale a proposito degli accordi "a monte", se si condivide la tesi qui prospettata circa la loro diversa natura giuridica.

3.1. Forma e causa degli accordi normativi

Con riferimento alla disciplina dell'atto, possono essere sicuramente riprodotte anzitutto le previsione sull'obbligo della forma scritta a pena di nullità e sull'obbligo di motivazione dell'accordo amministrativo[38] di cui al comma 2 dell'art. 11[39].

Una motivazione deve emergere dal testo dell'accordo di piani-

[38] L'obbligo di motivazione degli accordi amministrativi è stato introdotto dall'art. 1 comma 47 della l. n. 190/2012. Benché la previsione si ispiri ad evidenti finalità anticorruttive ed ai principi di pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa, essa non può andare esente da critiche, difettando anzitutto di coordinamento con il successivo comma 4*bis*, relativo alla deliberazione dell'organo competente ad adottare il provvedimento finale, di cui finisce con l'essere un mero duplicato. La determina, almeno sino al 2012 ed anche in assenza di previsione normativa espressa, era sempre stata ritenuta infatti come l'atto con cui l'amministrazione deve giustificare proprio il ricorso allo strumento consensuale nonché lo scopo e le finalità che con esso intende perseguire. Inoltre, nulla la nuova disposizione prevede per il caso di mancata motivazione, se debba estendersi la sanzione della nullità prevista dallo stesso comma 2 ovvero se debba parlarsi più semplicemente di annullabilità, secondo quanto disposto per i provvedimenti amministrativi dagli artt. 21*octies* e 3, al quale ultimo l'art. 11 pure fa riferimento. Sarà, perciò, interessante verificare quale potrà essere l'approccio che riserverà il giudice nei confronti di questo nuovo obbligo, anche se, a più di due anni dalla novella, non risultano applicazioni e pronunce giurisprudenziali in proposito. La collocazione della nuova previsione tra i requisiti formali dell'accordo dovrebbe in ogni caso suggerire un rifiuto di soluzioni di tipo sostanziale. Esprime un giudizio negativo sull'introduzione di un obbligo di motivazione degli accordi, anche B. G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Gior. dir. amm.*, 2, 2013, p. 123 ss.

[39] 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, è molto probabile che non possa ritenersi sufficiente la mera sottoscrizione del verbale della riunione, dal quale emerga la specifica descrizione delle relative pattuizioni. In tal senso, infatti, si era orientata la giurisprudenza amministrativa prevalente a proposito degli accordi amministrativi. Cfr. Cons. St., Sez. IV, 25 novembre 2011, n. 6261; 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 del'amministrazione di una sua competenza». Diversamente, non può che ritener-

ficazione anche secondo quanto previsto dall'art. 18 comma 2 della L.r. n. 20/2000 dell'Emilia-Romagna, ove si richiede, nel rispetto dei principi di imparzialità e di trasparenza amministrativa, una specificazione delle «ragioni di rilevante interesse pubblico che giustificano il ricorso allo strumento negoziale». E medesime prescrizioni sono riproposte talvolta anche dalla legislazione autonomica spagnola a proposito dei *convenios urbanísticos de planeamiento*.

La necessità di evidenziare le finalità di interesse pubblico sottese al rapporto consensuale induce a ritenere che anche nell'accordo normativo possano poi valere le considerazioni già elaborate dalla dottrina italiana, a proposito della causa del contratto di diritto pubblico.

È stato giustamente osservato, infatti, che l'interesse pubblico non rimane 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 presenta connaturato al negozio stesso al punto da costituirne la causa. È 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 giuridici.

Anche nell'accordo normativo, pertanto, l'interesse pubblico dovrà giocare un ruolo preminente nell'incrocio delle dichiarazioni di volontà dell'amministrazione e del privato, indirizzando necessariamente verso finalità generali sia l'impegno della prima ad esercitare il potere normativo secondo il contenuto consensualmente stabilito con il privato, che quello del secondo, chiamato a un *pati* o a prestazioni di *facere*, *non facere* o di *dare*.

E ciò in quanto, se attiene alle stesse fondamenta dello Stato di diritto il principio per cui l'attività amministrativa, inclusa quella a vocazione generale e con finalità di regolazione, deve essere rivolta alla soddisfazione del fine pubblico[40], in mancanza essa sarà «con-

---

si nullo un accordo concluso per fatti concludenti, cfr. T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I., 12 ottobre 2010, n. 4026.

[40] Che anche l'attività normativa (secondaria) e l'attività che si esprime attraverso atti amministrativi generali – ammesso che si possa ancora mantenere una distinzione logica tra le due ipotesi – sia essa stessa funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico sembra fuor di dubbio. Si tratta infatti sempre di atti attuativi di indirizzi politici superiori, ancorché emessi da organi politici ed operanti scelte

traria all'essenza stessa, alla ragione dell'essere dell'amministrazione, [e] può risolversi in un danno presso coloro che furono esclusi dalla sua considerazione»[41].

In tal modo, del resto, si accorda 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 per la cura di interessi generali con un privato. Ed allora la liceità della causa dell'accordo normativo, identicamente a quella di un accordo amministrativo, sarà garantita – come sostenevano, tra gli altri, Bodda e Pugliese – non solo se l'amministrazione persegue la finalità 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 aspira[42].

È in questo modo che si può spiegare la convergenza tra manifestazioni di volontà di natura giuridica diversa e protese in partenza al perseguimento di interessi contrapposti. In tanto l'accordo, sia esso amministrativo che normativo, può spiegarsi e soprattutto ammettersi, in quanto in esso e con esso si realizzi quella sintesi verso il perseguimento dell'interesse pubblico, che diviene la causa economico-sociale dello stesso scambio negoziale.

---

di ambito più ampio e non coincidenti con una fattispecie concreta. Cfr. D. Sorace, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Annali III, 2010, p. 46 ss.

[41] P. Bodda, *La nozione di "causa giuridica"*, cit., pp. 10-11.

[42] Testualmente: «appagare un bisogno pubblico, mediante la soddisfazione di un interesse privato». Cfr. P. Bodda, *Ente pubblico, soggetto privato e atto contrattuale*, cit., p. 95. Come affermerà qualche anno dopo F. Pugliese, con l'accordo, l'amministrazione non si limita «a produrre un mero incremento patrimoniale a beneficio del privato, ma gli riferisce la cura di un interesse pubblico». Perciò, alla «formulazione contrattata» del contenuto del rapporto tra p.a. e privato, 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». Cfr. F. Pugliese, *Il procedimento amministrativo tra autorità e «contrattazione»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, p. 1469 ss.

Tutto ciò implica, anche nella prospettiva del principio di imparzialità e 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.

Il che porta sicuramente a rigettare l'idea di un negozio a prestazioni corrispettive, che se già non vale per spiegare la natura dell'accordo amministrativo, poiché questo significherebbe la privatizzazione della funzione amministrativa[43], con maggiore fermezza va rigettata a proposito dell'accordo normativo.

3.2. Effetti, validità ed esecuzione degli accordi normativi. L'oggetto, il rapporto e il procedimento

Discorso ben più articolato va compiuto, invece, per la disciplina relativa al rapporto tra l'amministrazione ed il privato sorgente dall'accordo normativo.

Qui di seguito occorrerà verificare quale spazio possano trovare le norme che regolano l'esecuzione degli accordi amministrativi, non senza uno sguardo ai risultati conseguiti attraverso l'indagine comparata.

Si valuterà perciò se siano applicabili le disposizioni sul recesso e quelle relative all'inadempimento, distinguendo tra i due momenti antecedenti e successivi il recepimento dell'accordo nell'atto-fonte e tra le due diverse clausole, contrattuali e normative, che lo compongono[44].

---

[43] Cfr. G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., p. 255 ss., mentre a proposito degli accordi " a monte" G. Pagliari, *Gli accordi urbanistici tra p.a. e Privati*, cit., p. 483 e più di recente Id., *Pianificazione urbanistica e interessi* differenziati, in *RGE*, 3, 2013, p. 135 ss., ove l'A. sostiene che proprio la funzionalizzazione degli accordi urbanistici all'interesse pubblico rafforza l'effettività della stessa pianificazione, mentre per converso quando essi consentono «la commercializzazione o l'eterodeterminazione da parte del capitale privato delle scelte urbanistiche» divengono mezzi di "depianificazione" (p. 137).

[44] Di questo duplice contenuto dell'accordo normativo era già consapevole la stessa Commissione Nigro, secondo cui esso avrebbe dovuto avere ad oggetto «l'esercizio di potestà amministrative e le corrispettive prestazioni di persone fisiche e

Un'attenzione verrà quindi prestata anche al regime di invalidità, alla tutela del terzo e ai risvolti partecipativi da parte di altri soggetti interessati durante il procedimento nel quale si svolge la negoziazione.

Come già detto, l'accordo può acquistare efficacia tra le parti e rispetto ai terzi solo con il provvedimento che lo incorpora nell'atto amministrativo generale o nell'atto normativo.

Fino a questo momento la controparte privata dispone dunque di un'aspettativa solo generica al recepimento di quanto pattuito.

La ricezione della disciplina convenzionalmente definita non costituisce, è bene ribadirlo, l'oggetto di una prestazione dedotta nell'accordo, ma è il prodotto di una ponderata scelta discrezionale dell'amministrazione[45]. Unico obbligo giuridicamente configurabile in capo al soggetto pubblico, come conseguenza della stipula, sarà quello di motivare in maniera puntuale e precisa le ragioni dell'eventuale mancato recepimento nell'atto-fonte.

Pertanto, le eventuali censure che, in tal caso, il privato proponente potrebbe muovere avverso il provvedimento di non recepimento, 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, questa determinazione amministrativa essere intesa alla stregua di un inadempimento dell'accordo da parte del soggetto pubblico.

Non sembrano infatti condivisibili le soluzioni diffuse nella prassi tedesca e in taluni casi adottate dallo stesso legislatore autonomico spagnolo, che ha previsto per il caso della mancata ricezione dell'accordo nel piano urbanistico, 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 *astraintes*. Sembrano, viceversa, giustificabili le consi-

giuridiche al fine di raggiungere obiettivi di interesse pubblico». Così anche negli accordi di pianificazione accanto a previsioni di tipo normativo, atte a predisporre ed (eventualmente) integrare il contenuto del piano urbanistico, si rinvengono disposizioni di tipo sinallagmatico, volte a disciplinare lo speciale rapporto sussistente tra il soggetto pubblico ed il soggetto privato.

[45] Analogamente, negli accordi di pianificazione, il privato contraente sarà sino al recepimento dell'accordo in una posizione equivalente a quella di ogni altro proprietario che aspiri ad una utilizzazione più proficua dei suoli. Cfr. Cons. St., Sez. IV, 4 maggio 2010, n. 2545.

derazioni 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 particolar a exigir de la Administración el cumplimiento del convenio*»[46].

Né del resto varrebbe richiamare in questa fase la possibilità di un indennizzo connesso all'istituto del recesso unilaterale di cui al comma 4 dell'art. 11 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»[47].

Diversa sarebbe l'eventualità in cui l'amministrazione non rispettasse il termine di chiusura del procedimento, per esempio ritardando, nel caso di un accordo "a monte", l'approvazione del piano urbanistico, poiché é stato riconosciuto nel nostro ordinamento che il tempo è tutelabile come autonomo bene della vita, sia pure per il tramite di un indennizzo.

Benché si tratti di una norma che stenta ancora a trovare applicazione[48], il nuovo art. 2*bis*, comma 1*bis* della l. n. 241/1990, 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, «l'istante ha diritto di ottenere un indennizzo per il mero ritardo alle condizioni e con le modalità stabilite dalla legge»[49].

---

[46] In questi termini, J.M. Baño León, *Derecho urbanístico común*, cit., p. 147.

[47] T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I, 3 marzo 2009, n. 383.

[48] Così, G. Vesperini, *L'indennizzo da ritardo: l'ennesima promessa mancata*, in *Gior. dir. amm.*, 5, 2014, p. 445 ss.

[49] Sulla nuova disposizione, cfr. anche F. Di Lascio, *Il decreto del "Fare": il rilancio dell'economia*, in *Gior. dir. amm.*, 12, 2013, p. 1143 ss. In giurisprudenza, vd. Cons. Stato, Sez. III, 31 gennaio 2014, n. 468, secondo cui l'art. 2*bis* «tutela in sé il bene della vita inerente alla certezza, quanto al fattore tempo, dei rapporti giuridici che vedono come parte la pubblica amministrazione, stante la ricaduta che il ritardo a provvedere può avere sullo svolgimento di attività ed iniziative economiche condizionate alla valutazione positiva della p.a., ovvero alla rimozione di limiti di rilievo pubblico al loro espletamento". Dello stesso tenore, prima della modifica, Cons. Stato, sez. V, 20 marzo 2011, n. 1739, secondo cui «il tempo è un bene della vita per il cittadino … il ritardo nella conclusione di un qualunque procedimento,

Ciò detto, non può trascurarsi l'eventualità, frequente nella prassi urbanistica, che sia la stessa amministrazione a vincolare nell'accordo la propria potestà normativa, formalizzando nel negozio un obbligo a recepire la disciplina 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 una causa di invalidità del patto, da quella conosciuta o comunque conoscibile.

Se si tiene ferma la differenza sussistente tra l'ordinamento giuridico francese ed il nostro a proposito dell'ammissibilità di accordi sul contenuto del provvedimento, a maggior ragione simili soluzioni potrebbero applicarsi 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 in assenza di una norma-base, ben potrebbero essere recepite le tecniche approntate dal giudice

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». Così anche 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.

francese. Anche nel nostro ordinamento, a ben vedere, un accordo normativo che vincolasse *ab initio* la potestà normativa dell'amministrazione potrebbe essere ritenuto nullo ai sensi dell'art. 21*septies* della l. n. 241/1990, per mancanza di un elemento essenziale, l'oggetto, ovvero per difetto assoluto di attribuzione.

Tuttavia, almeno con riferimento specifico agli accordi "a monte" si renderebbe necessaria, a nostro giudizio, una previsione legislativa *ad hoc*. Ciò che del resto già avviene in Spagna a proposito dei *convenios urbanísticos de planeamiento*, dove in pressoché tutte le legislazioni autonomiche è stabilita la *nulidad de pleno derecho* dei *convenios* che «*limiten el ejercicio de las competencias de las Administraciones públicas*». Analoga soluzione ricorre anche in Germania, ove un simile contratto sarebbe nullo per violazione del § 1, comma 3 del *BauGB*, che vieta espressamente ogni pretesa giuridica da parte dei terzi alla predisposizione dei piani urbanistici ed esclude che un simile diritto possa essere istituito per contratto.

Pertanto, nel nostro ordinamento, un accordo di pianificazione che obbligasse l'amministrazione a recepire nel piano una determinata previsione urbanistica e che creasse un diritto del privato a conseguire una modifica o un particolare assetto conformativo di proprie aree dovrebbe essere nullo e non vincolerebbe in alcun modo il Comune. Tuttavia, il soggetto pubblico che avesse prestato il proprio consenso ad un simile contratto sarebbe tenuto a risarcire il singolo, per il legittimo affidamento inutilmente ingenerato in quest'ultimo.

3.2.1. Mancata esecuzione delle clausole contrattuali dell'accordo normativo

Diversamente si atteggia invece il rapporto tra amministrazione e privato, una volta che l'accordo, recepito nell'atto-fonte, abbia acquistato pregnanza giuridica.

Anzitutto occorre qui soffermare l'attenzione sulle clausole contrattuali dell'accordo.

Ça va sans dire, le prestazioni cui il privato si obbliga saranno esigibili solo nel momento in cui questo è incorporato nell'atto-fon-

te e con esso esplica la sua efficacia e vincola le parti contraenti a quanto pattuito.

Quid iuris, allora, quando, per esempio, in un accordo di pianificazione 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 aver esercitato 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 deve essere 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 Plenaria a proposito degli accordi amministrativi[50]. Laddove, viceversa, l'amministrazione non intenda proseguire nel rapporto, essa potrà fare affidamento anche sugli ordinari rimedi dell'autotutela. Non sarebbe esclusa, infine, la stessa azione risarcitoria[51].

Ciò detto, va ulteriormente specificato che l'amministrazione non potrebbe esigere l'esecuzione delle prestazioni prima del recepimento dell'accordo nell'atto-fonte, e, nel caso di un accordo "a monte", prima della stessa approvazione del piano.

Per la peculiarità con cui i *convenios urbanísticos de planea-*

[50] Cons. St., Ad. Pl., 20 luglio 2012, n. 28. 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 ss.

[51] Le controversie dovrebbero restare in ogni caso nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, così come già previsto per gli accordi amministrativi dall'art. 133 comma 1 lett. a) n. 2 c.p.a. Del resto, nella casistica giurisprudenziale, la possibilità di esperire i rimedi di reazione all'inadempimento previsti dal codice civile in aggiunta ai normali poteri di autotutela amministrativa sembra aspetto che ormai trascende dalla nota *querelle* sulla natura giuridica dell'accordo amministrativo.

miento 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. Per le medesime finalità, invece, in Germania, il contratto viene sottoposto a condizione risolutiva espressa e il privato sarà pertanto tenuto all'adempimento solo se ed in quanto l'amministrazione pianifichi secondo quanto concordato.

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 anticipata di «denaro o altre utilità», su «retribuzioni non dovute», o infine su «ingiusti vantaggi patrimoniali»[52].

3.2.2. Clausole normative dell'accordo normativo, poteri di modifica unilaterale dell'amministrazione e tutela del terzo

Per quanto concerne invece le clausole normative dell'accordo, come avviene per le clausole contrattuali, allo stesso modo esse divengono efficaci solo con il loro ingresso nell'atto-fonte.

Sotto questo profilo, vanno segnalati due aspetti problematici: la possibilità di una modificazione unilaterale della disciplina nor-

[52] Esigenze di contrasto a fenomeni corruttivi sono avvertite, del resto, già con riferimento alla fase informale delle negoziazioni, che talvolta precedono con forte opacità la stessa formulazione delle proposte negoziali. Una soluzione potrebbe essere pertanto quella di individuare un responsabile del procedimento che funga da referente per i privati, da designarsi nello stesso Piano di prevenzione della corruzione, secondo quanto disposto dall'art. 9 della l. n. 190/2012. 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 informati. Cfr. per questi aspetti anche P. Urbani, *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 ss.; A. Barone, *Governo del territorio e sicurezza sostenibile*, Bari, Cacucci Editore, 2013, p. 65 ss.

mativa consensualmente definita da parte dell'amministrazione e la tutela del terzo avverso le clausole normative dell'accordo.

Poiché, come si diceva, le disposizioni normative contenute nell'accordo vengono recepite con il provvedimento di omologazione nell'atto-fonte, è a quest'ultimo che occorrerà fare riferimento per tutte le vicende successive[53]. Una volta avvenuto il recepimento, l'accordo esaurisce la sua funzione per la parte schiettamente normativa, mentre manterrà una propria identità esclusivamente per la parte contrattuale.

---

[53] Quanto ai profili di pubblicità dell'accordo e dell'atto-fonte, possono venire in rilievo, con specifico riferimento agli accordi di pianificazione, le disposizioni contenute nell'art. 39 del D.lgs. 14 marzo 2013. La norma al comma 1 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 tecnici. 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 già previste dalle norme statali e regionali. Peculiare rilevanza può assumere anche il successivo comma 3 dell'art. 39, che fa dipendere dalla stessa pubblicazione l'acquisizione dell'efficacia dei piani medesimi, una volta 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, su tutto il "dossier" e quindi sulla documentazione relativa alle trattative. La norma prevede infatti 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». 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*, Rimini, Maggioli, 2013 p. 307 ss. Più in generale, sul tema della trasparenza amministrativa, si vedano anche F. Merloni, G. Arena (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008 e più di recente E. Carloni, *L'Amministrazione aperta. Regole strumenti limiti dell'open government*, Maggioli, Rimini, 2014; G. Gardini, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?*, in *Gior. dir. amm.*, 8-9, 2014, p. 875 ss.; M. Bombardelli, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *IdF*, 3-4, 2013, p. 30 ss.

Ne deriva che la disciplina trasfusa nell'atto sarà certamente suscettibile di modifica unilaterale da parte dell'amministrazione, che mantiene sempre ferma, durante l'intera vicenda, pienezza di poteri normativi.

Non sembra infatti che la successiva valutazione di non corrispondenza all'interesse pubblico delle diposizioni normative negoziate, che giustifica una modificazione delle stesse, possa invece costituire il presupposto per l'esercizio della facoltà di recesso dall'accordo *ex* art. 11 comma 4, con conseguente liquidazione di un indennizzo in favore del privato.

Ferma la possibilità di addivenire ad un nuovo accordo e dunque di procedere ad una nuova negoziazione della disciplina normativa con i consueti caratteri di non vincolatività, sembra si possa ritenere che l'amministrazione resti sempre libera di ritornare sul contenuto di un proprio atto normativo o generale negoziato.

Anche in questo caso, l'unico vincolo che può discendere dal pregresso rapporto bilaterale tra amministrazione e privato sarà pertanto quello di motivare in maniera precisa e puntuale circa le sopravvenute esigenze di interesse pubblico, che richiedono un mutamento della disciplina concordata.

Così, nel caso di un accordo di pianificazione, laddove l'esercizio dello *jus variandi* incida su disposizioni di piano frutto di una precedente negoziazione, esso sarà certamente possibile, salvo, appunto, il rispetto dell'obbligo di motivazione a tutela del legittimo affidamento creato nel privato dal pregresso rapporto negoziale.

Il che trova sicura conferma proprio in quella consolidata giurisprudenza che richiede in via eccezionale alle amministrazioni di motivare le proprie scelte pianificatorie, quando esse riguardino varianti urbanistiche su aree determinate (c.d. varianti parziali)[54] oppure quando siano relative allo stesso strumento urbanistico generale (PRG o variante generale), se tali da incidere su posizioni qualificate e differenziate, in quanto acquisite in conseguen-

[54] Si veda, da ultimo, Cons. St., Sez. I, 14 maggio 2014, n. 5413; Cons. St., Sez. IV, 20 febbraio 2014, n. 793; Cons. St., Sez. IV, 8 giugno 2011, n. 3497. Per una ricostruzione, vd. A. Carafa, *La motivazione del piano regolatore generale*, in www.pausania.it; A. Di mario, *Le varianti al Piano Regolatore e l'obbligo di motivazione*, in *Urb. App.*, 10, 1997, p. 1149 ss.

za della stipula di «accordi con l'ente locale e di convenzioni di lottizzazione»[55].

Diversamente invece si atteggia la questione nel caso in cui la necessità di modificare il contenuto delle clausole normative sorga durante l'*iter* procedimentale di conclusione dell'accordo normativo.

Ferma la facoltà per l'amministrazione di non recepire affatto un accordo non più consono né congruo con le finalità di interesse pubblico perseguite, deve viceversa ritenersi del tutto ammissibile una rinegoziazione del contenuto delle clausole normative, prima che queste vengano (eventualmente) recepite nell'atto-fonte.

Così per esempio, nel caso degli accordi di pianificazione si potrebbe prevedere, sull'esempio spagnolo, la possibilità per l'amministrazione di rinegoziare l'accordo, una volta recepite le osservazioni dei cittadini e della Provincia, laddove si manifesti comunque l'intenzione di volerne mantenere i contenuti, adeguandoli ai nuovi interessi emersi nel corso dell'istruttoria.

Nella disciplina regionale dedicata agli accordi "a monte" mancherebbe, allo stato, una previsione atta a legittimare la possibilità di ridefinire il contenuto dell'accordo durante il procedimento di pianificazione, nel quale la negoziazione si innesta, con la conseguenza che i Comuni si trovano stretti tra l'alternativa di dover stralciare l'accordo o recepire uno non più conforme all'interesse pubblico concreto.

La previsione di una simile facoltà risulterebbe invece funzionale anche rispetto allo stesso equilibrio negoziale, in ossequio al principio di proporzionalità.

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'amministra-

[55] Cfr. in tal senso, Cons. St., Sez. IV, 18 novembre 2014, n. 5661, e conformemente, solo per citare le più recenti, Cons. St., Sez. IV, 31 luglio 2014, n. 4042; Cons. St., Sez. IV, 13 giugno 2013, n. 3262; Cons. St., Sez. IV, 4 giugno 2013 n. 3055; Cons. St., Sez. IV, 26 ottobre 2012, n. 5492; T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. II, 10 ottobre 2013, n. 1072; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 20 settembre 2012, n. 2206. Per una ricognizione della giurisprudenza più risalente, cfr. M. Ragazzo, *Scelte di pianificazione urbanistica e obbligo di motivazione*, in *Urb. App.*, 1, 2005, p. 60 ss.

zione, 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.

In tal caso, 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.

Con riferimento invece alla tutela del terzo, va anzitutto precisato che le clausole normative potranno essere impugnate solo una volta recepite nell'atto-fonte.

Trattandosi pur sempre di un accordo integrativo e procedimentale, saranno poi le disposizioni dell'atto normativo o dell'atto amministrativo generale, del piano urbanistico nel caso di accordi "a monte", a dover essere eventualmente impugnate e non invece l'accordo, che resta nel prosieguo quale fonte del solo rapporto tra amministrazione e privato contraente.

Varranno, poi, in tal caso, le consuete regole processuali relative agli atti in questione: le disposizioni normative potranno essere impugnate autonomamente se direttamente ed immediatamente lesive della sfera giuridica del terzo, altrimenti dovranno essere censurate insieme all'atto applicativo[56].

Alcune considerazioni meritano, infine, di essere compiute anche a proposito della partecipazione dei controinteressati alla stessa fase procedimentale in cui avviene la negoziazione normativa[57].

---

[56] Sui profili processuali relativi all'impugnazione degli atti normativi e degli atti amministrativi generali, si veda C. Tubertini, *Nuove prospettive in tema di tutela giurisdizionale nei confronti degli atti normativi e degli atti amministrativi generali della P.A.*, cit., p. 1076 ss.; G. Della Cananea, *Gli atti amministrativi generali*, cit., p. 285 ss.

[57] Già, del resto, il modello delineato dagli artt. 6-11 presuppone la necessaria collocazione degli accordi amministrativi in un procedimento già iniziato. Sul necessario contesto procedimentale degli accordi tra amministrazione e privati, vd. Cons. St., Sez. V, 20 ottobre, 2005, n. 5884, secondo cui questo istituto rivela «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». *Contra*, T.A.R. Liguria, Genova Sez.

Sembra infatti che anche nella disciplina di questa diversa fattispecie possa trovare spazio la clausola di salvaguardia per i diritti dei terzi prevista dall'art. 11, comma 1. Anche l'art. 18 comma 1 della l.r. Emilia-Romagna n. 20/2000 abilita, del resto, le amministrazioni comunali alla conclusione di accordi di pianificazione, purché «senza pregiudizio per i diritti dei terzi».

È noto come questa clausola sia indirizzata anzitutto all'amministrazione, chiamata, per tale via, a farsi carico di tutti gli interessi privati coinvolti dall'esercizio del potere pubblico e ad assumersene, di conseguenza, la tutela. In secondo luogo, la clausola ha cura di garantire ed estendere una protezione anche a tutti quegli altri interessi dei terzi pretermessi dall'amministrazione procedente.

In tal senso, si spiega anche il comma 1*bis* dell'art. 11, relativo alla fissazione di un calendario di incontri, ai quali possano prendere parte, separatamente o congiuntamente, anche i controinteressati. La funzione di questi incontri sarebbe, del resto, proprio quella di permettere al terzo di opporre il proprio eventuale dissenso all'accordo[58].

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 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». Conformemente anche Cass. SS.UU., 15 dicembre 2000, n. 1262 e, in dottrina, N. Bassi, *Gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in M.A. Sandulli, *Codice dell'azione amministrativa*, cit., p. 563.

[58] Della clausola si è occupata in passato la dottrina classica, che ha riferito la sua operatività essenzialmente alle autorizzazioni e alle concessioni. Cfr. O. Ranelletti, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in E. Ferrari, B. Sordi (a cura di), *O. Ranelletti, Scritti giuridici scelti*, III, Napoli, Jovene, 1992, p. 35 ss.; F. Cammeo, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1903, p. 228 ss. Più in generale, sul tema del terzo nei rapporti amministrativi, cfr. R. Resta, *L'efficacia riflessa degli atti amministrativi negoziali e la competenza del giudice civile*, in *Giur. It.*, 1937, I, 1, p. 642 ss.; F.P. Mastropasqua, *Il concetto di "terzo" in diritto amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1940, I, p. 372 ss.; Id., *I limiti subiettivi di efficacia dell'atto amministrativo*, Milano, 1950; U. Fragola, *Eccesso di potere e riflessione degli atti amministrativi*, in *Foro It.*, 1948, IV, p. 74 ss.; Id., *Teo-*

Ai fini di un'applicazione analogica della clausola di salvaguardia anche agli accordi normativi basterebbe del resto osservare come la nozione di terzo prevista dall'art. 11 sia certamente diversa da quella di cui all'art. 1372 c.c. Mentre, infatti, per la regola civilistica il contratto non produce effetti nei confronti dei terzi e ad essi è inopponibile, nel caso degli accordi amministrativi e, *a fortiori*, degli accordi normativi, la clausola di salvaguardia implica una nozione positiva di terzo. L'efficacia soggettiva del modulo consensuale è, in questo senso, analoga rispettivamente a quella del provvedimento, dell'atto normativo e di quello generale[59].

A maggior ragione pertanto tale clausola dovrà trovare applicazione nel procedimento volto alla conclusione degli accordi in questione, che, per l'avere come destinatari naturali una pluralità di individui, giustifica una partecipazione procedimentale estesa anche a soggetti diversi dalle parti, purché, beninteso, questa sia connessa

ria giuridica della riflessione con particolare riguardo agli atti amministrativi, Napoli, 1950; A. Tigano, *Considerazioni critiche in tema di intervento del terzo nel processo amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, p. 1988 ss.; G. Corso, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1962, in particolare, p. 362 ss. e, più di recente, R. Ferrara, *Il procedimento amministrativo visto dal "terzo"*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2003, p. 1024 ss.; L. De Lucia, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, Giappichelli, 2005; F. Trimarchi Banfi, *Il "terzo" nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2014, p. 25 ss. Per analoga trattazione nella dottrina spagnola, si veda, per tutti, J.L. Villar Palasí, *Concesiones Administrativas*, in *Nueva Enciclopedia Juridica*, Barcelona, Editorial Francisco Seix, 1981, p. 634 ss.

[59] Con riferimento agli accordi amministrativi, si è osservato, avallando in tal senso la natura giuridica pubblicistica, come il modulo consensuale sia pur sempre esercizio di potestà amministrative, che, in quanto tali, dispongono ed incidono su una pluralità di interessi pubblici, privati e diffusi. Come ha affermato F. Fracchia, «l'ordinamento, nel momento in cui attribuisce un potere all'amministrazione, rende … disponibile per l'amministrazione [stessa] l'interesse di uno o più privati». E pertanto tanto l'accordo quanto il provvedimento vanno equiparati anche sul piano della tutela da riconoscere a chi, diverso dal destinatario, ne subisce gli effetti pregiudizievoli. Cfr. F. Fracchia, *L'accordo sostitutivo*, cit., p. 181.; G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., p. 67. Sul punto, si vedano anche F. Tigano, *Gli accordi procedimentali*, cit., p. 181 ss.; G. Greco, *Accordi amministrativi*, cit., p. 206 ss.; G. Manfredi, *Accordi e azione amministrativa*, cit., p. 139 ss.; S. Giacchetti, *Gli accordi dell'art. 11, l. n. 241 del 1990 tra realtà virtuale e realtà reale*, cit., p. 535; A. Travi, *Accordi fra i proprietari e comune per modifiche al piano regolatore ed oneri esorbitanti*, cit., p. 278. Quest'ultimo, invero, offre un'interpretazione della clausola come essenzialmente riferita al privato, nella misura in cui gli impedisce di disporre mediante un accordo «di quanto giuridicamente non gli appartiene».

alla necessità di tutelarli da situazioni di lesione (anche potenziale)[60] di propri interessi legittimi o diritti soggettivi, ovvero di interessi diffusi e collettivi nel caso di associazioni e comitati, in possesso dei necessari requisiti per intervenire nel procedimento[61].

Qualora si acceda ad una soluzione di questo tipo, sarebbe probabilmente più opportuna una fase partecipativa più ampia ed allargata, che superi gli stessi limiti (apparentemente) posti dall'art. 13 della l. n. 241/1990.

Esistono, del resto, già significativi esempi di apertura nella legislazione statale e in quella regionale, ove sono state legittimate forme più estese di partecipazione e di consultazione dei cittadini[62].

---

[60] Si veda in proposito l'orientamento del giudice amministrativo che fonda l'interesse a ricorrere, nel caso d'impugnazione di strumenti urbanistici generali, sul criterio della *vicinitas* e sulla necessaria dimostrazione del pregiudizio subito. Cfr., da ultimo, Cons. St., Sez. IV, 13 marzo 2014, n. 1217; Cons. St., Sez. IV, 6 maggio 2013, n. 2443; T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 30 settembre 2014, n. 752. Vale qui richiamare, inoltre, anche l'opinione ormai dominante in dottrina e in giurisprudenza sulla non necessaria coincidenza di presupposti tra partecipazione procedimentale *ex* art. 9 l. n. 241/1990 e legittimazione processuale. Se ne deve desumere che, per l'intervento nel procedimento dei controinteressati, debbano richiedersi valutazioni meno stringenti circa la potenziale lesione al bene della vita eventualmente inciso dalle disposizioni del piano urbanistico, rispetto alla più puntuale dimostrazione che occorre invece fornire in giudizio, e relativa alla sussistenza di una lesione concreta e attuale prodotta dall'atto di pianificazione impugnato. Esclude una coincidenza tra partecipazione al procedimento e legittimazione processuale, come noto, R. Villata, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 1992, p. 171 ss. Sul criterio della *vicinitas* quale criterio sufficiente per l'emersione di "interessi plurisoggettivi" nel procedimento e nel processo amministrativo, C. Cudia, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo,* cit., p. 208 ss.

[61] Sulla natura più propriamente difensiva che realmente collaborativa dell'intervento dei privati e dei portatori di interessi diffusi nel procedimento di pianificazione, vd. anche C. Cudia, *La partecipazione ai procedimenti di pianificazione territoriale tra chiunque e interessato*, cit., p. 263 ss., in particolare, p. 304 ss. In tema si vedano anche le considerazioni di P. L. Portaluri, *La partecipazione dei privati al procedimento di formazione del piano*, in E. Follieri, L. Iannotta (a cura di), *Studi in memoria di Franco Pugliese*, Napoli, ESI, 2010, p. 975 ss.

[62] Sul piano della legislazione statale, si ricorda l'art. 24 del 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), possono subire gli effetti delle procedure decisionali in materia ambientale). Un'applicazione settoriale di questa disposizione è rinvenibile anche nel Codice dei contratti pubblici agli artt. 182 ss. a proposito del procedimento di VIA speciale, riguardante le grandi opere e le

Resterebbe in ogni caso opportuna una modifica dell'art. 13 della l. n. 241/1990, che ormai funge non solo da ostacolo ad impellenti esigenze e garanzie partecipative, ponendosi, come visto, in contrasto con lo stesso principio comunitario di buona amministrazione, ma risulta addirittura anacronistico, dimostrando la generale sfiducia del nostro legislatore verso i c.d. procedimenti di massa e verso

---

infrastrutture di interesse strategico. A livello locale, l'art. 8 del TUEL 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 (si veda, 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 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*, Milano, Giuffrè, 2010.

forme di partecipazione più fluide, basate sul dibattito, il confronto e l'oralità, rintracciabili nel più ampio panorama europeo, a partire dall'emblematico modello francese[63].

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.

[63] Si veda sul punto il contributo di 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 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*, cit., p. 95 ss.

BIBLIOGRAFIA

Aa.Vv., *L'atto autoritativo: convergenze e divergenze tra ordinamenti* (Atti del convegno annuale AIPDA, Bari, 30 settembre-1 ottobre 2011), Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.

Albi Chovi F., *Los contratos municipales*, Valencia, Editorial Horizontes, 1944.

Albi Chovi F., *Contratos Administrativos*, in *Nueva Enciclopedia Juridica*, Barcelona, Seix Editor, 1985, p. 434 ss.

Albiñana García-Quintana C., *Los convenios como tercera categoría de los contratos del Estado*, in *Homenaje a José Antonio García-Trevijano Fos*, Madrid, ed. Universitario de Estudios Financieros-Instituto de la Adminisración Local, 1982, p. 451 ss.

Alessi R., *Principi di diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1971.

Allegretti U., *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965.

Alonso Clemente A., *Ius variandi y eficacia de los convenios urbanísticos de planeamiento*, in *Practica urbanística*, 93, 2010.

Alonso Clemente A., *Responsabilidad Patrimonial derivada de las potestades administrativas en materia de urbanismo*, in *Práctica Urbanística*, 113, *Sección Instituciones comparadas*, 2012, p. 68 ss.

Alonso Mas M.J., *Responsabilidad patrimonial de la Administración por incumplimiento de los convenios urbanísticos en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*, in *Revista de estudios de la Administracion local y autonomica*, n. 271-272, 1996, p. 853 ss.

Alvarez Gendín S., *Los contratos publicos*, Madrid, Reus, 1934.

Amadei P., Croci E., Pesaro G., *Nuovi strumenti di politica ambientale. Gli accordi volontari*, Milano, Franco Angeli, 2004.

Amorth A., *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, vol. III, 1938, p. 455 ss., ora in *Scritti giuridici*, 1931-1939, vol. I, Milano, Giuffrè, 1999, p. 273 ss.

Anshütz G., *Allgemeine Begriffe und Lehre des Verwaltungsrechts nach der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts*, in *Preuß. Verwaltungsblatt*, 1901, p. 88 ss.

Anzon A., *Flessibilità dell'ordine di competenze legislative e collaborative tra Stato e Regioni*, in *Giur. Cost.*, 5, 2003, p. 2782 ss.

Apelt W., *Der verwaltungsrechtliche Vertrag (ein Beitrag zur Lehre von der rechtswirksamen Handlung im öffentlichen Recht*), Leipzig, 1920.

Apelt W., *Der verwaltungsrechliche Vertrag*, in *AöR*, 84, 1959, p. 249 ss.

Argullol i Murgades E., *La Ley 8/2007, una nueva Ley urbanística*, in *Anuario del Gobierno Local*, 2007, p. 33 ss.

Arozamena Sierra J., *Algunas consideraciones sobre la institución contractual y el urbanismo: los llamados convenios urbanísticos*, in *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 146, 1996, p. 11 ss.

Arredondo Gutierrez J.M., *Los convenios urbanísticos y su régimen jurídico*, 2 ed., Granada, Comares, 2003.

Arroyo Yanes L. M., *El Codígo do procedimiento administrativo de Portugal (Decreto-Ley 442/91 de 15 de noviembre)*, in *RAP*, 130, 1993, p. 523 ss.

Assini N., *La gerarchia degli interessi nei procedimenti di pianificazione urbanistica*, in Aa.Vv., *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, Giuffrè, 1994, p. 93 ss.

Assini N., Mantini P., *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, Giuffrè, 2007.

Auby J.-B., *La répartition des compétences*, in *Rev. adm.*, 1983, p. 176 ss.

Auby J.-B., *La loi du 18 juill. 1985 sur l'aménagement urbain: genèse et lignes directrices*, in *RFDA* 1986, p. 295 ss.

Auby J.B., *Les contrats d'aménagement et l'économie mixte dans la tourmente*, in *DA*, 2, Février 2005, repère 2.

Auby J.-B., *Quelques réflexions sur l'état du droit de l'urbanisme*, in *Et. fonc*. 120, 2006, p. 7 ss.

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*, t. I, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, p. 411 ss.

Auby J.-B., *Comparative Approaches to Rise of Contract in the Public Sphere*, *Public Law*, 2, 2007, p. 40 ss.

Auby J.-B., *Partenariats public-privé et aménagement urbain*, in *Revue juridique de l'économie publique*, 697, 2012, étude 4.

Auby J.-B., *Contrats publics et urbanisme*, in *Revue Internationale de Contrats Publics*, 1, 2013, p. 1 ss.

Auby J.-B. (Ed.), *Codification of administrative procedure*, Bruylant, Brussels, 2014.

Auby J.B., Maugué C., *Les contrats de délégations de service public*, in *La Semaine Juridique*, n° 9, mars 1994.

Auby J.-B., Périnet-Marquet H., Noguellou R., *Droit de l'urbanisme et de la construction*, Paris, Montchrestien, 9 éd., 2012.

Auby J.-B., Perroud T. (Ed.) *Procédure administrative et production de la décision publique/Administrative Procedure and public decision-making*, Bruxelles, Bruylant, 2015.

Auby J.-M., *La renonciation au bénéfice de la loi en droit public français*, in *Travaux Assoc. H. Capitant*, t. XIII, p. 491 ss.

Azoulai L., Clement-Wilz L., *Les principes du droit administratif européen. La bonne administration*, in Auby J.B., Dutheil de la Rochère J., *Traité de droit administratif européen*, 2 éd., Bruylants, Bruxelles, 2014, p. 671 ss.

Badura P., *Agire amministrativo informale e diritti fondamentali*, in *Dir. pubbl.*, 1, 1999, p. 31 ss.

Baño León J.M., *Derecho Urbanístico Común*, Madrid, Iustel, 2009.

Bardusco A., *La struttura dei contratti delle Pubbliche Amministrazioni. Atti amministrativi e negozi di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1974.

Barkhuysen T., den Ouden W., Schuurmans Y.E., *Netherlands*, in Auby J.-B. (Ed.), *Codification of administrative procedure*, Brussels, Bruylant, 2014, p. 253 ss.

Barone A., *Governo del territorio e sicurezza sostenibile*, Bari, Cacucci Editore, 2013.

Barthélemy H., *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, Arthur Rousseau, 1900-1901.

Bartole S., *Supremazia e collaborazione nei rapporti tra Stato e Regioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, p. 84 ss.

Bartole S., *Princìpi generali del diritto(dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, 1986, p. 494 ss.

Bartole S., *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale*, in *Le Regioni*, 2-3, 2004, p. 584 ss.

Bartolini A., *Questioni problematiche sull'efficacia giuridica della pianificazione strutturale ed operativa*, in *RGU*, 3, 2007, p. 262 ss.

Bartolini A., Pioggia A., *La legalità dei principi di diritto amministrativo e il principio di legalità*, in Renna M., Saitta F. (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 79 ss.

Basdevant-Gaudemet B., *Contrat ou institution: un enjeu de société*, Paris, L.J.D.G., 2004.

Bassi F., *Autorità e consenso*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 1992, p. 744 ss.

Bassi N., *Gli accordi fra soggetti pubblici nel diritto europeo*, Milano, Giuffrè, 2004.

Bassi N., *Accordi amministrativi verticali e orizzontali: la progressiva ibridazione dei modelli*, in Cammelli M. (a cura di), *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 454 ss.

Bassi N., *Accordi nel diritto comunitario*, in Chiti M., Greco G. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, *Parte Speciale*, t. I, Milano, Giuffrè, 2007, p. 11 ss.

Bassi N., *Difetto assoluto di attribuzione e nullità degli accordi amministrativi: alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Foro amm. TAR*, 2, 2008, p. 329 ss.

Bassols Coma M., *Génesis y evolución del Derecho Urbanístico español (1812.1956)*, Madrid, Civitas, 1973.

Bassols Coma M., *Consideraciones sobre los convenios de colaboración de la Administración con los particulares para el fomento de actividades ecónomicas privadas de interés público*, in *RAP*, 82, 1977, p. 61 ss.

Becker H., *Les politiques foncières communales en Allemagne*, in *Les outils d'action foncière des communes*, ADEF, 1988.

Bell J., *Convergences and divergences in European Administrative Law*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, p. 23 ss.

Bell J., *Mechanism of Cross-Fertilizations of Administrative Law in Europe*, in Beatson J., Tridimas T. (eds.), *New Directions in European Public Law*, Hart Publishing, Oxford, 1998.

Bell J. S., *Comparative Administrative Law*, in Reimann M., Zimmermann R., *The Oxford Handbook of Comparative Law*, New York, 2006, p. 1260 ss.

Bellstedt C., *Bedürfen Subventionen gesetzlicher Grundlage?* in *D. öff. Verw.*, 1961, p. 161 ss.

Benadusi L., *Attività di finanziamento pubblico: aspetti costituzionali e amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, p. 890 ss.

Benelli F., Mainardis C., *La cooperazione Stato-Regioni e il seguito giurisprudenziale (con particolare riferimento alla c.d. negoziazione delle competenze)*, in *Le Regioni*, 6, 2007, p. 959 ss.

Benelli F., Mainardis C., *La negoziazione delle competenze fra Stato e Regioni e il suo seguito giurisprudenziale*, in Barbera A., Giupponi T. F., *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna, BUP, 2008, p. 469 ss.

Bénoît F.-P., *De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatéral dans les contrats administratifs*, in *JCP*, 1963, I, p. 1775 ss.

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

Benvenuti F., *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIX, 1970, p. 589 ss.

Benvenuti F., *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, CEDAM, 1987.

Benvenuti F., *Il ruolo dell'amministrazione nello Stato democratico contemporaneo*, in *Jus*, 1987, p. 277 ss.

Bergonzini G., *Difetto di motivazione del provvedimento amministrativo ed eccesso di potere (a dieci anni dalla legge n. 241 del 1990*), in *Dir. amm.*, 2, 2000, p. 187 ss.

Bernard P., *Offre de concours et urbanisme*, in *AJDA*, 2008, p. 889 ss.

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, Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 1979, Milano, Giuffrè, 1980, p. 268 ss.

Berti G., *Il principio contrattuale nell'azione amministrativa*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. II., Milano, Giuffrè, 1988, p. 49 ss.

Berti G., *Stato di diritto informale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 1992, p. 3 ss.

Berti G., *Le antinomie del diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, 2, 1996, p. 273 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 ss.

Bessone M., *Natura giuridica dei piani di lottizzazione*, in M. Costantino (a cura di), *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, Milano, Giuffrè, 1978, p. 231 ss.

Bifulco R., *Art. 41. Diritto ad una buona amministrazione*, in Bifulco R., Cartabia M., Celotto A. (a cura di), *L'Europa dei diritti: commentario della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 284 ss.

Bin R., *Le deboli istituzioni della leale collaborazione*, in *Giur. Cost.*, 6, 2002, p. 4184 ss.

Bin R., *Stato di diritto*, in *Enc. dir.*, Annali IV, 2011, p. 1149 ss.
Binding K., *Die Gründung des norddeutschen Bundes*, in *Festgabe für B. Windscheid*, Leipzig, 1888.
Blackshield A.R., *Constitutional Issues Affecting Public Private Partnerships*, (2006) 29 UNSWLawJl, p. 302 ss.
Blanquer Prats M. B., *Aspecto contractual de los P.A.U.*, in *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 144, 1995, p. 11 ss.
Blumann C., *La renonciation en droit administratif français*, Paris, L.G.D.J., 1974.
Bobbio N., *Principi del diritto*, in *Nov.mo dig. it.*, XIII, p. 889 ss.
Bodda P., *La nozione di "causa giuridica" della manifestazione di volontà nel diritto amministrativo*, Torino, 1933.
Bodda P., *Ente pubblico, soggetto privato e atto contrattuale*, Pavia, 1937.
Bombardelli M., *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *IdF*, 3-4, 2013, p. 30 ss.
Bonnard R., *La nature juridique de la nomination des fonctionnaires publics dans le droit positif français*, in *RDP*, 1930, p. 1 ss.
Bonnard R., *Précis de droit administratif*, 4 éd., Paris, Sirey, 1943.
Boquera Oliver J. M., *La caracterización del contrato en la reciente jurisprudencia francesa y española*, in *RAP*, 23, 1957, p. 193 ss.
Boquera Oliver J. M., *Los contratos de la Administración desde 1950 a hoy*, in *RAP*, 150, 1999, p. 13 ss.
Borsi U., *L'atto amministrativo complesso*, in *Studi di diritto pubblico*, Padova, 1976, p. 203 ss.
Boscolo E., *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, p. 179 ss.
Bouyssou F., Chapuisat J. J., *La répartition des compétences. Commentaire de la loi di 7 janvier 1983*, *AJDA*, 1983, p. 81 ss.
Brandileone F., *Fonti normative del parastato*, in *Cons. St.*, 1977, p. 585 ss.
Brechon-Moulenes C., *La liberté contractuelle des personnes publiques*, in *AJDA*, 1998, p. 643 ss.
Breganze M., *La nuova pianificazione urbanistico-territoriale in Veneto e gli accordi con i privati*, in *RGU*, 1-2, 2005, p. 210 ss.
Brondi V., *L'atto complesso nel diritto pubblico*, in *Studi giuridici dedicati ed offerti a Francesco Schupfer*, Torino, Fratelli Bocca, 1898.
Broyelle C., *Allemagne. France, Angleterre: trois façon de contrôler le permis de construire*, in *Et. fonc.*, mars 1996, p. 14 ss.

Brunet P., *Les conflits des qualifications: le cas des actes réglementaires en forme de conventions*, in *Revue des contrats*, 2, 2005, p. 434 ss.

Bruti Liberati E., *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1996.

Bullinger M., *Vertrag und Verwaltungsakt (Zu den Handlungsformen und Handlungsprinzipien der öffentlichen Verwaltung nach deutschem und englischem Recht)*, Stuttgart, 1962.

Bullinger M., *Zur Notwendigkeit funktionalen Umdenkens des öffentlichen und privaten Vertragsrechts im leistungsintensiven Gemeinwesen*, in *Gedächtnisschrift für Hans Peters*, 1967, p. 667 ss.

Buoso E., *Gli accordi tra amministrazione comunale e privati nel diritto urbanistico tedesco: i contratti urbanistici (städtebauliche Vertrag*), in *RGU*, 3, 2008, p. 366 ss.

Buoso E., *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, CEDAM, 2012.

Bustillo Bolado R. O., *Convenios y Contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimento*, 1 ed., Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2001.

Bustillo Bolado R. O., *Convenios y Contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimento*, 2 ed., Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2004.

Bustillo Bolado R. O., Cuerno Llata J.R., *Los convenios urbanísticos entre las Administraciones locales y los particulares*, Pamplona, Aranzadi, 1997.

Cailosse J., *Sur la progression en cours des techniques contractuelles d'administration*, in Cadiet L. (sous la dir.), *Le droit contemporain des contrats*, Paris, Economica, 1987, p. 89 ss.

Cammeo F., *I monopoli comunali*, in. *Arch. Giur.*, 1896, p. 71 ss.

Cammeo F., *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico. (Contratto di diritto pubblico)*, in *Giur. It.*, 1900, parte IV, p. 1 ss.

Cammeo F., *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1903.

Cammeo F., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1919.

Campbell E., *Agreements about the exercise of statutory powers*, (1971) 45 *Australian Law Journal*, p. 338 ss.

Candian A., Gambaro A., *Le convenzioni urbanistiche*, Milano, Giuffrè, 1992.

Cangelli F., *Riflessioni sul potere discrezionale della pubblica amministrazione negli accordi con i privati*, in *Dir. amm.*, 2000, p. 277 ss.

Cangelli F., *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, Giuffrè, 2004.

Cano Murcha A., *Teoría y Practica del Convenio Urbanístico. Comentarios, Legislación, Jurisprudencia y Formularios*, 6 ed., Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2008.

Cantucci M., *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 1941.

Carafa A., *La motivazione del piano regolatore generale*, in www.pausania.it.

Caranta R., Dacian Cosmin D., *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urb. App.*, 5, 2014, p. 493 ss.

Cardi E., *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*, Rimini, Maggioli, 1983.

Cardi E., *La ponderazione di interessi nei procedimenti di pianificazione urbanistica*, in *Foro amm.*, 1989, p. 864 ss.

Caretti P., *Gli «accordi» tra Stato, Regioni e autonomie locali: una doccia fredda sul mito del «sistema delle conferenze»?*, in *Le Regioni*, 5, 2002, p. 1169 ss.

Carloni E., *L'Amministrazione aperta. Regole strumenti limiti dell'open government*, Maggioli, Rimini, 2014.

Carminati A., *Dal raccordo politico al vincolo giuridico: l'attività della Conferenza Stato-Regioni secondo il giudice costituzionale*, in *Le Regioni*, 2, 2009, p. 281 ss.

Carnelutti F., *Contratto e diritto pubblico*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1929, I, p. 659 ss.

Carpani G., *La Conferenza Stato-Regioni*, Bologna, Il Mulino, 2006.

Carpani G., *Gli strumenti di leale collaborazione*, in Antonelli V., D'Aristotile E., Paolini C. (a cura di), *Governare le autonomie locali nella transizione federale*, Pescara, CEL editrice, 2010, p. 257 ss.

Carpani G., *La collaborazione strutturata tra Regioni e tra queste e lo Stato. Nuovi equilibri e linee evolutive dei raccordi "verticali" ed "orizzontali"*, in www.federalismi.it.

Carpino R., *Evoluzione del sistema delle Conferenze*, in *IdF*, 1, 2006, p. 13 ss.

Carrera Ortiz C., *Naturaleza y eficacia jurídicas de la negociación colectiva en la función pública en España*, in *REDT*, 38, 1989, p. 268 ss.

Carullo A., *Diritto al benessere e crisi delle autonomie locali*, in www.giustamm.it.

Carullo G., *Rapporti tra potestà pubbliche e opere di urbanizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3-4, 2010, p. 999 ss.

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*, Milano, Giuffrè, 2005.

Cassese S., *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, Il Mulino, 1983.

Cassese S., *Il problema della convergenza dei diritti amministrativi: verso un modello amministrativo europeo?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, p. 23 ss.

Cassese S., *L'influenza del diritto amministrativo comunitario sui diritti amministrativi nazionali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3, 1993, p. 329 ss.

Cassese S., *Le problème de la convergence des droit administratifs: vers un modèle administratif européen?*, in *L'Etat de droit, Mél. en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, Paris, 1996, p. 47 ss.

Cassese S., *Negoziazione e trasparenza dei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in Aa.Vv., *Il procedimento davanti alle Autorità Indipendenti*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 37 ss.

Cassese S., *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in Cassese S., *Trattato di diritto amministrativo*, t. I, Milano, Giuffrè, 2003, p. 1 ss.

Cassese S., *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2006, p. 597 ss.

Cassese S., *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in Chiti M., Greco G. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, *Parte Generale*, t. I, Milano, Giuffrè, 2007, p. 1 ss.

Cassese S., *Il diritto ad una buona amministrazione*, in www.irpa.eu.

Cassese S., *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche - Saggio di diritto comparato*, www.irpa.eu.

Castelao Rodríguez J., *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 ss.

Castiello F., *Gli accordi integrativi e sostitutivi di provvedimenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 1993, p. 124 ss.

Castorina E., *Considerazioni sui profili costituzionali dei limiti di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 1994, p. 70 ss.

Cathaly-Stelkens A., *L'étendue de l'obligation de planification urbaine en droit de l'urbanisme allemand, en tant que préalable à l'autorisation*

de certains projets, in *Droit de l'aménagement, de l'urbanisme et de l'habitat*, Paris, LeMoniteur, 2004, p. 779 ss.

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

Cavallo B., *Sussidiarietà orizzontale e L. n. 241/1990 nel governo del territorio*, in *RGU*, 3, 2006, p. 395 ss.

Cerulli Irelli V., *Italie*, in Fromont M., *Les compétences des collectivités territoriales en matière d'urbanisme et d'équipement. Allemagne, Belgique, Espagne, France, Grande-Bretagne, Italie, Suisse*, Litec Bruxelles: Bruylant, 1987, p. 227 ss.

Cerulli Irelli V., *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2, 2003, p. 217 ss.

Cerulli Irelli V., *I poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, in D'Alberti M., Pajno A., *Arbitri dei mercati*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 75 ss.

Cerulli Irelli V., *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2013.

Cerulli Irelli V., *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90*, in www.giustamm.it.

Cerulli Irelli V., *Sulla riforma costituzionale in corso di approvazione in Italia*, in www.astrid-online.it.

Chantenout B., *L'engagement de rester au service de l'Etat*, in *AJDA*, 1968, p. 140 ss.

Chapuisat J., *L'urbanisme après la décentralisation*, in *AJDA*, 1984, p. 273 ss.

Chapus R., *Droit administratif général*, 15e éd., Paris, 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.

Chenevoy-Gueriaud M., *Les conventions nationales médicales*, PU Clermont-Ferrand, 2004.

Chenuaud-Frazier C., *La notion de délégation de service public*, in *RDP*, 1995, p. 175 ss.

Chevallier J., *Les formes actuelles de l'économie concertée*, in *Publ. Fac. dr. Amiens*, 1971-1972, n° 1, p. 68 ss.

Chevallier J., *Vers un droit post-moderne?*, in Clam J., Martin J. (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, L.G.D.J., coll. *Droit et so-*

ciété, Recherches et travaux du réseau européen droit et société, maison des Sciences de l'Homme, n° 5, 1998, p. 21 ss.

Chevallier J., *Loi et contrat dans l'action publique*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 17 (*Dossier: Loi et contrat*), mars 2005.

Chieppa R., *Le nuove forme di esercizio del potere e l'ordinamento comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, p. 1319 ss.

Chinchilla Peinado J. A., *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, p. 1 ss.

Chiti E., *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2004, p. 679 ss.

Chiti M., *Diritto amministrativo comparato*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, 1990, p. 206 ss.

Chiti M. P., *L'invalidità degli atti amministrativi per violazioni di disposizioni comunitarie e il relativo regime processuale*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 687 ss.

Chiti M. P., *Le peculiarità dell'invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2, 2008, p. 477 ss.

Chiti M. P., *La crisi del debito sovrano e le sue influenze per la "governance" europea, i rapporti tra Stati membri, le Pubbliche Amministrazioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1, 2013, p. 1 ss.

Chiti M. P., *Les droits administratifs nationaux entre harmonisation et pluralisme eurocompatible*, in Auby J.B., Dutheil de la Rochère J., *Traité de droit administratif européen*, 2 éd., Bruylants, Bruxelles, 2014, p. 867 ss.

Chiti M. P., Natalini A. (a cura di), *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, Bologna, Il Mulino, 2012.

Cintioli F., *Le forme di intesa e il controllo sulla leale collaborazione dopo la sentenza 303 del 2003*, in www.astrid-online.it.

Civitarese Matteucci S., *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1997.

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, Milano, Giuffrè, 1999, p. 163 ss.

Civitarese Matteucci S., *Contratti e accordi di diritto pubblico*, in Cerulli

Irelli V. (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, ESI, 2006, p. 99 ss.

Civitarese Matteucci S., D'Angelosante M., *Governo del territorio e pianificazione urbanistica*, in Vandelli L., Bassanini F. (a cura di), *Il federalismo alla prova: regole, politiche, diritti nelle Regioni*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 171 ss.

Civitarese Matteucci S., Gardini G., *Il primato del diritto comunitario e l'autonomia processuale degli Stati membri: alla ricerca di un equilibrio sostenibile*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2013, p. 1 ss.

Clamour G., *Esquisse d'une théorie générale des contrats publics*, in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur de Michel Guibal*, t. II, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, p. 671 ss.

Clarich M., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, Il Mulino, 2005.

Clemente di San Luca G., *Alla ricerca dell'autorità perduta (ovvero: dei limiti alla amministrazione pubblica per accordi)*, in *Legalità e Giustizia*, 4, 1995, p. 533 ss.

Clemente di San Luca G., *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Napoli, Jovene, 2003.

Cocconi M., *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi generali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2009, p. 707 ss.

Cocconi M., *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Padova, CEDAM, 2010.

Cognetti S., *La tutela delle situazioni soggettive tra procedimento e processo. Le esperienze di pianificazione urbanistica in Italia e in Germania*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1987.

Cognetti S., *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, Giappichelli, 2010.

Comporti G. D., *Il coordinamento infrastrutturale: tecniche e garanzie*, Milano, Giuffrè, 1996.

Comporti G. D., *L'atto complesso di Umberto Borsi e il coordinamento procedimentale: ovvero il nome e la cosa*, in *Dir. amm.*, 2, 2005, p. 275 ss.

Constantinesco J.L., *Introduzione al diritto comparato*, ed. it. a cura di A. Procida Mirabelli di Lauro, R. Favale, Torino, Giappichelli, 1996.

Contieri A., *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi*, Napoli, Editoriale scientifica, 2000.

Corso G., *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1962.

Corso G., *Procedimenti di programmazione e comparazione di interessi*, in

Aa.Vv., *La ponderazione degli interessi nell'esercizio dei controlli*, Atti del XXXIV Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 22-24 settembre 1988, Milano, Giuffrè, 1991, p. 207 ss.

Corso G., *L'attività amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1999.

Cortese F., *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, Franco Angeli, 2012.

Costantinesco V., *Proudhon lecteur de Rousseau: le contrat social en question*, in *Contrats publics*, *Mélanges en l'honneur de Michel Guibal*, t. II., Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, p. 417 ss.

Craig P., *European Administrative Law*, Oxford University Press, 2006.

Craig P., *Angleterre et Pays de Galles/England and Wales*, in Noguellou R., Stelkens U. (dir.), *Droit comparé des Contrats Publics/Comparative Law on Public Contracts*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 338 ss.

Craig P., *Specific power of public contractors*, in Noguellou R., Stelkens U. (dir.), *Droit comparé des Contrats Publics/Comparative Law on Public Contracts*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 173 ss.

Crisafulli V., *Per la determinazione del concetto dei princìpi generali del diritto*, in *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico*, Pisa, 1941.

Crisafulli V., *Atto normativo*, in *Enc. dir.*, IV, 1959, p. 238 ss.

Cristini R., *Droit de l'urbanisme*, Paris, Economica, 1985.

Cudia C., *La partecipazione ai procedimenti di pianificazione territoriale tra chiunque e interessato*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2008, p. 263 ss.

Cudia C., *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Rimini, Maggioli, 2012.

Cugurra G., *Accordi di pianificazione territoriale e ambientale*, in *RGU*, 1, 2000, p. 143 ss.

Cundari M., *Il principio di legalità e gli accordi amministrativi*, in *Gior. dir. amm.*, 6, 2011, p. 637 ss.

Cusculluela Montaner L., *Consideraciones sobre el enriquecimento injusto en el derecho administrativo*, in *RAP*, 84, 1977, p. 185 ss.

Custos D., *United States*, in Auby J.-B. (Ed.), *Codification of administrative procedure*, Bruylant, Brussels, 2014, p. 387 ss.

D'Alberti M., *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle Pubbliche Amministrazioni*, Napoli, Jovene, 1981.

D'Alberti M., *I 'public contracts' nell'esperienza britannica*, Napoli, Jovene, 1984.

D'Alberti M., *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, Il Mulino, 1992.

D'Angiolillo P., *Accordi amministrativi e programmazione negoziata nella prospettiva del potere discrezionale*, Napoli, ESI, 2009.

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*, t. I, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, p. 503 ss.

David C.-H., *Le droit de l'urbanisme en Allemagne*, 1997, Afduh 1998, p. 399 ss.

David C.-H., *Les principales évolutions du droit de l'urbanisme en Allemagne en 1998, 1999 et 2000*, in *Annuaire français de droit de l'urbanisme*, 2001, p. 633 ss.

David C.-H., *Le droit de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme en Allemagne. Loi sur l'aménagement du territoire et Code de l'urbanisme*, Cahiers du Gridauh, Paris, *La Documentation française*, 2003.

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 Béchillon D., *Le contrat comme norme dans le droit public positif*, in *RFDA*, 1992, p. 15 ss.

De Donno M., *Il principio di consensualità nel governo del territorio: le convenzioni urbanistiche*, in *RGE*, 5, 2010, p. 279 ss.

De Donno M., *Riordino delle competenze e nuovo regime delle Métropoles: prime prove per l'Acte III de la décentralisation*, in www.federalismi.it.

Degoffe M., Dreyfus J.-D., *Transfert de compétences et conventions dans le droit de l'intercommunalité*, in *AJDA*, 2001, p. 807 ss.

De La Sierra S., *Una metodología para el Derecho Comparado europeo. Derecho público comparado y derecho administrativo europeo*, Thomson-Civitas, 2004.

de Laubadère A., *Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs*, in *RDP*, 1954, p. 36 ss.

de Laubadère A., *Administration et contrat*, in *Mélanges offerts à Jean Brèthe de la Gresseye*, Bordeaux, Editions Bière, 1968, p. 453 ss.

de Laubadère A., *L'administration concertée*, in *Mélanges en l'honneur de Michel Stassinopoulos*, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 407 ss.

de Laubadère A., *Interventionnisme économique et contrat*, in *Rev. Fr. adm. publ.* 1979, p. 791 ss.

DE LAUBADÉRE A., *Traité de droit administratif*, t. 2, 7 éd., Paris, L.G.D.J., 1980.

DE LAUBADÈRE A., MODERNE F., DEVOLVE P., *Traité des contrats administratifs*, t. I, Paris, L.G.D.J., 1983.

DELGADO PIQUERAS F., *Las nuevas conquistas del principio constitucional de participación: terminación convencional del procedimiento y medios consensuales de solución de conflictos adminiatrativos*, in *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 18, 1993, p. 219 ss.

DELGADO PIQUERAS F., *La terminación Convencional del Procedimiento Administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

DELLA CANANEA G., *Gli atti amministrativi generali*, Padova, CEDAM, 2000.

DELLA CANANEA G., *La comparazione dei diritti amministrativi nazionali nell'Unione Europea tra omogeneizzazione e diversità culturali*, in G. FALCON (a cura di), *Il diritto amministrativo dei Paesi Europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Padova, CEDAM, 2005, p. 409 ss.

DELLA CANANEA G., *Administrative Law in Europe: a historical and comparative perspective*, in *Italian Journal of Public Law* 2, 2009, p. 162 ss.

DELLA CANANEA G., *I principi generali*, in DELLA CANANEA G., FRANCHINI C., *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 51 ss.

DELLA CANANEA G., *Il rinvio ai princìpi dell'ordinamento comunitario*, in SANDULLI M. A., *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 95 ss.

DELSIGNORE M., *La disapplicazione dell'atto in violazione del diritto comunitario non impugnato*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 271 ss.

DE LUCIA L., *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi*. *Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, Giappichelli, 2005.

DEL VECCHIO G., *Sui principi generali del diritto*, in *Studi sul diritto*, I, Milano, 1958, p. 205 ss.

DE MARCO E., *La negoziazione legislativa*, CEDAM, Padova, 1984.

DE MICHELE A., *Gli accordi in materia ambientale*, in MASTRAGOSTINO F. (a cura di), *Gli strumenti economici e consensuali del diritto dell'ambiente*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, p. 135 ss.

DE MINICO G., *Regole comando e consenso*, Torino, Giappichelli, 2004.

DE MONTECLER M.-C., *La loi Métropoles est conforme à la Constitution*, in *AJDA*, 2014, p. 188 ss.

DENOIX DE SAINT MARC R., *La question de l'administration contractuelle*, in *AJDA*, 2003 p. 970 ss.

De Palma Del Teso A., *Los acuerdos procedimentales en el Derecho Administrativo*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2000.

De Pretis D., *I principi del diritto amministrativo europeo*, in Renna M., Saitta F. (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 41 ss.

De Siervo U., *Norme secondarie e strumenti di direzione dell'amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 1992.

De Valles A., *La validità degli atti amministrativi*, Roma, 1917.

De Valles A., *Regolamenti ministeriali ed ordinanze generali*, in *Foro It.*, 1951, IV, p. 97 ss.

Devès 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*, 6, 13 Février 2012, p. 2054 ss.

Devolvé P., *Le recours pour excès de pouvoir contre les dispositions réglementaires d'un contrat. Note sous Conseil d'Etat, 10 juillet 1996, M. Cayzeele*, in *RFDA*, 1997, p. 89 ss.

Devolvé P., *Les stipulations contractuelles ne sont ni attaquables ni invocables en excès de pouvoir. Note sous Conseil d'Etat 14 mars 1997, Compagnie d'aménagement des coteaux de Gascogne*, in *RFDA*, 1997, p. 349 ss.

Devolvé P., *De Martin à Bonhomme. Le nouveau recours des tiers contre les contrats administratifs. Note sous Conseil d'Etat 4 avril 2014, Département de Tarne et Garonne*, in *RFDA*, 2014, p. 438 ss.

Díaz Lema J. M., *Subvenciones y crédito oficial en España*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1985.

Dicey A.V., *Introduction of the Study of the Law of the Constitution*, I ed., Macmillan and Co., London, 1885.

Dietrich H., Dransfeld E., W. Voss, *Urban Land and Property Market in Germany*, London, UCL Press, 1993.

Di Lascio F., *Il decreto del "Fare": il rilancio dell'economia*, in *Gior. dir. amm.*, 12, 2013, p. 1143 ss.

Di Mario A., *Le varianti al Piano Regolatore e l'obbligo di motivazione*, in *Urb. App.*, 10, 1997, p. 1149 ss.

Domenichelli V., *Gli elementi caratterizzanti della Legge Regionale del Veneto 23 aprile 2004, n. 11*, in *Nuova rass.*, 5, 2006, p. 499 ss.

Donati D., *Atto complesso, autorizzazione e approvazione*, in *Arch. giur.* LXXI, 1, 1903, p. 3 ss.

D'Orazio G., *Gli accordi prelegislativi tra le Regioni (uno strumento di cooperazione interregionale)*, in *Giur. cost.*, 1977, p. 956 ss.

D'Orsogna M., *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005.

Douence J.-C., *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'Administration*, Paris, L.G.D.J., 1968.

Douence J.-C., *Les conventions entre personnes publiques,* in *Mélanges en l'honneur de Michel Stassinopoulos*, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 113 ss.

Dreyfus J.D., *Contribution à une théorie générale des contrats entre personne publiques*, Paris, L'Harmattan, 1997.

Dreyfus J.D., *Illicéité de l'objet d'une convention garantissant la délivrance d'un permis de construire*, in *AJDA*, 2005, p. 1531 ss.

Droal A., *Un pas vers la contractualisation*, in *La Gazettes des Communes*, 22 septembre 2008.

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 *AJDA*, 1955, p. 65 ss.

Dugato M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, Giuffrè, 1996.

Dugato M., *I servizi pubblici locali*, in Cassese S., *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 2581 ss.

Dugato M., *L'oggetto dell'accordo amministrativo e i vincoli per le parti nella sua definizione*, in Matteucci S.C., del Federico L. (a cura di), *Azione amministrativa e azione impositiva tra autorità e consenso*, Milano, Franco Angeli, 2010, p. 73 ss.

Duguit L., *De la situation des particuliers à l'égard des services publics*, in *Rev. dr. pub.*, 1907, p. 411 ss.

Duguit L., *Les transformations du droit public*, Paris, Armand Colin, 1913.

Duguit L., *Traité de droit constitutionnel*, t. I, 3 éd., Paris, Ancienne Librairie Fontemoign & C. Éditeurs, 1927.

Dupuis G., *Les principes de l'administration*, Thèse, Paris, 1962.

Dupuis G., *Définition de l'acte unilatéral*, in *Mél. Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 205 ss.

Dupuis G., Dupuis, J., Vincent J.Y., *Acte administratif*, in *Juriscl. Adm.*, fasc.107.

Duret P., *Gli accordi «novativi» della procedura: le decisioni con impegni nella disciplina antitrust*, in Corletto D. (a cura di), *Gli accordi amministrativi tra consenso, conflitto e condivisioni*, Napoli, ESI, 2012, p. 35 ss.

Dutheil de la Rochére J., *Le régime conventionnel des prix*, in *AJDA* 1967, p. 579 ss.

Dworkin R., *Taking rights seriously*, Londra, 1977, 2 ed., 1978.

Dyens S., *Le recours «Tarn-et-Garonne»: quand la sécurité prime sur la legalité*, in *AJ Collectivité Territoriales*, 2014, p. 375 ss.

Edelstam G., *Suède/Sweden*, in Noguellou R., Stelkens U. (dir.), *Droit comparé des Contrats Publics/Comparative Law on Public Contracts*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 887 ss.

Eisenmman C., *Cours de droit administratif*, Tome II, Paris, L.J.D.G., 1982.

Eleftheriadis P., *Land Development and Public Procurement*, in *Legal Research Paper Series, University of Oxford*, 44, 2011, p. 1 ss.

Emaus J., Zwart T., *Pays-Bas/Netherlands*, in Noguellou R., Stelkens U. (dir.), *Droit comparé des Contrats Publics/Comparative Law on Public Contracts*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 741 ss.

Entrena Cuesta R., *Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la Administración*, in *RAP*, 24, 1957, p. 39 ss.

Erichsen H.-U., Martens W., *Il contratto di diritto amministrativo*, in Masucci A. (a cura di), *L'accordo nell'azione amministrativa*, Quaderni Regionali, Formez, Roma, 1988, p. 127 ss.

Falcon G., *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, Giuffrè, 1984.

Falcon G., *Convenzioni e accordi amministrativi – I) Profili generali*, in *Enc. giur.*, IX, 1998, p. 1 ss.

Falcon G., *Tendenze del diritto amministrativo e dei diritti amministrativi nell'Unione europea*, in Falcon G. (a cura di), *Il diritto amministrativo dei Paesi Europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Padova, CEDAM, 2005, p. 3 ss.

Falcon G., *La crisi e l'ordinamento costituzionale*, in *Le Regioni*, 1-2, 2012, p. 9 ss.

Falconi F., *Contrattazione, impresa privata e programmazione economica*, Padova, CEDAM, 1978.

Falzea A., *I principi generali del diritto*, in Falzea A., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. I. Teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 335 ss.

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*, Rimini, Maggioli, 2013, p. 307 ss.

Fatôme E., *L'urbanisme contractuel*, in *AJDA*, 1993, p. 63 ss.

Fatôme E., *Le nouveau régime juridique des ZAC*, in *BJDU*, 6, 2000, p. 394 ss.

Fatôme E., *Contrat et concurrence dans le droit de l'urbanisme*, in Tanquerel T., Morand-Deviller J., Alvers Correia F. (dir.), *La contractualisation dans le droit de l'urbanisme, Colloque biennal de l'Association International de droit de l'urbanisme (AIDrU)*, Coimbra, 23-24 septembre 2011, *Les Cahiers du GRIDAUH*, *Série de droit comparé, La Documentation française*, Paris, 2014, p. 33 ss.

Fatôme E., Moreau J., *L'analyse juridique dans le contexte de la décentralisation*, in *AJDA*, 1990, p. 142 ss.

Fatôme E., Richer L., *Nature et contenu du contrat d'aménagement*, in *Revue de droit immobilier*, 1994, p. 169 ss.

Fatôme E., Richer L., *Questions sur les nouvelles concessions d'aménagement*, in *AJDA*, 2006, p. 926 ss.

Fatôme 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 *AJDA*, 2007, p. 409 ss.

Feral F., *Contrat public et action publique: au cœur d'une administration régulatrice*, in *Contrats publics*, *Mélanges en l'honneur de Michel Guibal*, t. II, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, p. 527 ss.

Fernández de Velasco R., *Relaciones jurídicas bilaterales de origen no contractual*, RGLJ, 144, 1924, p. 566 ss.

Fernández de Velasco R., *Los contratos administrativos*, 1ª ed., Madrid, Libreria General de Victoriano Suárez, 1926.

Férnandez Farreres G., *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1983.

Fernández Montalvo R., *Legislación urbanística estatal y autonómica. Principios e instituciones comunes*, in *Serie claves del gobierno local*, 5, *Estudios sobre urbanismo (Análisis de cuestiones clave no afectadas por la Ley de suelo de 2007)*, p. 77 ss.

Fernández Rodríguez T. R., *El urbanismo concertado y la reforma de la Ley del Suelo*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1974.

Fernández Rodríguez T. R., *El desconcertante presente y el imprevisible y preoccupante futuro del Derecho urbanístico español*, in *REDA*, 94, 1997, p. 189 ss.

Fernández, T. R. *Manual de Derecho Urbanístico*, Madrid, El consultor de los Ayuntamientos (La Ley), 2011.

Ferrara E. (a cura di), *I contratti della pubblica amministrazione in Europa*, Torino, Giappichelli, 2003.

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

Ferrara R., *Il procedimento amministrativo visto dal "terzo"*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2003, p. 1024 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.

Ferrari Bravo L., Di Majo M., Rizzo A. (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, commento all'art. 41 Diritto a una buona amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2001.

Ferreira M., Diniz de Ayala B., *Portugal*, in Noguellou R., Stelkens U. (dir.), *Droit comparé des Contrats Publics/Comparative Law on Public Contracts*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 783 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 ss.

Fiale A., *Diritto Urbanistico*, Napoli, Edizioni giuridiche Simone, 2006, p. 66 ss.

Figueireido Dias J.E., *Portugal*, in Auby J.-B. (Ed.), *Codification of administrative procedure*, Bruylant, Brussels, 2014, p. 345 ss.

Fioravanti M., *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, p. 600 ss.

Flamme P., *Belgique*, in Noguellou R., Stelkens U. (dir.), *Droit comparé des Contrats Publics/Comparative Law on Public Contracts*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 399 ss.

Fleiner F., *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1929.

Fleiner F., *Instituciones de Derecho Administrativo*, trad. de la 8 ed. Alemana, Tübingen, 1929, trad. por S. Alvarez-Gendín, S. Labor, Barcelona, Madrid, Buenos Aires, 1933.

Flogaïtis S., *Contrat et acte administratif unilatéral*, in *L'État de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 231 ss.

Follieri E., *Contributo allo studio della dinamica della pianificazione urbanistica*, Chieti, M. Solfanelli, 1986.

Follieri E., *La pianificazione territoriale e le situazioni giuridiche soggettive*, in Caia G. (a cura di), *Il piano territoriale di coordinamento provinciale e le pianificazioni di settore*, Quaderni della Spisa, Rimini, Maggioli, 2001, p. 55 ss.

Fonseca Ferrandis F. E., *Los Convenios Urbanísticos en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, in *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 159, Enero 1998, p. 1 ss.

Fonseca Ferrandis F.E., *La liberalización del Suelo en España. Presupuestos y marco jurídico-constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1999.

Forsthoff E., *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, I ed., München, 1950.

Forsthoff E., *Traitè de droit administratif allemand*, trad. par M. Fromont, Bruxelles, Bruylant, 1969.

Forsthoff E., *La Repubblica federale tedesca come Stato di diritto e Stato sociale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, p. 547 ss.

Forsthoff E., *Anrecht und Aufgabe einer Verwaltunslehere*, trad. it. a cura di C. Amirante, *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, Giuffrè, 1973.

Forti U., *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. It.*, 1900, IV, p. 369 ss.

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.

Fragola U., *Eccesso di potere e riflessione degli atti amministrativi*, in *Foro It.*, 1948, IV, p. 74 ss.

Fragola U., *Teoria giuridica della riflessione con particolare riguardo agli atti amministrativi*, Napoli, 1950.

Franch I Saguer M., Gifreu I Font J., *Los convenios urbanísticos en la legislación española*, in *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho administrativo*, Universidad Nacional Auntónoma de México, 2005, p. 65 ss.

Fraticelli C., *Stato, Regioni e sdemanializzazione: la Corte «rafforza» il principio di leale collaborazione*, in *Le Regioni*, 4, 2006, p. 810 ss.

Frier P.-L., *Le droit de construire vendu aux enchères*, in *RFDA* 1989, p. 809 ss.

Frier P.-L., *Participations financières et corruption*, in *AJDA*, 1993, p. 148 ss.

Frier P.-L., *Contrats et urbanisme réglementaire: les obstacles juridiques*, in *DA*, 3, 2005, étude 5.

Frier P.-L., Petit J., *Droit administratif*, 7 éd., Paris, Montchrestien, 2012.

Frier P.-L., Petit J., *Droit administratif*, 8 éd., Paris, L.G.D.J, 2013.

Fromont M., *La répartition des compétences entre les tribunaux administratifs en droit allemand*, Paris, L.G.D.J., 1960.

Fromont M., *La codification du droit administratif par la loi du 25 mai 1976*, in *RDP*, 1977, p. 1283 ss.

Fromont M., *Les compétences des collectivités territoriales en matière d'urbanisme et d'équipement. Allemagne, Belgique, Espagne, France, Grande-Bretagne, Italie, Suisse*, Litec Bruxelles: Bruylant, 1987.

Fromont M., *Le droit français de l'urbanisme parmi les différents droits européens*, in *AJDA*, 1993, p. 73 ss.

Fromont M., *Droit administratif des Etats européens*, PUF, 2006.

Fromont M., *L'évolution du droit des contrats de l'administration. Différences théoriques et convergences de fait*, in Noguellou R., Stelkens U. (dir.), *Droit comparé des Contrats Publics/Comparative Law on Public Contracts*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 263 ss.

Fromont M., Rieg H., *Introduction au Droit Allemand*, t. II, *Droit public-Droit pénal*, Paris, Editions Cujas, 1984.

Gaja G., *Principi generali del diritto (d. internaz.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, 1986, p. 533 ss.

Galetta D.-U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1998.

Galetta D.-U., *Il procedimento amministrativo in Germania, fra previsioni in tema di partecipazione dei soggetti coinvolti e misure di accelerazione della sequenza procedimentale*, in Sandulli M.A. (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra semplificazione e partecipazione.(Modelli europei a confronto)*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 39 ss.

Galetta D.-U., *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost?: A Study on the "Functionalized Procedural Competence" of Eu Member States*, Heidelberg, Dordrecht, London, New York, Springer, Verlag, 2001.

Galetta D.-U. (a cura di), *La legge tedesca sul procedimento amministrativo (Verwaltungsverfahrensgesetz*), Milano, Giuffrè, 2002.

Galetta D.-U., *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedimentali nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, p. 819 ss.

Galetta D.-U., *Trasparenza e governance amministrativa nel diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, p. 274 ss.

Galetta D.-U., *Le fonti del diritto amministrativo europeo*, in Chiti M.P., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 104 ss.

Galetta D.-U., *Riflessioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE sul diritto ad una buona amministrazione, anche alla luce di alcune recenti pronunce della Corte di Giustizia*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 1, 2013, p. 133 ss.

Galgano F., *Trattato di diritto civile*, vol. II, Padova, CEDAM, 2010.

Gallego Anabitarte A., *La acción concertada*: *nuevas y viejas técnicas jurídicas de la Administración*, in *Libro Homenage al Profesor Juan Galvañ Escutía*, Universidad de Valencia, 1980, p. 191 ss.

Gallo M., *Sul così detto contratto di diritto pubblico*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1935, I, p. 579 ss.

Gallo M., *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, 1936.

Gallo M., *Contratto di diritto pubblico*, in *Nov.mo dig. it.*, 1959, p. 645 ss.

Gambaro A., Sacco R., *Diritto comparato*, in *Nov.mo dig. it.*, Appendice II, 1981, p. 1167 ss.

Gambino S., *Amministrazione e contratto: trasformazioni nell'organizzazione e nell'azione amministrativa in Francia*, in *Dir. ec.*, 2, 1992, p. 321 ss.

Gambino S., *Amministrazione e contratto: l'esperienza francese fra tecnocrazia e consenso*, in Amirante C. (a cura di), *La contrattualizzazione dell'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1993, p. 131 ss.

Garcia A., *Qualification des contrats d'aménagement*, in *DA* 5, Mai 2007, comm. 71.

García de Enterría E., *Dos regulaciones organicas de la contratación administrativa*, in *RAP*, 10, 1953, p. 241 ss.

García de Enterría E., *La figura del contrato administrativo*, in *RAP*, 41, 1963, p. 99 ss.

García de Enterría E., *Actuación publica y actuación privada en el Derecho Urbanístico*, in *REDA*, 1, 1974, p. 79 ss.

García de Enterría E., *Un punto de vista sobre la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas* y *del Procedimineto Administrativo Común*, in Leguna Villa J., Sánchez Morón M., *La nueva Ley de Regimen Juridico de las Administraciones Publicas y del Procedimiento administrativo común*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 13 ss.

García de Enterría E., *El derecho urbanístico español a la vista del siglo XXI*, in *REDA*, 99, 1998, p. 395 ss.

García de Enterría E., Fernández Rodríguez T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 2 ed., Madrid, Civitas, 1977.

García de Enterría E., Fernández Rodriguez T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 8 ed., Madrid, Civitas, 2002.

García de Enterría E., Fernández Rodriguez T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, 15 ed., Madrid, Civitas, 2011.

García de Enterría E., Parejo Alfonso L., *Lecciones de Derecho Urbanístico*, Madrid, Civitas, 1981.

García Rubio F., *Los convenios urbanísticos, Práctica Urbanistica*, 33, 2004, p. 27 ss.

García Rubio F., *Problemas actuales del Derecho urbanístico*, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, Servicio de Publicaciones, 2007.

García Valderrey M. A., *Los convenios de Planeamiento Urbanistico (1)*, in *Práctica Urbanistica*, 77, 2008, p. 7 ss.

García Valderrey M. A., *Los convenios de Planeamiento Urbanistico (2)*, in *Práctica Urbanistica*, 78, 2009, p. 7 ss.;

Gardini G., *Legislazione federale e legislazione statale in materia di procedimento amministrativo: l'esperienza degli Stati Uniti*, in *Regione e governo locale*, 5, 1992, p. 757 ss.

Gardini G., *L'atto amministrativo cd. recettizio e la sua comunicazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 1995, p. 371 ss.

Gardini G., *La comunicazione degli atti amministrativi: uno studio alla luce della l. 7 agosto 1990, n. 241*, Milano, Giuffrè, 1996.

Gardini G., *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?*, in *Gior. dir. amm.*, 8-9, 2014, p. 875 ss.

Garrido Falla F., *Sustancia y forma del contrato administrativo en el Derecho español*, in *Studi in onore di G. Zanobini*, Milano, Giuffrè, I, 1956, p. 525 ss.

Garrido Falla F., *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II., Madrid, IEP, 1966.

Garrido Falla F., *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, 11 ed., Madrid, Tecnos, 2002.

Garupa N., Ogus A., *A Strategic Interpretation of Legal Transplants*, in *Journal of Legal Studies*, 35, 2006, p. 339 ss.

Gaudemet Y., *La codification de la procédure administrative non contentieuse en France*, in *Recueil Dalloz Sirey*, 1986, Chronique XVII, p. 107 ss.

Gaudamet Y., de Laubadère A., *Traité de droit administratif*, 16 éd., Paris, L.G.D.G, 2007.

Gaudin J.-P., *Les nouvelles politiques urbaines*, Paris, PUF, 1993.

Gény F., *Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de Léon Duguit*, *RTD civ.* 1922, p. 801 ss.

Giacchetti S., *Gli accordi dell'articolo 11 della legge n. 241 del 1990 tra realtà virtuale e realtà reale*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 1997, p. 513 ss.

GIANNINI M. S., *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi sassaresi*, XVIII (1940), ora in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, II (1973), p. 255 ss.
GIANNINI M. S., *Sull'imputazione dei piani regolatori*, in *Giur. compl. Cass. Civ.*, 1950, p. 882 ss.
GIANNINI M. S., *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro It.*, 1953, III, p. 9 ss.
GIANNINI M. S., *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, III, 1958, p. 988 ss.
GIANNINI M. S., *L'attività amministrativa*, Roma, Jandi Sapi Editori, 1962.
GIANNINI M. S., *Diritto amministrativo*, II ed., Milano, Giuffrè, 1970.
GIANNINI M. S., *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVII, 1977, p. 257 ss.
GIANNINI M. S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1981.
GIANNINI M. S., *I pubblici poteri negli Stati pluriclasse*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1979, p. 389 ss.
GIANNINI M. S., *Diritto Amministrativo*, III ed., Milano, Giuffrè, 1993.
GIORGI G., *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, I, Firenze, 1889.
GITTI G., *Contratti regolamentari e normativi*, Padova, CEDAM, 1994.
GOLDFRIN G., *Participations d'urbanisme contractualisées: la fin d'un tabou?*, in *Constr.-Urb.* 2008, repère 9.
GONOD P., *La codification de la procédure administrative*, *AJDA*, 2006, p. 489 ss.
GONOD P., *Codification de la procédure administrative*, in *AJDA*, 2014, p. 395 ss.
GONZALES-CUÉLLAR SERRANO M. L., *Los procedimentos tributarios: su terminación convencional*, Madrid, Colex, 1998.
GONZÁLEZ PÉREZ J., GONZÁLEZ NAVARRO F., *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y Procedimiento administrativo común*, 4 ed., Madrid, Civitas, 2007.
GONZALEZ-GHARBI N., *Une nouvelle participation d'urbanisme négociée: la participation de projet urbain partenarial*, in *Const. Urb.*, 2009, p. 28 ss.
GOODNOW F. J., *Comparative Administrative Law*, New York and London, G. P. Putnam's Sons, 1893.
GORLA G., *Diritto comparato*, in *Enc. dir.*, XII, 1964, p. 928 ss.
GORLA G., *Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur.*, XI, 1989, p. 1 ss.
GRECO GI., *L'atto amministrativo condizionato*, Padova, CEDAM, 1993.
GRECO GU., *Fonti comunitarie e atti amministrativi italiani* in VANDELLI L.,

Bottari C., Donati D. (a cura di), *Diritto amministrativo comunitario*, Rimini, Maggioli, 1994, p. 89 ss.

Greco Gu., *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, in *Dir. amm.*, 3, 2002, p. 413 ss.

Greco Gu., *Attività consensuale dell'amministrazione e ruolo del cittadino*, in *Dir. ec.*, 3-4, 2002, p. 457 ss.

Greco Gu., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, in Scoca F.G., Monaco F.R., Morbidelli G. (a cura di), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 55 ss.

Greco Gu., *Incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi italiani*, in Chiti M.P., Greco G., *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 936 ss.

Gualandi F., *Gli accordi nell'urbanistica negoziale con particolare riferimento all'art. 18 della Legge regionale dell'Emilia Romagna n. 20/2000*, in www.lexitalia.it.

Guarino G., *Sul carattere discrezionale dei regolamenti*, in *Foro It.*, 1953, I, 535 ss.

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

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

Gunlicks A., *German Federalism Reform: Part One*, in *German Law Journal*, vol. 8, 1, 2007, p. 111 ss.

Gutteridge H.C., *Comparative law: an introduction to the comparative method of legal study and Research*, (*Cambridge Studies in International and Comparative Law*, Vol. I.), London: Cambridge University Press, 1946;.

Guyomar M., *Les perspectives de la codification contemporaine*, in *AJDA*, 2014, p. 400 ss.

Hauriou M., *Principes de droit public*, 2 éd., Paris, Sirey, 1916.

Hecquard-Théron M., *Essai sur la notion de réglementation*, Paris, L.G.D.J., 1977.

Hecquard-Théron M., *La contractualisation des actions et des moyens publics d'intervention*, in *AJDA*, 2003, p. 452 ss.

Hélin J.-C., Hostiou R., Jégouzo Y. (dir.), *Les nouvelles procédures d'enquête publique*, Paris, Economica, 1986.

Henze K.-O., *Verwaltungsrechtliche Problemeder staatlichen Finanzhilfe zugunsten Privater*, Broschiert, 1958.

Hermes G., *The German Law of Planning: An Overview*, in *European Public Law*, sept. 2002, p. 367 ss.

Huergo Lora A., *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Universidad de Oviedo, Civitas, 1995.

Huergo Lora A., *Los Convenios Urbanísticos*, Madrid, Civitas, 1998.

Iannotta L., *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in www.giustamm.it.

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*, t. II, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, p. 547 ss.

Iglesias González F., *Estudio de reciente jurisprudencia sobre gestión urbanística*, in *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 229, Octubre 2006, p. 1 ss.

Ipsen H.P., Öffentlicher Subventionierung Privater, Berlin- Köln, 1956, p. 61 ss.

Isaac G., *La procédure administrative non contentieuse*, Paris, L.G.D.J., 1968.

Jégouzo Y., *Le financement de l'aménagement après la loi 18 juill.1985*, in *RFDA*, 1986, p. 339 ss.

Jégouzo Y., *La décentralisation de l'urbanisme*, in *AJDA*, 1993, p. 168 ss.

Jégouzo 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*, Paris, Dalloz, 2004, p. 543 ss.

Jégouzo Y., *La loi ALUR du 24 mars 2014: vue panoramique et tableau impressionniste*, in *AJDA*, 2014, p. 1071 ss.

Jellinek G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg i.B., 1892, p. 193 ss.

Jellinek W., *Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwalungsakt auf Unterwerfung*, in *Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des Preußischen Oberverwaltungsgerichts*, Berlin, 1925, p. 84 ss.

Jellinek W., *Verwaltungsrecht*, Berlin, 1931.

Jèze G., *Les principes généraux du droit administratif*, t. III, Paris, Dalloz, 3 éd., (1926), IV (1934), V e VI (1936).

Jèze G., *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissement publics*, 3 vol., Paris, Giard, 1927-1934.

Kelsen H., *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, *AöR*, 31, 1913, p. 53 ss.

Kisker G., *Riflessioni critiche sulla prassi della cooperazione per accordi tra il Governo federale e i Länder e fra i Länder nella Repubblica Federale Tedesca*, in *Problemi di amministrazione pubblica*, 2, 1986, p. 77 ss.

Koopmans T., *The Birth of European Law at the crossroads of Legal Traditions*, in *American Journal of Comparative Law*, 1991, p. 493 ss.

Kormann K., *System des rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, Julius Springer, Berlin, 1910.

Koumpli V., *Greece*, in Auby J.-B. (Ed.), *Codification of administrative procedure*, Bruylant, Brussels, 2014, p. 227 ss.

Kuntze J.E., *Der Gesamtakt, ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig, 1892.

Laband P., *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, 1 ed. Tübingen, 1876.

Laband P., *Le droit Public de l'Empire Allemand*, trad. de C. Gandilhon et. al., Giard y Brière, Paris, 1900-1904.

Laband P., *Zur Lehre der vertragsmäßigen Elemente der Reichsverfassung*, Aör, 1910, p. 366 ss.

Laband P., *Il diritto pubblico dell'impero germanico*, trad. di M. Siotto Pintor, Torino, Unione Tipografico Editore Torinese, 1914.

Laband P., *Geburtstage bedeutender Rechtslehrer: Otto Mayer, zum 70. Lebensjahr*, in *Deutsche Juristen-Zeitung*, 21, 1916, p. 315 ss.

Laferrière E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2 éd., t. I, Paris, L.G.D.J, 1896.

Langrod G., *Administrative contract, a comparative study*, in *The American Journal of Comparative law*, 3, 1955, p. 325 ss.

Langrod G., *La doctrine allemande et la procédure administrative non contentieuse*, Bruxelles, Institut International des Sciences Administratives, 1971.

Langrod G., *La legge sul procedimento amministrativo nella Repubblica federale tedesca*, in *Problemi di amministrazione pubblica*, 2, 1978, p. 163 ss.

Laroque P., *Les usagers des services publics industriels*, Paris, Sirey, 1933.

Larsson G., *Spatial Planning Systems in Western Europe: An Overview*, Amsterdam, IOS Press, 2006.

Laurent D., Rousset O., *Convention de délégation de service et loi Sapin – La transparence dans le brouillard*, LPA, n° 30, mars 1994.

Layer M., *Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag*, Graz und Leipzig, 1916.

Lebreton J.-P., *La planification urbaine dans la loi ALUR*, in *AJDA*, 2014, p. 1088 ss.

Ledda F., *Appunti per uno studio sugli accordi preparatori di provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 3, 1996, p. 395 ss.

Ledda F., *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in *Foro amm.*, 1997, p. 1273 ss.

Ledda F., *Il problema del contratto nel diritto amministrativo. Contributo ad uno studio dei c.d. contratti di diritto pubblico*, Torino, Giappichelli, 1964, ora in *Scritti giuridici*, Padova, CEDAM, 2002, p. 1 ss.

Legrand M.-C., *A propos d'une réflexion sur la comparaison juridique*, in *Rev. int. dr. comp.*, 4, 1993, p. 879 ss.

Lemaire E., *Actualité du principe de prohibition de la privatisation de la police*, in *RFDA*, 2009, p. 767 ss.

Leyland P., Gordon A., *Textbook on Administrative Law*, Oxford University Press, 2013.

Lichère F. (dir.), *Partenariats public-privé: rapports du XVIIIe congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Droit Administratif/Administrative Law, 2011.

Lignières P., Martin O., *L'avenir des conventions publiques d'aménagement confronté au droit communautaire*, in *DA*, 8, Août 2004, prat. 8.

Linotte D., *L'évolution récente du régime administratif des prix*, in *RDP*, 1970. p. 1425 ss.

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 ss.

Llorens F., Soler-Couteaux P., *Marchés, DSP, concessions de travaux ou d'aménagement: de quelques problèmes de frontière*, in *Contrats et Marchés publics*, 11, Novembre 2011, repère 10.

Loening E., *Die konstruktive Methode auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts*, in *Jahrbuch für Gesetzebung, Verwaltung und Volkswirt-schaft in Deutschen Reich*, hrsg. Von G. Schmoller, 11 (1887), p. 541 ss.

Lombardi G., *Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Milano, Giuffrè, 1986.

Longobardi N., *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009.

Lopez Pellicer J. A., *Naturaleza, supuestos y límites de los convenios urbanísticos*, in *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 146, 1996, p. 97 ss.

Lora-Tamayo Vallvé M., *Historia de la Legislación Urbanística*, Madrid, Iustel, 2007.

LORD MILLETT, *The right to good administration in European law*, in *Public Law*, 2002, p. 309 ss.

LORENZ W., *General Principles of Law: Their Elaboration in the Court of Justice of the European Communities*, in *American Journal of Comparative Law*, 1964, p. 1 ss.

LOSCHIAVO G. G., *Diritto edilizio*, Milano, Giuffrè, 1957.

LOZANO CUTANDA B., *Urbanismo y corrupción: algunas reflexiones desde el Derecho Administrativo*, in *RAP*, 172, 2007, p. 339 ss.

LUCAS L., *Les plans d'urbanisme*, in FROMONT M., *Les compétences des collectivités territoriales en matière d'urbanisme et d'équipement. Allemagne, Belgique, Espagne, France, Grande-Bretagne, Italie, Suisse*, Litec Bruxelles: Bruylant, 1987, p. 290 ss.

LUCIFREDI R., *Atti complessi*, in *Nov.mo dig. it.*, I, 1958, p. 1500 ss.

MACCHIA M., *La violazione del diritto comunitario e l'"eccezione disapplicativa"*, in *Gior. dir. amm.*, 8, 2007, p. 861 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: recherche sur la notion d'acte mixte en droit public français*, Paris, L.G.D.J., 1971.

MÄENPÄÄ O., *Finlande/Finland*, in NOGUELLOU R., STELKENS U. (dir.), *Droit comparé des Contrats Publics/Comparative Law on Public Contracts*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 661 ss.

MAGRI M., *Gli accordi con i privati nella formazione dei piani urbanistici strutturali*, in *RGU*, 4, 2004, p. 539 ss.

MALARET I GARCIA E., *El régimen jurídico de la reconversión industrial*, Madrid, Civitas, 1991.

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

MANNORI L., SORDI B., *Storia del diritto amministrativo italiano*, Laterza, Bari, 2001.

MANTELLINI G., *Lo Stato e il codice civile*, Firenze, Barbera, 1879-1882.

MANZELLA G. P., *Brevi cenni sulla Regulatory Negotiation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 1994, p. 273 ss.

MARCOU G., *La notion de délégation de service public après la loi du 29 janvier 1993*, in *RFDA* 1994, p. 692 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 ss.

MARCOU G., *Les contrats entre l'Etat et les collectivités territoriales. Réfle-*

xions sur quelques problèmes juridiques et administratifs, in *AJDA*, 2003, p. 982 ss.

Marcou G., *L'Etat et les collectivités territoriales: où va la décentralisation?*, in *AJDA*, 2013, p. 1556 ss.

Marcou G., Khabrieva T.I., *Les procédures administratives et le contrôle à la lumiére de l'expérience européenne en France et en Russie*, Societé de legislation comparé, Paris, 2012.

Marcus L., Perrin A., *Annulation de l'acte détachable et distinction des contentieux*, in *DA*, 2006, chron. 1.

Martín Hernández P., *Los Convenios Urbanísticos*, in *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 144, Julio 1995, p. 59 ss.

Martín-Retortillo Baquer S., *La institución contractual en el Derecho administrativo. En torno al problema de la igualidad de las partes*, in *RAP*, 29, 1959, p. 59 ss.

Marzuoli C., *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982.

Massera A., *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale*, in *Dir. amm.*, 4, 2005, p. 721 ss.

Massera A., *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione*, in Napolitano G. (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Giuffrè, 2007, p. 175 ss.

Massera A., *Una disciplina europea del procedimento amministrativo?*, in Chiti M. P., Natalini A. (a cura di), *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 200 ss.

Mastropasqua F.P., *Il concetto di "terzo" in diritto amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1940, I, p. 372 ss.

Mastropasqua F.P., *I limiti subiettivi di efficacia dell'atto amministrativo*, Milano, 1950.

Masucci A. (a cura di), *La codificazione del procedimento amministrativo nella Repubblica Federale in Germania*, Quad. n. 2, *Problemi di amministrazione pubblica*, Napoli, 1979.

Masucci A., *Il contratto di diritto pubblico fra amministrazione e privato. (L'esperienza tedesca)*, in *Jus*, 1987, p. 54 ss.

Masucci A., *La quaestio nel diritto tedesco dell'ammissibilità del contratto di diritto pubblico fra amministrazione e privato*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1988, p. 411 ss.

Masucci A. (a cura di), *L'accordo nell'azione amministrativa*, Quaderni Regionali, Formez, Roma, 1988.

Masucci A., *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali. Il contratto di diritto pubblico*, Napoli, Jovene Editore, 1988.

Masucci A., *Il contratto di diritto pubblico fra «amministrazione imperativa» e amministrazione paritaria: l'esperienza tedesca*, in Amirante C. (a cura di), *La contrattualizzazione dell'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1993, p. 115 ss.

Mattarella B. G., *Il declino della motivazione*, in *Gior. dir. amm.*, 6, 2007, p. 618 ss.

Mattarella B. G., *I procedimenti delle regioni e degli enti locali*, in *Gior. dir. amm.*, 11, 2009, p. 1137 ss.

Mattarella B. G., *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, CEDAM, 2010.

Mattarella B. G., *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Gior. dir. amm.*, 2, 2013, p. 123 ss.

Maurer H., *Droit Administratif Allemande*, trad. par. M. Fromont, Paris, LGDJ, 1995.

Mauro E., *Osservazioni in tema di revoca del provvedimento amministrativo e di recesso dagli accordi procedimentali*, in *Foro Amm. TAR*, 2004, p. 554 ss.

Mayer F., *La legge sul procedimento amministrativo nella Repubblica federale tedesca*, trad. it. di A. Meloncelli, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, p. 1115 ss.

Mayer O., *Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrag*, *Aör*, 3, 1888, p. 3 ss.

Mayer O., *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig, 1895.

Mayer O., *Le droit administratif allemand*, t. IV, éd. français par l'auteur, Paris, Giard et Brière, 1906.

Mayer O., *Der verwaltungsrechtliche Vertrag. Ein Beitrag zur Lehre von der rechtswirksamen Handlung im öffentlichen Rechte*, *Aör*, 40-41 (1921-1922), p. 244 ss.

Mayer O., *Derecho administrativo alemán* (4. vols.), trad. del original francés por H. Hereida y E. Frotoschin, De Palma, Buenos Aires, 1949-1954.

Mazzarelli V., *Le convenzioni urbanistiche*, Il Mulino, Bologna, 1979.

Mazzarelli V., *Convenzioni e accordi amministrativi – III) Convenzioni urbanistiche*, in *Enc. giur.*, vol. IX, 1998, p. 1 ss.

Meilán Gil J. L., *La actuación contractual de la Administración Publica española. Una perspectiva historica*, in *RAP*, 99, 1982, p. 7 ss.

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.

Menendez Rexach A., *Procedimientos administrativos: finalización y eje-*

cución, in Leguina Villa J., Sánchez Morón M., *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y del Procedimiento administrativo común*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 246 ss.

Mercurio B., *Interesse pubblico nella funzione di pianificazione*, in Contieri A., Francario F., Immordino M., Zito A. (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, ESI, 2010, p. 609 ss.

Merloni F., *La convenzione edilizia*, in *Foro amm.*, 1970, p. 668 ss.

Merloni F., Arena G. (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008.

Merloni F., Vandelli L. (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, Passigli Editore, 2010.

Merusi F., *Disciplina e organizzazione dei finanziamenti pubblici nelle leggi per il Mezzogiorno*, Milano, Giuffrè, 1968.

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, Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 1979, Milano, Giuffrè, 1980, p. 42 ss.

Merusi F., *La crisi e il diritto amministrativo*, in *Dir. ec.*, 3, 2012, p. 483 ss.

Merusi F., *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino, Giappichelli, 2013.

Messineo F., *Contratto normativo e contratto tipo*, in *Enc. dir.*, X, 1962, p. 120 ss.

Meucci L., *Instituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1982.

Miaille M., *La sainteté du contrat. La laïcité de J.J. Rousseau*, in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur de Michel Guibal*, t. II, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, p. 437 ss.

Michaels R., Jansen N., *Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization*, in *The American Journal of Comparative Law*, 54, 2006, p. 843 ss.

Miele G., *La manifestazione di volontà del privato*, Roma, 1931.

Migliarese F., *Atto complesso*, in *Enc. giur.*, IV, 1988, p. 3 ss.

Miró Miró R., *Los convenios urbanísticos*, in *Cuadernos de Derecho Local*, 17, 2008, p. 90 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 ss.

Moderne F., *La nature juridique des conventions tarifaires nationales passées entre la Caisse Nationale d'Assurance Maladie et les orga-*

nisations nationales les plus représentatives des médecins, chirurgiens-dentistes, sages-femmes et auxiliaires médicaux, note à *Conseil d'Etat* 18 octobre 1974, *Confédération nationale des auxiliaires médicaux*, in *Dr. soc.*, 1975, p. 335 ss.

Moderne F., *Décentralisation et urbanisme*, LPA, 1982, p. 9 ss.

Moderne F., *Les principes généraux*, in Moreau J., Darcy G. (dir.), *La libre administration des collectivités locales. Réflexions sur la décentralisation*, Economica, Paris, 1984, p. 103 ss.

Moderne F., *L'évolution récente du droit des contrats administratifs: les conventions entre personnes publiques*, in *RFDA* 1985, p. 1 ss.

Moderne F., *Les conventions en matière d'urbanisme*, in *Collectivités locales*, Dalloz, p. 3767-1 ss.

Moor P., *Droit administratif*, t. 2, Berne, 2002.

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 *RGE*, 5, 2012, p. 179 ss.

Morbidelli G., *I principi del procedimento*, in Mazzarolli L. e altri (a cura di) *Diritto Amministrativo*, Bologna, Monduzzi, 1993, p. 560 ss.

Morbidelli G., *In tema di art. 29 l. 241/1990 e di principi generali del diritto amministrativo*, in www.giustamm.it.

Moreau C., *Politiques foncières comparées: Allemagne*, in *ADEF*, 1990.

Moreau J., *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. 3 ss.

Moreau J., *Droit administratif*, Paris, PUF, 1989.

Moreau J., *Les matières contractuelles*, in *AJDA*, 1998, p. 747 ss.

Moreau L., *La contractualisation de l'exercice de la police administrative*, in *Contrats publics*, *Mélanges en l'honneur de Michel Guibal*, t. II, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, p. 171 ss.

Morell Ocaña L., *Curso de Derecho administrativo*, t. II, 5 ed., Madrid, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2002.

Moro S., *Gli accordi "a monte" delle prescrizioni urbanistiche: spunti di riflessione*, in *RGE*, 3-4, 2010, p. 453 ss.

Morrone A., *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, in *Quad. cost.*, 1, 2014, p. 79 ss.

Moulin E., Schneider J., Le *pouvoir de l'urbanisme en Allemagne*, in *Et. fonc.*, 1998, p. 1 ss.

Muñoz Machado S., *Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración*, in *RAP*, 88, 1977, p. 519 ss.

Muñoz Machado S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Vol. I, 1 ed. Madrid, Civitas, 1982.

Napolitano G., *Diritto amministrativo comparato*, in Cassese S., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2007.

Napolitano G., *Il principio di contrattualità*, in Renna M., Saitta F. (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 551 ss.

Napolitano G. (a cura di), *Uscire dalla crisi: politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, Il Mulino, 2012.

Napolitano G., *Crisi economica e ruolo del diritto amministrativo*, in Piñar Mañas J.L., *Crisis economica y crisis del Estado de Bienestar. El papel del derecho administrativo*, *Actas del XIX Congreso italo español de Profesores de Derecho administrativo*, Madrid, Reus, 2013, p. 41 ss.

Napolitano G., *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2014.

Napolitano G., *Breve e lungo periodo nel diritto amministrativo*, in *Gior. dir amm.*, 1, 2015, p. 7 ss.

Nigro M., *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'Amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 5 ss.

Nigro M., *Convenzioni urbanistiche e rapporti tra privati*, *Problemi generali*, in Costantino M. (a cura di), *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, Milano, Giuffrè, 1978, e ora in *Scritti Giuridici*, t. II, Milano, Giuffrè, 1996, p. 1301 ss.

Nigro M., *L'accordo nell'azione amministrativa*, in *Scritti giuridici*, III, Milano, Giuffrè, 1996, p. 1925 ss.

Nino Villamar C., *La finalización convencional de los procedimientos administrativos desde la perspectiva del ciudadano*, in AA.VV., *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 87 ss.

Noguellou R., *Les conventions d'aménagement critiquées par la Commission*, in *DA*, 6, Juin 2004, Alerte 3.

Noguellou R., *La transmission des obligations en droit administratif*, L.G.D.J., Paris, 2005.

Noguellou R., *France*, in Noguellou R., Stelkens U. (dir.), *Droit comparé des Contrats Publics/Comparative Law on Public Contracts*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 694 ss.

Noguellou R., *La loi ALUR et l'offre foncière*, in *AJDA*, 2014, p. 1096 ss.

Noguellou R., *Scope and Coverage of the EU Procurement Directives*, in Trybus M., Caranta R., Edelstam G., *Eu Public Contract Law. Public Procurement and Beyond*, Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 29 ss.

Ochoa Gómez M. P., *Los convenios urbanísticos. Límites a la figura redentora del urbanismo*, Madrid, La Ley, 2006.

Odent R., *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 2007.

Oggianu S., *Gli accordi in materia ambientale*, in Dell'anno P., Picozza E. (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, II, Padova, CEDAM, 2013, p. 623 ss.

Öhlinger T., *Considerazioni critiche sulla prassi della cooperazione per accordi tra Federazione e Länder e tra Länder in Austria*, in *Problemi di amministrazione pubblica*, 2, 1986, p. 57 ss.

Orsi Battaglini A., *Gli accordi sindacali nel pubblico impiego. Pluralismo giuridico, separazione degli ordinamenti e forme di comunicazione*, Milano, Giuffrè, 1982.

Pacinotti G., *Saggio di studi su i negozi di diritto pubblico*, in *Arch. giur.*, 1903, p. 185 ss.

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 ss.

Pagliantini S., *L'azione di nullità tra legittimazione ed interesse*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2011, p. 407 ss.

Pagliari G., *Corso di diritto urbanistico*, Milano, Giuffrè, 2002.

Pagliari G., *Gli accordi urbanistici tra p.a. e privati*, in *RGU*, 4, 2008, p. 455 ss.

Pagliari G., *Pianificazione urbanistica e interessi differenziati*, in *RGE*, 3, 2013, p. 135 ss.

Pajno A., *L'amministrazione per accordi*, in Aa.Vv., *I rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione nell'esperienza storico-giuridica*, Napoli, ESI, 1997, p. 436 ss.

Paolantonio N., *Autoregolazione consensuale e garanzie giurisdizionali*, in *Cons. Stato*, 2000, p. 794 ss.

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.

Pâques M., *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Bruxelles, Story Scientia, 1991.

Parada Vazquez R., *Los origines del contrato administrativo*, Sevilla, 1963.

Parada Vazuqez R., *Derecho Administrativo*, t. I, 2 ed., Madrid, M. Pons, 1990.

Parada Vazquez R., *Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y Procedimiento administrativo común (Estudios, Comentarios y Texto de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre)*, Madrid, Marcial Pons, 1999.

Parejo Alfonso L., *Crisis y renovación en el derecho público*, Madrid, CEC, 1991.

Parejo Alfonso L., *Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimineto Administrativo Común*, in Leguna Villa J., Sánchez Morón M., *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimineto Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 28 ss.

Parejo Alfonso L., *La terminación convencional del procedimento como forma alternativa de desarollo de la actividad unilateral de la Administración*, in *Eficacia y Administración. Tres Estudios*, Madrid, INAP, 1995, p. 155 ss.

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*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 22 ss.

Parejo Alfonso L. (dir.), *Derecho urbanístico de Castilla-La-Mancha*, Madrid, Marcial Pons, 1999.

Parejo Alfonso L., *Lecciones de Derecho Administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

Parejo Alfonso L., Roger Fernández G., *Comentarios al Texto Refundido de la Ley del Suelo (Real Decreto Legislativo 2/2008 de 20 de junio)*, Madrid, Iustel, 2009.

Parejo Gámir R., *Contratos administrativos atípicos*, in *RAP*, 55, 1968, p. 383 ss.

Parente F., *I moduli consensuali di pianificazione del territorio e la tutela degli interessi differenziati*, Napoli, ESI, 2006.

Pastori G., *Accordo e organizzazione amministrativa*, in Masucci A. (a cura di), *L'accordo nell'azione amministrativa*, Quaderni Regionali Formez, Roma, 1988, p. 39 ss.

Pastori G., *L'amministrazione per accordi nella recente progettazione legislativa*, in 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, 1990, p. 77 ss.

Pegoraro L., *Glossario di diritto pubblico comparato*, voce *Modelli*, Carrocci Editore, 2009, p. 182.

Pegoraro L., *Esiste un "diritto" a una buona amministrazione? (Osservazioni critiche preliminari sull'(ab)uso della parola "diritto"*, in *IdF*, 5-6, 2010, p. 23 ss.

Pelizzer F., *Le opere di urbanizzazione tra concorrenza e organizzazione del territorio*, in Atti del XIII Convegno annuale AIDU - Trento, 8-9 ottobre 2010, www.giustamm.it.

Pepe G., *Principi generali dell'ordinamento comunitario e attività amministrativa*, Roma, Eurilink, 2012.

Pereon P., *La délégation des services publics administratifs*, in *AJDA*, 2004, p. 1449 ss.

Pérez López J. L., *Los convenios urbanísticos I. Convenios de planeamiento*, in *Práctica Urbanistica*, 40, 2005, p. 49 ss.

Pérez López J. L., *Los convenios urbanísticos II. Convenios de ejecución del planeamiento (1)*, in *Práctica Urbanistica*, n. 42, 2005, p. 45 ss.

Perfetti L. R., *Le riforme della L. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, CEDAM, 2008.

Perfetti L. R., *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3-4, 2010, p. 789 ss.

Pericu G., *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1967-1971.

Pericu G., *I procedimenti di massa*, in 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, 1990, p. 95 ss.

Perlini F., *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 ss.

Petit J., *Nouvelles d'une antinomie: contrat et police*, in *Les collectivités locales, Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 345 ss.

Picard E., *La notion de police administrative*, Paris, L.G.D.J., 1984.

Picard E., *La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental?*, in *AJDA*, 1998, p. 651 ss.

Picozza E., *Il piano regolatore generale urbanistico*, Padova, CEDAM, 1983.

Piperata G., *Il rapporto tra pubblico e privato nel contesto giuridico delle trasformazioni urbanistiche*, in *Urb. App.*, 5, 2011, p. 508 ss.

Piras A., *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964, p. 79 ss.

Pizzanelli G., *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Politiche ambientali e realizzazione delle grandi opere infrastrutturali*, Milano, Giuffrè, 2010.

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

Pizzorusso A., *Corso di diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 1983.

Planchet P., *Une convention d'aménagement ne préserve pas du changement des règles d'urbanisme*, in *AJDA*, 2010, p. 912 ss.

Platon S., *Règlements administratifs*, in *JurisClasseur Administratif*, fasc. 108-35.

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, Milano, Giuffrè, 1997, p. 429 ss.

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*, Rimini, Maggioli, 2013.

Portaluri P. L., *Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, Giuffrè, 1998.

Portaluri P. L., *La partecipazione dei privati al procedimento di formazione del piano*, in Follieri E., Iannotta L. (a cura di), *Studi in memoria di Franco Pugliese*, Napoli, ESI, 2010, p. 975 ss.

Portier N., *Un nouveau mode de relations entre l'Etat et ses partenaires: l'exemple de l'aménagement du territoire*, in *AJDA*, 2003, p. 988 ss.

Presutti E., *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Napoli, 1904.

Priet F., L*'urbanisme est-il soluble dans le contrat?*, in *AJDA*, 2011, p. 2157 ss.

Pugliatti S., *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, XII, 1964.

Pugliese F., *Il procedimento amministrativo tra autorità e «contrattazione»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, p. 1469 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, 1999, p. 69 ss.

Quaranta A., *Il principio di contrattualità nell'azione amministrativa e gli accordi procedimentali, normativi e di organizzazione*, in Aa.Vv., *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, Milano, Giuffrè, 1989, p. 185 ss.

Ragazzo M., *Scelte di pianificazione urbanistica e obbligo di motivazione*, in *Urb. App.*, 1, 2005, p. 60 ss.

Raggi L., *Sull'atto amministrativo (concetto, classificazione, validità)*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1917, I, p. 168 ss.

Rainaldi L., *Gli accordi sindacali nel pubblico impiego*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1978, p. 1419 ss.

Ramajoli M., *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in Bruti Liberati E., Donati F., *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 189 ss.

Ramajoli M., *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Dir. amm.*, 1-2, 2014, p. 1 ss.

Ramajoli M., Tonoletti B., *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 1-2, 2013, p. 53 ss.

Ranelletti O., *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. It.*, 1894, IV, p. 7 ss.

Ranelletti O., *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in Ferrari E., Sordi B. (a cura di), *O. Ranelletti, Scritti giuridici scelti*, III, Napoli, Jovene, 1992, p. 35 ss.

Reimann M., Zimmermann R., *The Oxford Handbook of Comparative Law*, New York, 2006.

Renna M., *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. amm.* 1, 2010, p. 27 ss.

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 ss.

Rescigno G. U., *Il nome proprio degli atti normativi e la legge n. 400 del 1988*, in *Giur. Cost.*, 1988, p. 1494 ss.

Resta R., *L'efficacia riflessa degli atti amministrativi negoziali e la competenza del giudice civile*, in *Giur. It.*, 1937, I, 1, p. 642 ss.

Retortillo S. M., *Il diritto civile nella genesi del diritto amministrativo e dei suoi istituti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 9, 1959, p. 698 ss.

RETORTILLO S. M., *La institución contractual en el derecho administrativo: en torno al problema de la igualidad de las partes*, in *RAP*, 29, 1959, p. 59 ss.

RHEINSTEIN M., *Legal systems: Comparative law and legals systems*, in *International Encyclopedia of the Social Sciences*, 1968, p. 204 ss.

RICHER L., *Présence du contrat*, in *AJDA*, 1999, p. 34 ss.

RICHER L., *La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques*, in *AJDA*, 2003, p. 973 ss.

RICHER L., *Droit des contrats administratifs*, Paris, L.G.D.J., 2010.

RIDOLA P., *La Costituzione della Repubblica di Weimar come "esperienza" e come "paradigma"*, in *Rivista AIC*, 2, 2014, p. 27 ss.

RIVERO J., *Existe-t-il un critère du droit administratif?* in *RDP*, 1953, p. 279 ss.

RIVERO J., *Cours de droit administratif comparé*, Paris, Le Cours de Droit, 1957.

RIVERO J., *Droit administratif*, 9 éd., Paris, Dalloz, 1980.

ROLLAND L., *La concession*, in *RDP*, 1909, p. 520 ss.

ROLLAND L., *Précis de droit administratif*, Paris, Dalloz, 1951.

ROMAGNOSI G. D., *Principii fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Firenze, 1832.

ROMANO A., *Pubblico impiego e contrattazione collettiva: aspetti pubblicistici*, in *Giur. Cost.*, 1980, p. 189 ss.

ROMANO S., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1930.

ROMANO TASSONE A., *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1987.

ROMANO TASSONE A., *La normazione secondaria*, in MAZZAROLLI L. e altri (a cura di) *Diritto Amministrativo*, Bologna, Monduzzi, 1993, p. 64 ss.

ROMANO TASSONE A., *Motivazione nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, 1997, p. 683 ss.

ROMERO HERNÁNDEZ F., *Los conciertos urbanísticos atipicos*, in *Revista de Derecho Urbanistico*, 95, 1985, p. 29 ss.

ROMERO HERNÁNDEZ F., *Compromisos y garantías en el planeamiento de inciativa particular*, in *Revista de Derecho Urbanistico*, 104, 1987, p. 35 ss.

ROPPO V. (diretto da), *Trattato del Contratto*, t. III *Effetti*, Milano, Giuffrè, 2006.

ROSSI F.P., *La contrattazione collettiva nel parastato*, Padova, CEDAM, 1978.

Rossi M., *Les principales évolutions du droit de l'urbanisme en Allemagne en 2001 et 2002*, in *Droit de l'aménagement, de l'urbanisme et de l'habitat*, Paris, LeMoniteur, 2003, p. 527 ss.

Rossi M., *Germania*, in Jacquot H., Ferrari E. (a cura di), *Il giudice e l'urbanistica nei Paesi dell'Europa occidentale*, Atti del Colloquio Internazionale dell'AIDrU, Roma, 26-27 settembre 2003, Milano, Giuffrè, 2005, p. 259 ss.

Rossi M., *Les principales évolutions du droit de l'urbanisme en Allemagne en 2003 et 2004*, in *Droit de l'aménagement, de l'urbanisme et de l'habitat*, Paris, LeMoniteur, 2005, p. 691 ss.

Rossi M., *Vue d'ensemble du droit de l'urbanisme allemand*, in *Droit de l'aménagement, de l'urbanisme et de l'habitat*, Paris, LeMoniteur, 2009, p. 773 ss.

Rousset M., *L'idée de puissance publique en droit administrauf*, Paris, Dalloz, 1960.

Sacco R., *Droit commun de l'Europe et composantes du droit*, in Cappelletti M., *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Firenze, La Nuova Italia, 1978, p. 95 ss.

Sacco R., *Comparazione giuridica e conoscenza del dato giuridico positivo*, in Aa.Vv., *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 243 ss.

Sacco R., *Introduzione al diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 1980.

Sacco R., *Legal formants: A dynamic Approach to Comparative Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 39, 1991, p. 1 ss.

Saint-Jours Y., *Réflexions sur la politique de concertation dans la fonction publique*, *Dr. soc.*, 1975, p. 227 ss.

Sala G., *Accordo sul contenuto discrezionale del provvedimento e tutela delle situazioni giuridiche soggettive*, in *Dir. proc. amm.* 1992, p. 228 ss.

Salas Hernández J., *El régimen de acción concertada*, in *RAP*, 56, 1968, p. 435 ss.

Salvia F., *Manuale di diritto urbanistico*, Padova, CEDAM, 2008.

Salvia F., *Sulla nozione di urbanistica e su alcuni suoi corollari*, in *Nuove Autonomie*, 3, 2012, p. 426 ss.

Salvia F., Teresi F., *Diritto urbanistico*, Padova, CEDAM, 2002.

Sanchez Morón M., *El principio de participación en la Constitución española*, in *RAP*, 89, 1979, p. 171 ss.

Sánchez Morón M., *La apertura del procedimento 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 Publica, 1995.

Sanchez Morón M., *La terminación convencional del procedimento*, in AA.VV., *Convención y Arbitraje en el Derecho Tributario*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 77 ss.

Sandulli A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, CEDAM, 1998.

Sandulli A., *Costruire lo Stato: la scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, Giuffrè, 2009.

Sandulli A. M., *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Foro It.*, 1953, p. 217 ss.

Sandulli A. M., *Manuale di Diritto Amministrativo*, Napoli, Jovene, 1954.

Sandulli A. M., *Stato di diritto e Stato sociale*, in *Nord e Sud*, 1963, p. 8 ss.

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, p. 1515 ss.

Santaniello G., *Gli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, Milano, Giuffrè, 1963.

Sanviti G., *Gli accordi tra lo Stato e le imprese nel quadro della contrattazione programmata*, Milano, Giuffrè, 1974.

Sanviti G., *Convenzioni e intese nel diritto pubblico. Strutture e tipi*, Milano, Giuffrè, 1978.

Satta F., *La riforma della l. 241/1990: tra dubbi e perplessità*, in www.giustamm.it.

Sau A., *La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi. Il caso del governo del territorio*, Milano, Franco Angeli, 2013.

Schmidt S., Buehler R., *The Planning Process in the US and Germany: A Comparative Analysis*, in *International Planning Studies*, 55-75, febr. 2007, p. 54 ss.

Schmidt-Assmann E., *L'evoluzione del principio di conformità ai piani nel diritto urbanistico tedesco*, in *Dir. amm.*, 1, 1999, p. 29 ss.

Schneider J. P., *The Public-Private Law Divide in Germany*, in Dawn O. (ed.), *Common Values and the Public Private Divide*, Cambridge University Press, 1999, p. 85 ss.

Schneider J. P., *The Public-Private Law Divide in Germany*, in Ruffert M. (ed.), *The Public-Private Law Divide: Potential for Transformation*, London, BIICL, 2009, p. 85 ss.

Schröder M., *Administrative law in Germany*, in Seerden R., Stroink F., *Administrative Law of the European Union, its Member States and*

the United States. A comparative analysis, Intersentia, 2002, p. 114 ss.

Schwartz R., *Le code de l'administration*, *AJDA*, 2004, p. 1860 ss.

Schwarze J., *European Administrativ Law*, Sweet&Maxwell, London, 1992.

Schwarze J., *Les sources et principes du droit administratif européen*, in Auby J.B., Dutheil de la Rochère J., *Traité de droit administratif européen*, 2 éd., Bruylants, Bruxelles, 2014, p. 469 ss.

Sciullo G., *Potere regolamentare, potere «pararegolamentare» e pubblica amministrazione: gli orientamenti del giudice amministrativo dopo la L. 400/1988*, in *Le Regioni*, 5, 1993, p. 1277 ss.

Sciullo G., *Profili degli accordi fra amministrazioni pubbliche e privati*, in *Dir. amm.*, 4, 2007, p. 805 ss.

Sciullo G., *Accordi e conferenze di servizi nella legge sul governo del territorio dell'Emilia Romagna*, in www.lexitalia.it.

Scoca F. G., *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1971.

Scoca, F.G. *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 1 ss.

Scoca F.G., *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 3, 2002, p. 431 ss.

Scognamiglio A., *Sui collegamenti tra atti di autonomia privata e procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 1983, p. 290 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, p. 145 ss.

Segovia Arroyo J.A., *Instrumentos de planeamiento general: algunos aspectos problematicos (estudio de reciente jurisprudencia de…)*, in *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 184, Marzo 2001, p. 1 ss.

Seiller B., *Acte administratif*, in *Répertoire Dalloz de contentieux administratif*, 2003, p. 1 ss.

Serrani D., *Lo Stato finanziatore*, Franco Angeli, Milano, 1971.

Siebert M., *Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung: zur Abgrenzung und Verflechtung von öffentlichem Recht und Privatrecht*, Schwartz, 1953.

Silvestri E., *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.* VIII, 1961, p. 370 ss.

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 ss.

Singh M. P., *German Administrative Law in Common Law Perspectives*, Springer-Verlag Heidelberg GmbH, 1 ed. 1985.

Sollini M., *La pianificazione urbanistica regionale allo specchio: profili comparativi sintetici e linee evolutive*, in *RGU*, 4, 2008, p. 507 ss.

Sorace D., *La buona amministrazione*, in Ruotolo M. (a cura di), *La Costituzione ha 60 anni: la qualità della vita sessant'anni dopo*, Atti del Convegno di Ascoli Piceno, 14-15 marzo 2008, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, p. 119 ss.

Sorace D., *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Annali III, 2010, p. 46 ss.

Sorace D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 2012.

Sordi B., *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milano, Giuffrè, 1987.

Sordi B., *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocenteschi a confronto*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 483 ss.

Soto Kloss E., *La contratacion administrativa: un retorno a las fuentes clasicas del contrato (A proposito de la distinción contrato administrativo/contrato civil de la Administración)*, in *RAP*, 64, 1971, p. 53 ss.

Spagnuolo Vigorita V., *Problemi giuridici dell'ausilio finanziario pubblico a privati*, ESI, Napoli, 1964.

Spannowski W., *Allemagne, report National*, in Tanquerel T., Morand-Deviller J., Alvers Correia F. (dir.), *La contractualisation dans le droit de l'urbanisme, Colloque biennal de l'Association International de droit de l'urbanisme (AIDrU)*, Coimbra, 23-24 septembre 2011, *Les Cahiers du GRIDAUH, Série de droit comparé, La Documentation française*, Paris, 2014, p. 119 ss.

Staiano S., *Delega per le riforme e negoziazione legislativa*, in www.federalismi.it.

Steiner M., *Autriche/Austria*, in Noguellou R., Stelkens U. (dir.), *Droit comparé des Contrats Publics/Comparative Law on Public Contracts*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 383 ss.

Stelkens U., *The Public-Private Law Divide. Annual report - 2010 - Germany*, in www.ius-publicum.com.

Stelkens U., Schröder H., *Allemagne/Germany*, in Noguellou R., Stelkens U. (dir.), *Droit comparé des Contrats Publics/Comparative Law on Public Contracts*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 309 ss.

Stelkens U., Schröder H., *Eu Public Contracts – Contracts passed by EU-Institutions in Administrative Matters*, in FÖV *Discussion Papers*, 2012, p. 11 ss.

Stella Richter P., *Profili funzionali dell'urbanistica*, Milano, Giuffrè, 1984.

Stella Richter P., *Il sistema delle fonti della disciplina urbanistica*, in *RGU*, 1989, p. 607 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, 1999, p. 83 ss.

Stern K., *Zur Grundkegung einer Lehre des öffentlichen Vertrages*, in *Vewaltungs-archiv*, 1958, p. 145 ss.

Stern K., *Rechtsfragen der öffentlichen SubventionierungPrivater*, in *Juristen Zeitung*, 19, 1960, p. 561 ss.

Stern K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik*, I. vol., 2 ed., München, 1984.

Sterpa A., *Un parere «artificiale»: prime riflessioni sulla sentenza della Corte Costituzionale 26 gennaio 2011 n. 33*, in www.federalismi.it.

Sticchi Damiani E., *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, Giuffré Editore, 1992.

Sticchi Damiani S., *Violazioni del diritto comunitario e processo amministrativo*: *dal principio di supremazia ai principi di effettività ed equivalenza*, Torino, Giappichelli, 2012.

Stirn B., *La liberté contractuelle, droit fondamental en droit administratif?*, in *AJDA*, 1998, p. 673 ss.

Stolleis M., *Storia del diritto pubblico in Germania. Dottrina del diritto pubblico e scienza dell'amministrazione 1800-1914*, trad. it. a cura di C. Ricca e S. Pietropaoli, Milano, Giuffrè, 2014, p. 563 ss.

Strebler J.-P., *Financement des équipements urbains: autorisations d'urbanisme et offres de concours*, BJDU, 2004, p. 84 ss.

Strebler J.-P., *Le projet urbain partenarial, contribution «souple» au financement d'équipements publics*, in *Revue de droit immobilier*, 2009, p. 521 ss.

Strebler J.-P., *Focus: la loi ALUR et le contenu des PLU*, in *AJ Collectivités territoriales*, 2014, p. 360 ss.

Strebler J.-P., *La loi ALUR et les schémas de cohérence territoriale*, in *AJ Collectivités territoriales*, 2014, p. 355 ss.

Sueur J.H., *Développement local et droit négocié: l'expérience des char-*

tes intercommunales d'aménagement et de développement, in *RDP*, 1988, p. 199 ss.

Tanquerel T., *Manuel de droit administratif*, Geneva/Zürich/Basel, 2011.

Tanquerel T., *Switzerland*, in Auby J.-B. (Ed.), *Codification of administrative procedure*, Bruylant, Brussels, 2014, p. 365 ss.

Tanquerel T., Morand-Deviller J., Alvers Correia F. (dir.), *La contractualisation dans le droit de l'urbanisme*, *Colloque biennal de l'Association International de droit de l'urbanisme (AIDrU)*, Coimbra, 23-24 septembre 2011, *Les Cahiers du GRIDAUH*, *Série de droit comparé*, Paris, *La Documentation française*, 2014.

Teitgen-Coly C., *L'urbanisme opérationnel: définition et mise en œuvre de techniques de l'aménagement*, in AJPI, 1986, p. 7 ss.

Tejedor Bielsa J., *Reflexiones sobre el estado de lo urbanístico. Entre la anomalía y la excepción*, in *RAP*, 181, 2010, p. 83 ss.

Tesauro A., *Il contratto del diritto pubblico e del diritto amministrativo in particolare*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1961, p. 3 ss.

Tigano A., *Considerazioni critiche in tema di intervento del terzo nel processo amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, p. 1988 ss.

Tigano F., *Gli accordi procedimentali*, Torino, Giappichelli, 2002.

Torchia L., *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna, Il Mulino, 2012.

Toriello F., *I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, Milano, Giuffrè, 2000.

Tornos Mas J., *El arbitraje en el Derecho Adminastrivo: posibilidad de esta figura*, Tribunal Arbitral de Barcelona, BUTLLETI n. 6, 1995, p. 13 ss.

Torricelli S., *Les limites à l'utilisation des instruments contractuels dans l'activité administrative*, in Noguellou R., Stelkens U. (dir.), *Droit comparé des Contrats Publics/Comparative Law on Public Contracts*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 127 ss.

Traoré S., *La concession d'aménagement après la loi du 20 juillet 2005*, in *DA*, 12, Décembre 2005, étude 20.

Traoré S., *Le plan local d'urbanisme intercommunal et la loi ALUR*, in *AJ Collectivités territoriales*, 2014, p. 350 ss.

Travi A., *Accordi fra i proprietari e comune per modifiche al piano regolatore ed oneri esorbitanti*, in *Foro It.*, V, 12, 2002, p. 274 ss.

Treumer S., *Danemark/Denmark*, in Noguellou R., Stelkens U. (dir.), *Droit comparé des Contrats Publics/Comparative Law on Public Contracts*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 543 ss.

Triepel H., *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, Hirschfeld, 1899, p. 35 ss.

Trimarchi Banfi F., *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 35 ss.

Trimarchi Banfi F., *Il diritto ad una buona amministrazione*, in Chiti M. P.- Greco G. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 49 ss.

Trimarchi Banfi F., *Il "terzo" nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2014, p. 25 ss.

Truchet D., *Le contrat administratif, qualification juridique d'un accord de volontés*, in Cadiet L. (sous la dir.), *Le droit contemporain des contrats*, Paris, Economica, 1987, p. 185 ss.

Tubertini C., *Gli atti di determinazione di aliquote d'imposta e il discusso limite tra atti normativi ed atti amministrativi generali*, in *Giur. It.*, 6, 1998, p. 1275 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 ss.

Turpin D., *La protection constitutionnelle de la liberté contractuelle*, in *Contrats publics*, *Mélanges en l'honneur de Michel Guibal*, t. I, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, p. 63 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*, t. I, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, p. 575 ss.

Urbani P., *L'urbanistica consensuale, la disciplina degli usi del territorio tra liberalizzazione, programmazione negoziata e tutele differenziate*, Torino, Bollati Boringhieri, 2000.

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

Urbani P., *Urbanistica consensuale, "pregiudizio" del giudice penale e trasparenza dell'azione amministrativa*, in *RGE*, 2, 2009., p. 47 ss.

Urbani P., *L'urbanistica*, in Merloni F., Vandelli L. (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, Passigli Editore, 2010, p. 423 ss.

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 ss.

Urbani P., Civitarese S., *Diritto Urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Torino, Giappichelli, 2013.

VANDELLI L., *Osservazioni sull'obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, p. 1595 ss.

VANDELLI L., *El ordenamiento español de las Comunidades Autonómas*, Madrid, IEAL, 1982.

VANDELLI L., *L'attenzione per il diritto pubblico straniero*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2001, p. 1597 ss.

VANDELLI L., *Sovranità e federalismo interno: l'autonomia territoriale all'epoca della crisi*, in *Le Regioni*, 5-6, 2012, p. 845 ss.

VANDELLI L., *Nuove prospettive per il Senato delle autonomie*, in www.astrid-online.it

VANDELLI L., BASSANINI F. (a cura di), *Il federalismo alla prova: regole, politiche, diritti nelle Regioni*, Bologna, Il Mulino, 2012.

VANDELLI L., BOTTARI C., DONATI D. (a cura di), *Diritto amministrativo comunitario*, Rimini, Maggioli, 1994.

VAQUER CABALLERÍA M., *El desgobierno del terriorio*, in PIÑAR MAÑAS J.L., *Crisis economica y crisis del estado de bienestar. El papel del derecho administrativo*, *Actas del XIX Congreso italo español de Profesores de Derecho administrativo*, Madrid, Reus, 2013, p. 257 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 ss.

VASTA S., *La revoca degli atti amministrativi consensuali*, Padova, CEDAM, 2004.

VELASCO CABALLERO F., *Las clausolas accessorias del acto administrativo*, Madrid, Tecnos, 1996.

VESPERINI G., *L'indennizzo da ritardo: l'ennesima promessa mancata*, in *Gior. dir. amm.*, 5, 2014, p. 445 ss.

VIALETTES M.- BARROIS DE SARIGNY C., *Le projet d'un code des relations entre le public et les administrations*, in *AJDA*, 2014, p. 402 ss.

VIER CH. L., *Le procédé contractuel dans l'administration économique*, *Thése*, Paris, 1972.

VILLAMENA S., *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008.

VILLAR PALASÍ J.L., *Concesiones Administrativas*, in *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, Editorial Francisco Seix, 1981, p. 634 ss.

VILLATA R., *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 1992, p. 171 ss.

VIOLINI L., *Meno supremazia e più collaborazione nei rapporti tra i diversi livelli di governo?*, in *Le Regioni*, 5, 2003, p. 691 ss.

VIRGA P., *Contratto (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, IX, 1961, p. 979 ss.

VIRGA P., *Il Provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1972.

VIRGA P., *Diritto amministrativo*, *I principi*, Milano, Giuffrè, 2001.

VITTA C., *Diritto Amministrativo*, Torino, 1955.

VOISSET M., *Concertation et contractualisation dans la fonction publique*, in *AJDA*, 1970, p. 388 ss.

VON BOGDANDY A., *Founding Principles*, in VON BOGDANDY A., BAST J. (ed.) *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford, 2009, p. 11 ss.

VON BOGDANDY A., *Prospettive della scienza giuridica nell'area giuridica europea. Una riflessione sulla base del caso tedesco*, in *Foro It.*, V, 2, 2012, p. 54 ss.

VON GIERKE O., *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin, 1887.

WAELBROECK 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, disponibile su https://www.coleurope.eu/sites/default/files/research-paper/gclc_wp_01-08.pdf.

WALINE J., *De la situation juridique de l'usager d'un service public*, in *Rev. critique de législ. et de jurispr.*, 1933, p. 237 ss.

WALINE J., RIVERO J., *Droit administratif*, 21 éd., Paris, Dalloz, 2006.

WALZ G. A., *Die 'Vereinbarung' als Rechtsfigur des öffentlichen Rechts*, in *Aör*, 59, 1928, p. 161 ss.

WATSON A., *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, 2nd ed., The University of Georgia Press, Athens and London, 1993.

WEBER A., *Le basi del diritto procedimentale amministrativo nell'ordinamento tedesco*, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra semplificazione e partecipazione.(Modelli europei a confronto)*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 33 ss.

WEIL P., *Le renouveau de la théorie du contrat administratif et ses difficultés*, in *Les conventions entre personnes publiques, Mélanges en l'honneur de Michel Stassinopoulos*, Paris, L.G.D.J., 1974, p. 217 ss.

WIEHLER F., STUMM T., *The powers of regional and local authorities and their role in the European Union*, in *European Planning Studies* 3(2), p. 227 ss.

WIENER C., *Vers une codification de la procédure administrative*, PUF, 1975.

WIGMORE J., *A New Way of Teaching Comparative Law*, in *Journal of S.P.T.L.*, 1926, p. 6 ss.

WOEHRLING J.-M., *Le droit de l'urbanisme en République fédérale d'Allemagne*, in *Conseil d'Etat: pour un droit plus efficace*, Paris, *La documentation française*, 1992, p. 165 ss.

WOLFF H., BACHOF O., *Verwaltungsrecht*, I, 9 ed., München, 1974.

ZANOBINI G., *Sull'amministrazione pubblica del diritto privato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 3, 1918, p. 169 ss.

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

ZEGHBIB H., *Le contrat dans l'action publique. Retour sur une pratique établie*, in *Contrats publics, Mélanges en l'honneur de Michel Guibal*, t. II, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, p. 605 ss.

ZIAMOU T., *Alternative Modes of Administrative Action: Negotiated Rule-Making in the United States, Germany and Britain*, in *European Public Law*, 6, 2000, p. 45 ss.

ZILLER J., *Le contrôle du pouvoir réglementaire en Europe*, in *AJDA*, 1999, p. 635 ss.

ZILLER J., *Les droits administratifs nationaux: caractéristiques générales*, in AUBY J.B., DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J., *Traité de droit administratif européen*, 2 éd., Bruxelles, Bruylants, 2014, p. 743 ss.

ZITO A., *Il "diritto ad una buona amministrazione" nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2-3, 2002, p. 425 ss.

ZITO A., *L'ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione*, in SANDULLI M. A., *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 586 ss.

SOMMARIO

PREMESSA INTRODUTTIVA

1. Consensualità e tutela dell'interesse pubblico, crisi dello Stato di diritto e dello Stato sociale. Il nuovo volto dell'amministrazione per accordi 3
2. Ambito dell'indagine: il principio di consensualità nel governo del territorio 11
   2.1. Gli accordi di pianificazione o accordi "a monte" delle prescrizioni urbanistiche 13
3. Le nuove potenzialità del principio di consensualità: impostazione del tema d'indagine. Gli accordi normativi 18
4. L'attenzione per il diritto amministrativo europeo. Classificazioni per famiglie e metodo dell'analisi comparata 24

PARTE PRIMA
L'ATTIVITÀ CONSENSUALE DELLA P.A. IN FRANCIA

CAPITOLO I
L'INDISPONIBILITÀ DEL POTERE PUBBLICO E LE *CONVENTIONS A EFFETS REGLEMENTAIRES*

1. Lo sviluppo dell'*administration contractuelle* nella prassi delle amministrazioni pubbliche francesi 36
2. L'indisponibilità delle potestà amministrative e la nullità delle convenzioni aventi ad oggetto l'esercizio del potere pubblico nella giurisprudenza del *Conseil d'Etat* 41
   2.1. Il divieto di trasferire ad un terzo l'esercizio di un potere pubblico 44
   2.2. Il divieto di obbligarsi sul contenuto di una decisione futura 46
   2.3. Il divieto di sostituire l'accordo all'atto unilaterale 48
   2.4. La conferma della nullità e la riqualificazione giuridica delle convenzioni aventi ad oggetto l'esercizio del potere pubblico nella giurisprudenza più recente 50
   2.5. 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* 53
3. L'attività consensuale della p.a. nella dottrina francese: tra *contrat* e *acte unilatéral* 58
   3.1. *Contrat* e *convention* nell'originaria classificazione di L. Duguit 60
   3.2. … e nella dottrina pubblicistica successiva 63
   3.3. La polemica di C. Eisenmann sulla distinzione tra *acte unilatéra*l e *acte plurilatéral* 66

4. L'attività consensuale della p.a. nella dottrina francese: tra *contrat* e *règlement* 68
4.1. Le diverse teorie sulla natura giuridica della *concession de service public*. La teoria dell'*acte mixte* e la teoria della natura contrattuale 72
4.2. La teoria de la *double nature* della concessione 77
4.3. La teoria delle *conventions à conséquences réglementaires* in A. de Laubadère, F. Moderne e P. Devolvé 78
4.4. Le considerazioni sull'*acte mixte* di Y. Madiot 81
5. «*L'essor du concept contractuel*». La fioritura delle convenzioni dopo le prime riforme sul decentramento e gli sviluppi recenti 83
5.1. La teoria delle *clauses réglementaires* dei *contrats administratifs*: dall'*arrêt Cayzeele* all'*arrêt Bonhomme* 89

CAPITOLO II
IL *CONTRAT* NEL DIRITTO URBANISTICO FRANCESE: L'*URBANISME CONTRACTUEL*

1. L'urbanistica consensuale in Francia. Antecedenti ed evoluzioni 99
2. La distinzione tra *urbanisme opérationnel* e *urbanisme réglementaire* 103
2.1. Il ricorso al *contrat* nell'*urbanisme opérationnel*. La *concession d'aménagement urbain* 108
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*» 111
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* 117

PARTE SECONDA
L'ATTIVITÀ CONSENSUALE DELLA P.A. IN GERMANIA

CAPITOLO I
L'*ÖFFENTLICH-RECHTLICHER VERTRAG*

1. Le origini del dibattito sul contratto di diritto pubblico (*öffentlich-rechtlicher Vertrag*) in Europa. La disputa in Germania e l'iniziale influenza del modello francese 125
1.1. Dai concetti di *Vereinbarung* e di *Vertrag* in P. Laband, K. Binding e G. Jellinek al *Verwaltungsackt auf Unterwerfung* di O. Mayer 128
1.2. La nuova concezione di *öffentlich-rechtlicher Vertrag* in H. Kelsen e W. Apelt e gli accordi normativi in G. Anshütz 134
1.3. Le tesi negatrici. La critica anticontrattualista di K. Kormann e W. Jellinek. La *Zweistufentheorie* di H.P. Ipsen 138
1.4. Il contratto di diritto pubblico: dal *Sozialstaat* alla *Verwaltungsverfahrensgesetz* 141
2. Il § 54 della *Verwaltungsverfahrensgesetz* del 26 Maggio 1976 145
2.1. Concetto e classi dell'*öffentlich-rechtlicher Vertrag* 148

2.2. Le fattispecie aliene: il *mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt* (atto amministrativo a collaborazione necessaria) e il *Normensetzungsvertrag* (accordo normativo) 151
2.3. Il problema della natura giuridica: contratti di diritto pubblico e contratti di diritto privato 154
3. Il regime giuridico dell'*öffentlich-rechtlicher Vertrag* 157
3.1. I requisiti formali e la tutela del terzo nell'*öffentlich-rechtlicher Vertrag* 158
3.2. La validità dell'*öffentlich-rechtlicher Vertrag* 160
3.3. Recesso, modifica e denuncia dell'*öffentlich-rechtlicher Vertrag* 163
3.4. L'inadempimento dell'*öffentlich-rechtlicher Vertrag* 163

CAPITOLO II
GLI *STÄDTEBAULICHTE VERTRÄGE*
NEL DIRITTO URBANISTICO TEDESCO

1. I contratti urbanistici (*städtebaulichte Verträge*) in Germania. Antecedenti ed evoluzioni 167
2. Il § 11 del *Baugesetzbuch (*BauGB). Classi e oggetto degli s*tädtebaulichte Verträge* 172
2.1. La natura giuridica degli *städtebaulichte Verträge* 176
2.2. La disciplina formale e sostanziale degli *städtebaulichte Verträge* 180
2.3. Concetto, efficacia e profili di responsabilità dell'amministrazione per inadempimento degli accordi di pianificazione (*Planungsvereinbarungen*) 184

PARTE TERZA
L'ATTIVITÀ CONSENSUALE DELLA P.A. IN SPAGNA

CAPITOLO I
L'*ACUERDO ADMINISTRATIVO CONSENSUAL*

1. L'influenza dei modelli francese, tedesco ed italiano nella ricezione nell'ordinamento spagnolo della nozione di contrato administrativo 191
2. L'attività consensuale della p.a. in Spagna: dall'*acción concertada* ai *convenios de colaboración* 197
2.1. La negoziabilità delle potestà amministrative in Spagna: tra «*crisis del contrato*» e *actividad administrativa convencional* nella dottrina moderna 201
2.2. La posizione di E. García de Enterría e di T.R. Fernández Rodriguez 203
2.3. Le tesi di R. Parada Vazquez, F. Garrido Falla e L. Parejo Alfonso 205
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* 207

3.1. Il concetto di *terminación convencional del procedimiento administrativo*, le classi di *acuerdo administrativo consensual* e i *convenios normativos* 210
3.2. La questione dell'efficacia dell'art. 88 e della natura giuridica degli *acuerdos administrativos consensuales* 215
3.3. La causa e l'oggetto degli *acuerdos administrativos consensuales* 219
3.4. Il regime dell'invalidità degli *acuerdos administrativos consensuales* 222

CAPITOLO II
I *CONVENIOS URBANÍSTICOS*
NEL DIRITTO URBANISTICO SPAGNOLO

1. Le convenzioni urbanistiche (*convenios urbanísticos*) in Spagna. Antecedenti ed evoluzioni. Dalla *Ley de Expropriación Forzosa* del 1863 ai *convenios* nelle tecniche di *alienación* e nei *Planes de Ensanche* 223
1.1. La *Ley del Suelo* del 1956 e l'*urbanismo concertado* nella riforma del 1975 227
1.2. La generalizzazione dei *convenios urbanísticos* a margine della *Ley del Suelo* e la prima reazione della giurisprudenza 231
1.3. Il mutato atteggiamento del *Tribunal Supremo* e nel *Texto Refundido de la Ley del Suelo* del 2008 236
2. I *convenios urbanísticos de planeamiento* nella legislazione delle *Comunidades Autónomas* 241
2.1. Classi e oggetto dei *convenios urbanísticos* 244
2.2. La natura e il regime giuridico dei *convenios urbanísticos* 247
2.3. Il procedimento e il regime di pubblicità dei *convenios urbanísticos de planeamiento* 250
2.4. Regime di validità dei *convenios urbanísticos de planeamiento* 252
2.5. Efficacia dei *convenios urbanísticos de planeamiento* e profili della responsabilità patrimoniale dell'amministrazione per inadempimento 253
2.6. Aspetti processuali. Impugnazione dei c*onvenios urbanísticos de planeamiento* e *acción pública* 256

PARTE QUARTA
RIFLESSIONI PER UNA CONVERGENZA DI SISTEMA

CAPITOLO I
IL PRINCIPIO DI CONSENSUALITÀ

1. Esiti della comparazione e riflessioni per una convergenza di sistema attorno al principio di consensualità nell'azione amministrativa 262
2. L'amministrazione consensuale della p.a. in Italia. La ricezione del modello tedesco e la reiezione delle tesi francesi 263
2.1. L'affermazione del principio di consensualità in Italia. Convergenze e divergenze con Francia, Germania e Spagna 266

2.2. Gli accordi amministrativi in Italia. Convergenze e divergenze normative con l'*öffentlich-rechtlicher Vertrag* e l'*acuerdo administrativo consensual*. In particolare: l'oggetto, la tutela del terzo, l'invalidità e il recesso 279
2.3. Gli accordi urbanistici in Italia, gli *städtebaulichte Verträge* in Germania e i *convenios urbanísticos* in Spagna 288
3. Il principio di consensualità come principio generale del diritto amministrativo negli Stati europei 291
3.1. Il gruppo francese (Francia, Paesi Bassi, Belgio e Grecia) 292
3.2. Il gruppo tedesco (Germania, Austria, Svizzera e Polonia) 293
3.3. Il gruppo a influenza franco-tedesca (Italia, Spagna, Portogallo, Svezia e Finlandia) 294
3.4. Il gruppo britannico (Gran Bretagna, Irlanda, Danimarca e Norvegia) 296
3.5. Il principio di consensualità come principio generale nell'azione delle pubbliche amministrazioni europee 298
3.6. Il principio di consensualità come principio generale del diritto amministrativo italiano e il falso problema dell'art. 13 l. n. 241/1990 304
3.7. Il principio di consensualità come principio fondamentale del governo del territorio 310

Capitolo II
GLI ACCORDI NORMATIVI

1. Gli accordi normativi tra pubblica amministrazione e privati: alla ricerca di una definizione 317
1.1. Gli accordi normativi nel diritto comparato e nel diritto comunitario 322
1.2. Le possibili classi di accordi normativi: accordi sostitutivi e accordi procedimentali non vincolanti 325
2. Possibilità giuridica degli accordi normativi nel diritto interno 326
2.1. Gli accordi di pianificazione come accordi normativi 334
3. La disciplina sostanziale e procedimentale degli accordi normativi 340
3.1. Forma e causa degli accordi normativi 341
3.2. Effetti, validità ed esecuzione degli accordi normativi. L'oggetto, il rapporto e il procedimento 344
3.2.1. Mancata esecuzione delle clausole contrattuali dell'accordo normativo 348
3.2.2. Clausole normative dell'accordo normativo, poteri di modifica unilaterale dell'amministrazione e tutela del terzo 350

Bibliografia 361

PUBBLICAZIONI DEL SEMINARIO GIURIDICO DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

1. Coli U., *Collegia et sodalitates*, 1913.
2. Donatelli I., *La "consortia" di Avesa*, 1914.
3. Valenza P., *Il diritto di usufrutto nelle leggi sulle tasse del registro*, 1915.
4. Zingali G., *La statistica della criminalità*, 1916.
5. Tumedei C., *La separazione dei beni ereditari*, 1917.
6. Albertoni A., *L'"Apokeryxis"*, 1923.
7. Salvi F., *La cessione dei beni ai creditori*, 1947.
8. Milani F., *Distinzioni delle servitù prediali*, 1948.
9. Fassò G., *I "quattro autori" del Vico*, 1949.
10. Ferri L., *La trascrizione degli acquisti "mortis causa" e problemi connessi*, 1951.
11. Rossi G., *La "Summa arboris actionum" di Ponzio da Ylerda*, 1951.
12. Poggeschi R., *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, 1951.
13. Matteucci N., *Antonio Gramsci e la filosofia della prassi*, 1951.
14. Forchielli P., *I contratti reali*, 1952.
15. Salvi F., *Il possesso di stato familiare*, 1952.
16. Fassò G., *La storia come esperienza giuridica*, 1953.
17. Palazzini Finetti L., *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus iuris giustinianeo*, 1953.
18. Rossi G., *Consilium sapientis iudiciale*, 1958.
19. Mancini G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, 1957.
20. Ferri L., *L'autonomia privata*, 1959.
21. Torelli P., *Scritti di storia del diritto italiano*, 1959.
22. Santini G., *I Comuni di Valle del medioevo. La Costituzione federale del "Frignano"*, 1960.
23. Gianniti F., *I reati della stessa indole*, 1959.
24. Ghezzi G., *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, 1960.
25. Nardi E., *Case "infestate da spiriti" e diritto romano e moderno*, 1960.
26. Ferri L., *Rinunzia e rifiuto nel diritto privato*, 1960.
27. Ghezzi G., *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, 1963.
28. Bonsignori A., *Espropriazione della quota di società a responsabilità limitata*, 1961.
29. Redenti E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. I, *Intorno al diritto processuale*, 1962.
30. Redenti E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. II, *Intorno al diritto sostanziale*, 1962.
31. Gualandi A., *Spese e danni nel processo civile*, 1962.
32. Bonsignori A., *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, 1960.
33. Mancini G.F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, vol. I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, 1962.
34. Nardi E., *Rabelais e il diritto romano*, 1962.
35. Romagnoli U., *Il contratto collettivo di impresa*, 1963.
36. Santini G., *I "comuni di pieve" nel medioevo italiano*, 1964.
37. Rudan M., *Il contratto di tirocinio*, 1966.
38. Bonini R., *I "libri de cognitionibus" di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della "cognitio extra ordinem"*, 1964.
39. Colliva P., *Ricerche sul principio di legalità nell'amministrazione del Regno di Sicilia al tempo di Federico II*, 1964.
40. Mengozzi P., *L'agenzia di approvvigionamento dell'Euratom*, 1964.
41. *Scritti minori di Antonio Cicu*, tomi I e II, *Scritti di teoria generale del diritto - Diritto di famiglia*, 1965.
42. *Scritti minori di Antonio Cicu*, *Successioni e donazioni. Studi vari*, 1965.
43. Sacchi Morsiani G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, I, 1965.
44. Ghezzi G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, 1965.
45. Roversi Monaco F.A., *Enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*, 1967.
46. Gianniti F., *L'oggetto materiale del reato*, 1966.

47. Mengozzi P., *L'efficacia in Italia di atti stranieri di potestà pubblica su beni privati*, 1967.
48. Romagnoli U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, 1967.
49. Montuschi L., *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, 1967.
50. Ranieri S., *Scritti e discorsi vari*, vol. I, *Scritti di diritto penale*, 1968.
51. Ranieri S., *Scritti e discorsi vari*, vol. II, *Scritti di procedura penale*, 1968.
52. Bonini R., *Ricerche di diritto giustinianeo*, 1968.
53. Santini G., *Ricerche sulle "Exceptiones legum romanorum"*, 1969.
54. Lo Castro G., *La qualificazione giuridica delle deliberazioni conciliari delle fonti del diritto canonico*, 1970.
55. Sacchi Morsiani G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, II, 1970.
56. Roversi Monaco F.A., *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, 1970.
57. Gianniti F., *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, 1970.
58. De Vergottini G., *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, 1971.
59. Mengozzi P., *Il regime giuridico internazionale del fondo marino*, 1971.
60. Carinci F., *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, 1971.
61. Osti G., *Scritti giuridici*, voll. I e II, 1973.
62. Zuelli F., *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, 1973.
63. Pergolesi F., *Sistema delle fonti normative*, 1973.
64. Montuschi L., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, 1973.
65. Pattaro E., *Il pensiero giuridico di L.A. Muratori tra metodologia e politica*, 1974.
66. Pini G., *Arbitrato e lavori pubblici*, 1974.
67. Carpi F., *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, 1974.
68. De Vergottini G., *Lo "Shadow cabinet"*, 1973.
69. Paolucci L.F., *La mutualità nelle cooperative*, 1974.
70. De Gennaro A., *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, 1974.
71. Stortoni L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, 1978.
72. Gianniti F., *Prospettive criminologiche e processo penale*, 1977.
73. Bonvicini D., *Le "joint ventures": tecnica giuridica e prassi societaria*, 1977.
74. De Vergottini G., *Scritti di storia del diritto italiano*, voll. I, II, III, 1977.
75. Lambertini R., *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, 1977.
76. Dalla D., *L'incapacità sessuale in diritto romano*, 1978.
77. Di Pietro A., *Lineamenti di una teoria giuridica dell'imposta sull'incremento di valore degli immobili*, 1978.
78. Mazzacuva N., *La tutela penale del segreto industriale*, 1979.
79. Romanelli G., *Profilo del noleggio*, 1979.
80. Borghesi D., *Il contenzioso in materia di eleggibilità*, 1979.
81. Dalla Torre G., *L'attività assistenziale della Chiesa nell'ordinamento italiano*, 1979.
82. Carpi F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, 1979.
83. Alleva P., *Il campo di applicazione dello statuto dei lavoratori*, 1980.
84. Puliatti S., *Ricerche sulla legislazione "regionale" di Giustiniano*, 1980.
85. Fassò G., *Scritti di filosofia del diritto*, voll. I, II, III, 1982.
86. Sgubbi F., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, 1980.
87. Lambertini R., *Plagium*, 1980.
88. Dalla D., *Senatus consultum Silanianum*, 1980.
89. Vandelli L., *L'ordinamento regionale spagnolo*, 1980.
90. Nardi E., *L'otre dei parricidi e le bestie incluse*, 1980.
91. Pellicanò A., *Causa del contratto e circolazione dei beni*, 1981.
92. Giardini D., *Politica e amministrazione nello Stato fondato sul decentramento*, 1981.
93. Bortolotti D., *Potere pubblico e ambiente*, 1981.
94. Roffi R., *Contributo per una teoria delle presunzioni nel diritto amministrativo*, 1982.
95. Alessi R., *Scritti minori*, 1981.
96. Bassanelli Sommariva G., *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustinianeo*, 1983.
97. Zanotti A., *Cultura giuridica del Seicento e* jus publicum ecclesiasticum *nell'opera del cardinal Giovanni Battista De Luca*, 1983.
98. Illuminati G., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, 1983.
99. Toniatti R., *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, 1983.
100. Nardi E., *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, 1983.

101. Dalla D., *Praemium emancipationis*, 1983.
102. Mazzacuva N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale - L'illecito commissivo doloso e colposo*, 1983.
103. *Studi in onore di Tito Carnacini*. I. *Studi di diritto costituzionale, civile, del lavoro, commerciale*, 1983.
104. Caia G., *Stato e autonomie locali nella gestione dell'energia*, 1984.
105. Baratti G., *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, 1984.
106. Bortolotti D., *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, 1984.
107. Puliatti S., *Ricerche sulle novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustiniano I a Giustino II*, 1984.
108. Lambertini R., *La problematica della commorienza nell'elaborazione giuridica romana*, 1984.
109. Zuelli F., *Le collegialità amministrative*, 1985.
110. Pedrazzoli M., *Democrazia industriale e subordinazione*, 1985.
111. Zanotti M., *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, 1985.
112. Ruffolo U., *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore*, I, 1985.
113. Biagi M., *Sindacato democrazia e diritto*, 1986.
114. Insolera G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, 1986.
115. Malagù L., *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, 1986.
116. Ricci G.F., *La connessione nel processo esecutivo*, 1986.
117. Zanotti A., *Il concordato austriaco del 1855*, 1986.
118. Selmini R., *Profili di uno studio storico sull'infanticidio*, 1987.
119. Dalla D., *"Ubi venus mutatur"*, 1987.
120. Zunarelli S., *La nozione di vettore*, 1987.
121. Zoli C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, 1988.
122. Cavina M., *Dottrine giuridiche e strutture sociali padane nella prima età moderna*, 1988.
123. Califano L., *Innovazione e conformità nel sistema regionale spagnolo*, 1988.
124. Sarti N., *Gli statuti della società dei notai di Bologna dell'anno 1336 (contributo allo studio di una corporazione cittadina)*, 1988.
125. Scarponi S., *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, 1988.
126. Bernardini M., *Contenuto della proprietà edilizia*, 1988.
127. La Torre M., *La "lotta contro il diritto soggettivo". Karl Larenz - la dottrina giuridica nazionalsocialista*, 1988.
128. Garcia De Enterria J., *Le obbligazioni convertibili in azioni*, 1989.
129. Biagi Guerini R., *Famiglia e Costituzione*, 1989.
130. Caia G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, 1989.
131. Magagni M., *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, 1989.
132. Petroni L., *La disciplina pubblicistica dell'innovazione tecnologica in Francia*, 1990.
133. Zanotti A., *Le manipolazioni genetiche e il diritto della Chiesa*, 1990.
134. Sartor G., *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, 1990.
135. Rossi L.S., *Il "buon funzionamento del mercato comune". Delimitazione dei poteri fra CEE e Stati membri*, 1990.
136. Luchetti G., *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, 1990.
137. Sarti N., *Un giurista tra Azzone e Accursio*, 1990.
138. Gustapane A., *La tutela globale dell'ambiente*, 1991.
139. Bottari C., *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, 1991.
140. Donini M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, 1991.
141. Perulli A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, 1992.
142. Vandelli L. (a cura di), *Le forme associative tra enti territoriali*, 1992.
143. Gasparri P., *Institutiones iuris publici*, 1992.
144. Capuzzo E., *Dal nesso asburgico alla sovranità italiana*, 1992.
145. Biavati P., *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, 1992.
146. Ferrari F., *Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione*, 1992.
147. Gustapane A., Sartor G., Verardi C.M., *Valutazione di impatto ambientale. Profili normativi e metodologie informatiche*, 1992.
148. Orlandi R., *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, 1992.
149. Carpani G., *Le aziende degli enti locali. Vigilanza e controlli*, 1992.

150. Musso A., *Concorrenza ed integrazione nei contratti di subfornitura industriale*, 1993.
151. Donini M., *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, 1993.
152. Califano Placci L., *Le commissioni parlamentari bicamerali nella crisi del bicameralismo italiano*, 1993.
153. Fornasari G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, 1994.
154. Manzini P., *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust italiano*, 1994.
155. Timoteo M., *Le successioni nel diritto cinese. Evoluzione storica ed assetto attuale*, 1994.
156. Sesta M. (a cura di), *Per i cinquant'anni del codice civile*, 1994.
157. Tullini P., *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, 1994.
158. Rescigno F., *Disfunzioni e prospettive di riforma del bicameralismo italiano: la camera delle regioni*, 1995.
159. Lugaresi N., *Le acque pubbliche. Profili dominicali, di tutela, di gestione*, 1995.
160. Sarti N., *Maximum dirimendarum causarum remedium. Il giuramento di calunnia nella dottrina civilistica dei secoli XI-XIII*, 1995.
161. Colliva P., *Scritti minori*, 1996.
162. Dugato M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, 1996.
163. Gardini G., *La comunicazione degli atti amministrativi. Uno studio alla luce della legge 7 agosto 1990, n. 241*, 1996.
164. Manzini P., *I costi ambientali nel diritto internazionale*, 1996.
165. Mittica M.P., *Il divenire dell'ordine. L'interazione normativa nella società omerica*, 1996.
166. Luchetti G., *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, 1996.
167. La Torre M., *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, 1996.
168. Camon A., *Le intercettazioni nel processo penale*, 1996.
169. Mancini S., *Minoranze autoctone e Stato. Tra composizione dei conflitti e secessione*, 1996.
170. Zanobetti Pagnetti A., *La non comparizione davanti alla Corte internazionale di giustizia*, 1996.
171. Bricola F., *Scritti di diritto penale*. Vol. I, *Dottrine generali, Teoria del reato e sistema sanzionatorio*. Vol. II, *Parte speciale e legislazione complementare, Diritto penale dell'economia*, 1997.
172. Graziosi A., *La sentenza di divorzio*, 1997.
173. Mantovani M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, 1997.
174. Biavati P., *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, 1997.
175. Rossi G. (1916-1986), *Studi e testi di storia giuridica medievale*, a cura di Giovanni Gualandi e Nicoletta Sarti, 1997.
176. Pellegrini S., *La litigiosità in Italia. Un'analisi sociologico-giuridica*, 1997.
177. Boni G., *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la canonizatio legum civilium*, 1998.
178. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*. Vol. I, *Diritto del lavoro*, 1998.
179. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*. Vol. II, *Diritto dell'Unione europea*, 1998
180. Rossi A., *Il GEIE nell'ordinamento italiano. Criteri di integrazione della disciplina*, 1998.
181. Bongiovanni G., *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, 1998.
182. Caputo G., *Scritti minori*, 1998.
183. Garrido J.M., *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, 1998.
184. Bellodi Ansaloni A., *Ricerche sulla contumacia nelle* cognitiones extra ordinem, I, 1998.
185. Franciosi E., *Riforme istituzionali e funzioni giurisdizionali nelle Novelle di Giustiniano. Studi su nov. 13 e nov. 80*, 1998.
186. Cattabriga C., *La Corte di giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, 1998.
187. Mancini L., *Immigrazione musulmana e cultura giuridica. Osservazioni empiriche su due comunità di egiziani*, 1998.
188. Gustapane A., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, premessa di Giuseppe De Vergottini, 1999.
189. Ricci G.F., *Le prove atipiche*, 1999.
190. Canestrari S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, 1999.
191. Fassò G., *La legge della ragione*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.

192. Fassò G., *La democrazia in Grecia*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.
193. Scarciglia R., *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, 1999.
194. Briguglio F., *"Fideiussoribus succurri solet"*, 1999.
195. Maltoni A., *Tutela dei consumatori e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia, profili costituzionali*, prefazione di Augusto Barbera, 1999.
196. Fondaroli D., *Illecito penale e riparazione del danno*, 1999.
197. Rossi L.S., *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, 2000.
198. Gragnoli E., *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, 2000.
199. Boni G., *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, 2000.
200. Lugaresi N., *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, 2000.
201. Lalatta Costerbosa M., *Ragione e tradizione. Il pensiero giuridico ed etico-politico di Wilehlmvon Humboldt*, 2000.
202. Semeraro P., *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, 2000.
203. Verza A., *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, 2000.
204. Lolli A., *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, 2000.
205. Busetto M.L., *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, 2000.
206. Campanella P., *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, 2000.
207. Bricola F., *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, 2000.
208. Lassandari A., *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, 2001.
209. Bianco A., *Il finanziamento della politica in Italia*, 2001.
210. Raffi A., *Sciopero nei servizi pubblici essenziali. Orientamenti della Commissione di garanzia*, 2001.
211. Piergigli V., *Lingue minoritarie e identità culturali*, 2001.
212. Cafaro S., *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*, 2001.
213. Morrone A., *Il custode della ragionevolezza*, 2001.
214. Masutti A., *La liberalizzazione dei trasporti in Europa. Il caso del trasporto postale*, 2002.
215. Zanotti A., Orlando F., *L'itinerario canonistico di Giuseppe Caputo*, 2002.
216. Lupoi M.A., *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*. Vol. I, *Policies, metodi, criteri di collegamento*. Vol. II, *Parallel proceedings*, 2002.
217. Lolli A., *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo. Stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, 2002.
218. Curi F., *Tertium datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, 2003.
219. Cottignola G., *Studi sul pilotaggio marittimo*, 2003.
220. Gardini G., *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, 2003.
221. Cevenini C., *Virtual enterprises. Legal issues of the on-line collaboration between undertakings*, 2003.
222. Monducci J., *Diritto della persona e trattamento dei dati particolari*, 2003.
223. Villecco Bettelli A., *L'efficacia delle prove informatiche*, 2004.
224. Zucconi Galli Fonseca E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, 2004.
225. Brighi R., *Norme e conoscenza: dal testo giuridico al metadato*, 2004.
226. Luchetti G., *Nuove ricerche sulle istituzioni di Giustiniano*, 2004.
227. *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, voll. I, II, 2004.
228. Piperata G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, 2005.
229. Canestrari S., Foffani L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'Europa?* Atti del Convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola (Bologna, 28 febbraio-2 marzo 2002), 2005.
230. Memmo D., Miconi S. (a cura di), *Broadcasting regulation: market entry and licensing. Regolamentazione dell'attività radiotelevisiva: accesso al mercato e sistema di licenze. Global Classroom Seminar*, 2006.
230.bis Briguglio F., *Studi sul procurator*, 2007.
231. Querzola L., *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, 2006.
232. Tarozzi S., *Ricerche in tema di registrazione e certificazione del documento nel periodo postclassico*, 2006.
233. Botti F., *L'eutanasia in Svizzera*, 2007.

234. Fondaroli D., *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, 2007.
235. Alagna R., *Tipicità e riformulazione del reato*, 2007.
236. Giovannini M., *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, 2007.
237. Montalti M., *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, 2007.
238. Tordini Cagli S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, 2008.
239. Legnani Annichini A., *La mercanzia di Bologna. Gli statuti del 1436 e le riformagioni quattrocentesche*, 2008.
240. Lolli A., *L'amministrazione attraverso strumenti economici*, 2008.
241. Vaccarella M., *Titolarità e funzione nel regime dei beni civici*, 2008.
242. Tubertini C., *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, 2008.
243. Fioriglio G., *Il diritto alla privacy. Nuove frontiere nell'era di Internet*, 2008.
244. Botti F., *Manipolazioni del corpo e mutilazioni genitali femminili*, 2009.
245. Nisco A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, 2009.
246. Zanobetti Pagnetti A., *Il rapporto internazionale di lavoro marittimo*, 2008.
247. Mattioli F., *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, 2010.
248. Bertaccini D., *La politica di polizia*, 2009.
249. Astrologo A., *Le cause di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, 2009.
250. Di Maria S., *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: "Reverentia antiquitatis" e nuove prospettive nella legislazione giustinianea del codice*, 2010.
251. Valentini E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, 2010.
252. Querzola L., *Il processo minorile in dimensione europea*, 2010.
253. Bologna C., *Stato federale e "national interest". Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense*, 2010.
254. Rasia C., *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, 2010.
255. Zucconi Galli Fonseca E., *Pregiudizialità e rinvio (Contributo allo studio dei limiti soggettivi dell'accertamento)*, 2011.
256. Bellodi Ansaloni A., Ad eruendam veritatem. *Profili metodologici e processuali della* quaestio per tormenta, 2011.
257. Pontoriero I., *Il prestito marittimo in diritto romano*, 2011.
258. *Giustizia senza confini. Studi offerti a Federico Carpi*, 2012.
259. Gustapane A., *Il ruolo del pubblico ministero nella Costituzione italiana*, 2012.
260. Caianiello M., *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, 2012.
261. Briguglio F., *Il Codice Veronese in trasparenza. Genesi e formazione del testo delle Istituzioni di Gaio*, 2012.
262. Valentini E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, Nuova edizione, 2012.
263. Tassinari D., *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, 2012.
264. Martelloni F., *Lavoro coordinato e subordinazione. L'interferenza delle collaborazioni a progetto*, 2012.
265. Roversi-Monaco F. (a cura di), *Università e riforme. L'organizzazione delle Università degli Studi ed il personale accademico nella legge 30 dicembre 2010, n. 240*, 2013.
266. Torre V., *La privatizzazione delle fonti di diritto penale*, 2013.
267. Raffiotta E.C., *Il governo multilivello dell'economia. Studio sulle trasformazioni dello Stato costituzionale in Europa*, 2013.
268. Caruso C., *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, 2013.
269. Pedrini F., *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, 2013.
270. Curi F., *Profili penali dello* stress *lavoro-correlato. L'*homo faber *nelle organizzazioni complesse*, 2013.
271. Casale D., *L'idoneità psicofisica del lavoratore pubblico*, 2013.
272. Nicodemo S., *Le istituzioni della conoscenza nel sistema scolastico*, 2013.
273. Legnani Annichini A., *«Proxeneta est in tractando». La professione ingrata del mediatore di commercio (secc. XII-XVI)*, 2013.
274. Monducci J., *Il dato genetico tra autodeterminazione informativa e discriminazione genotipica*, 2013.
275. Mantovani M., *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, 2014.
276. De Donno M., *Consensualità e interesse pubblico nel governo del territorio*, 2015.

Finito di stampare nel mese di marzo 2015
presso Editografica (Rastignano, Bologna)