

LA PARTECIPAZIONE DEL PRIVATO AL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO E GLI ACCORDI EX ART. 11 DELLA LEGGE N. 241 DEL 1990¹

STEFANO BIGOLARO

Il mio intervento ha ad oggetto il tema - alquanto impegnativo - degli accordi previsti dall'art. 11 della legge 241.

Mettendo insieme le idee in vista di questa relazione, mi rendo conto in realtà che di tali accordi, per ragioni di lavoro, ne ho visti più di quanti avrei pensato. E davvero l'occasione di preparare questo intervento è stata per me importante per riflettere su ciò di cui spesso professionalmente ci occupiamo.

Giorgio Berti: l'energia che muove il procedimento

La mia riflessione nasce da un'indicazione del prof. Vittorio Domenichelli: se ti occupi di accordi, non puoi non leggere Giorgio Berti.

Ecco, io vorrei partire da questa indicazione: la mia riflessione inizia da una persona. Giorgio Berti, certamente un maestro: un maestro spesso "oscuro", ma con una concezione moderna dei rapporti con la pubblica amministrazione, capace di illuminazioni improvvisate che ho trovato assai utili all'inquadramento del mio tema.

Il libro da cui sono partito è "La pubblica amministrazione come organizzazione", edito da CEDAM del 1961 (in questo esemplare che ho rinvenuto nella biblioteca Domenichelli, donato da Berti a Vittorio Domenichelli nel febbraio del 1976, come si legge nella prima pagina).

Giorgio Berti si interroga su questo punto: di che cosa sia fatto il procedimento amministrativo.

Scrivono Berti: *"potrebbe infatti ora domandarsi di quale sostanza siano per così dire riempiti i vuoti che apparentemente si determinano tra i vari interventi che, secondo lo schema normativo, compongono una fattispecie procedimentale: tra la domanda di una autorizzazione e l'autorizzazione, tra quest'ultima e l'atto autorizzato, tra il parere e l'atto per cui esso si domanda, tra l'atto controllato e l'atto di controllo, ecc."* (pag. 129).

L'immagine è molto bella: di quale sostanza siano riempiti i "vuoti" apparenti all'interno del procedimento. Questa dunque la domanda alla quale Berti prova a rispondere.

"Quando la conduzione dell'azione è disciplinata secondo schemi normativi, non sembra di avvertire altro, nell'attività concreta, dal punto di vista formale, che l'adeguazione a detto schema. Ma, ad un'osservazione più attenta ed anche in un certo senso più spregiudicata, risaltano altri fatti. Intanto, com'è noto, l'attività c.d. interna è non meno necessaria alla produzione degli atti che quella esterna: ma (...) è anzi più necessaria. Si può aggiungere che, comunque, non vi è manifestazione esterna che non implichi attività interna, per tale ultima intendendo, naturalmente, l'attività di ordinamenti particolari" (chiaro riflesso, quest'ultimo, delle teorie di Santi Romano sulla pluralità degli ordinamenti giuridici).

Prosegue Berti: *"Ora, mentre gli aspetti dell'attività che sono regolati da norme dell'ordinamento generale potrebbero anche apparire non determinati da forme e composizioni organizzatorie, ma solo della forza di tali norme, lo stesso non potrà certo mai affermarsi degli aspetti interni di essa, i quali molto spesso non si svolgono secondo moduli*

¹ Relazione tenuta l'11 luglio 2014 nel Convegno di studi "L'azione amministrativa consensuale tra suggestioni privatistiche e vincoli di diritto pubblico", organizzato dall'Associazione Veneta degli Avvocati Amministrativisti a Cortina d'Ampezzo.

prestabiliti in via generale, ma si originano da combinazioni di interventi occasionali o contingenti" (...).

"Il problema è veramente questo, di stabilire cioè quale sia l'energia giuridica che fa sortire l'effetto di trasformare in produzione di un ordinamento un'attività necessariamente multiforme e composita. Tale energia non può essere puramente normativa ed è perciò giuridica in quanto organizzatoria. È sempre un incontro di competenze, che si ordinano in un certo modo, a seconda degli atti come tipo e come contenuto, a formare un'attività giuridica come produzione di un ordinamento. (...). L'atto sorge da una cooperazione che culmina in un momento organizzatorio di composizione di vari interventi." (pagine 126-127).

E' una descrizione notevole: di che cosa e' fatto il procedimento? Di una successione di atti? No, risponde Berti, è fatto di energia: un'energia cui concorrono le competenze delle amministrazioni, uffici e organi; un'energia - come nelle opere successive Berti ampiamente evidenzia - che origina dalla cooperazione interna all'amministrazione, ma anche dalla cooperazione esterna, dalla composizione degli interessi.

L'idea è quella di un'amministrazione democratica, caratterizzata dall'organizzazione e dalla partecipazione.

La norma dell'art. 11 L. 241 e l'idea alla sua base

Il libro di Berti è del 1961, epoca in cui non solo non c'erano gli accordi disciplinati dall'art. 11 della legge 241, ma – ad esempio - neppure le norme della legge 765/1967 sulle convenzioni di lottizzazione, che sono state in qualche modo il paradigma di tali accordi.

Oggi evidentemente ci si deve misurare con la disciplina posta dal legislatore (l'art. 11 della l. 241, appunto).

In base ad essa, dunque, *"in accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'art. 10"*, intitolato ai diritti dei partecipanti al procedimento, *"l'amministrazione procedente può concludere (...) accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo"*.

Sulla base di tale norma sono dunque delineate le nozioni degli accordi integrativi, con i quali si concorda il contenuto discrezionale del provvedimento; e degli accordi sostitutivi, che prendono il posto del provvedimento finale. Tutto ciò in stretta correlazione con la partecipazione procedimentale, come risulta dal riferimento iniziale alle osservazioni e proposte presentate dei partecipanti al procedimento.

L'idea alla base dell'istituto degli accordi pare in realtà di grande chiarezza e semplicità, ed è resa palese dall'inciso – sempre al co. 1 dell'art. 11 cit. - in base al quale essi possono essere conclusi *"in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse"*.

Vi sono cioè dei casi nei quali l'interesse pubblico può essere meglio perseguito con strumenti consensuali piuttosto che con strumenti autoritativi. Il modello dell'accordo può infatti comportare dei vantaggi oggettivi in ragione del possibile risparmio di tempo e di risorse pubbliche, della prospettiva di una maggiore certezza del rapporto e di un più agevole e sicuro raggiungimento dei risultati perseguiti. L'assetto concordato delle rispettive posizioni può inoltre consentire la prevenzione del contenzioso.

Accordi integrativi e sostitutivi, accordi procedimentali

Accogliendo questa idea di base, dunque, l'art. 11 della legge 241 ha introdotto la generale figura degli accordi integrativi, con i quali si concorda il contenuto discrezionale del provvedimento amministrativo.

Non aveva invece carattere generale la figura degli accordi sostitutivi del provvedimento. Ma la modifica apportata dalla legge 15 del 2005 all'art. 11 della legge 241 - sopprimendo la

limitazione in forza della quale gli accordi possono sostituire il provvedimento finale solo "*nei casi previsti dalla legge*" - ha generalizzato il possibile uso degli accordi sostitutivi (salvo, naturalmente, regole espresse di contenuto contrario).

Rimane quindi da chiedersi se abbia ancora un senso distinguere tra accordi integrativi e accordi sostitutivi: e la distinzione conserva certamente un valore descrittivo, ma non sembra più individuare figure nettamente distinte.

Residua poi qualche incertezza di fondo sulla necessità che l'accordo si inserisca in un procedimento amministrativo.

Guardando al tenore letterale della norma, sembra infatti difficile ammettere che gli accordi dell'art. 11 possano essere conclusi in ogni caso, solo perché hanno un nesso funzionale con l'esercizio di una potestà pubblicistica (della quale essi appunto determinano i contenuti).

Sembra invece più coerente con la formulazione dell'art. 11 ritenere che vi debba essere comunque un legame tra l'accordo e un procedimento amministrativo, e che non si possano stipulare accordi al di fuori di un procedimento già avviato (pur se l'iniziativa del procedimento potrà essere sia del privato, sia della pubblica amministrazione).

La determinazione amministrativa preliminare all'accordo

Fondamentale nella riflessione sugli accordi è la considerazione che essi devono avere alla loro base una determinazione amministrativa preliminare.

Ciò è stato oggetto di una esplicitazione a livello normativo con l'inserimento del comma 4 bis dell'art. 11 a opera della legge 15 del 2005. Dispone tale norma che in tutti casi in cui la pubblica amministrazione conclude accordi "*la stipulazione dell'accordo è preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento*".

La determinazione è evidentemente il luogo nel quale potrà essere contenuta l'indicazione dei motivi per cui la pubblica amministrazione ritiene di procedere con il modulo consensuale (si ricorda, al riguardo, che il comma 2 dell'art. 11 prevede ora espressamente - dopo la modifica apportata dalla legge 190/2012 - che l'accordo debba essere motivato).

E, come logica conseguenza del necessario legame tra determinazione e accordo, la mancanza o l'invalidità della determinazione si riflette sull'invalidità del successivo accordo.

L'inerzia della pubblica amministrazione nell'assumere la determinazione preliminare

La necessità di una determinazione amministrativa preliminare si connette a un problema che - nella pratica - è quanto mai frequente: il problema cioè di individuare quale sia la tutela giudiziaria offerta al privato nel caso di inerzia della pubblica amministrazione nell'adottare o nel negare la determinazione preliminare (venendo in tal modo impedita la conclusione dell'accordo proposto del privato). In sintesi: se propongo un accordo, la pubblica amministrazione deve rispondermi? e se non lo fa, quali rimedi mi sono consentiti?

Una possibile risposta a questa domanda è fornita da una recente sentenza del Tar Veneto, segnalatami dall'amico Dario Meneguzzo. Si tratta della sentenza numero 778 del 2014.

Il caso riguarda una situazione in cui determinate attività (lo stoccaggio e la movimentazione di prodotti diversi da quelli agricoli), in una certa zona territoriale (classificata come D.4 per attività agro industriali), sono consentite dalle norme del piano generale solo previo convenzionamento, il quale è rimesso alla previa valutazione del Consiglio Comunale.

La questione si incentra proprio sul punto in esame.

Si afferma infatti nella sentenza: "*il ricorso verte sostanzialmente sull'esistenza o meno di un obbligo della P.A. di convocare il Consiglio Comunale per deliberare in ordine all'approvazione della convenzione*" proposta dai ricorrenti.

La fattispecie viene correttamente ricondotta all'accordo di cui all'art. 11 della legge 241: *"È evidente (...) che si tratta di attività in cui l'amministrazione è tenuta ad esercitare una potestà eminentemente discrezionale ed inquadrabile nella fattispecie dell'accordo preliminare procedimentale di cui all'art 11 L. 241/ 90."*

Ma, inquadrato il tema, la conclusione del Tar Veneto è radicale: *"Ne consegue l'inammissibilità del ricorso avverso il silenzio inadempimento, poiché per l'amministrazione l'obbligo di provvedere rileva solamente a fronte di un'istanza del privato che implichi l'adozione di un provvedimento autorizzativo e doveroso, che nel caso di specie non sussiste. Infatti si deve escludere l'esistenza di qualsiasi obbligo di provvedere in capo al Comune (...), dato che tale obbligo (...) sussiste tutte le volte in cui vi sia una norma di legge o di regolamento o un atto amministrativo che lo imponga. Nel caso in esame, dato che la previsione delle NTO non è accompagnata da alcuna precisazione circa l'iter procedimentale, non sussiste alcuna norma di legge o di regolamento o qualsiasi atto amministrativo che imponga al Comune (...) di convocare il Consiglio Comunale al fine di deliberare in merito all'approvazione della convenzione"*.

Insomma, la convenzione *"era inevitabilmente finalizzata a recepire il contenuto di valutazioni discrezionali dell'amministrazione"*, e del resto *"non poteva certamente essere sottoposta all'approvazione del consiglio comunale senza l'espletamento di una previa e positiva attività istruttoria"*.

Dunque, *"il privato non ha pertanto, in questo stadio, alcuna legittima aspettativa alla stipula della richiesta convenzione perché il Comune e' al riguardo titolare di un potere discrezionale che incide sia sull'an che sul quid dell'atto richiestogli."*

La conclusione è quindi la più drastica che si possa immaginare. Il ricorso non è infondato, è invece del tutto inammissibile. Non si tratta di uno sbaglio del privato nel formulare la domanda o nell'individuare il giudice a cui rivolgersi; egli non ha proprio nessun diritto ad avere una risposta da parte dell'amministrazione, deve restare in attesa, e non ha nessun giudice cui rivolgersi per porre termine alla sua attesa.

È questa la risposta corretta?

Giorgio Berti direbbe certamente di no.

"Anche il privato che assume l'iniziativa del procedimento esprime l'autorità giuridica di chi pone una domanda e ha diritto di sentirsi rispondere in modo appropriato. Allora si potrà dire che l'autorità espressa dal provvedimento finale è lo specchio dell'autorità insita nell'iniziativa" ("Diritto amministrativo. Memorie e argomenti", CEDAM 2008, pag. 248).

Insomma: l'autorità deve essere distribuita tra le parti, e comincia con la proposta del privato.

I principi del codice civile e le riserve alla loro applicazione

Quanto alla disciplina degli accordi, si oscilla in realtà, sia in dottrina che in giurisprudenza, tra diverse impostazioni.

Il dato di partenza è il comma 2 dell'art. 11 della legge 241: agli accordi *"si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili"*.

La duplice riserva - *"ove non diversamente previsto"* e *"in quanto compatibili"* - stabilita per l'applicazione dei principi (non delle norme, si badi) del codice civile, consente di attribuire alla disposizione significati diversi tra loro.

Un'impostazione marcatamente privatistica accosta l'accordo ad un vero e proprio contratto, e tende dunque a valorizzare le regole codicistiche sulla patologia del contratto, sull'esatto adempimento e sulla risoluzione per inadempimento, nonché - naturalmente - sui termini di prescrizione.

Un'impostazione di carattere pubblicistico muove dalla considerazione che l'accordo è in ogni caso un modello di esercizio in forma consensuale del potere amministrativo; e pone attenzione in particolare agli atti amministrativi successivi, i quali possono essere censurati autonomamente (impugnandoli nei termini decadenziali ordinari), e utilizzando - ove non vengano emessi - la procedura del silenzio rifiuto.

Pare indubbio che questa seconda impostazione trovi più rispondenza nei consueti meccanismi logico giuridici del giudice amministrativo, al quale spetta la giurisdizione esclusiva al riguardo.

Sotto tale profilo, la giurisdizione costituisce un aspetto di particolare importanza. Deve invero ricordarsi che in tema di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi di cui all'art. 11 e degli accordi fra pubbliche amministrazioni di cui all'art. 15 della legge 241, esiste un'ipotesi specifica di giurisdizione esclusiva, caratterizzata dall'essere definita non per materia ma per tipologia dell'attività.

Tale previsione è ora posta dell'art. 133, comma 1, lett. A), n. 2 del decreto legislativo 104 del 2010 (codice del processo amministrativo), norma nella quale è stato trasfuso l'originario quinto comma dell'art. 11 della legge 241.

La tutela del privato che contrae con la pubblica amministrazione

Soprattutto va rilevato che - nella disciplina degli accordi di cui all'art. 11 - aspetto fondamentale è la tutela di chi contrae con la pubblica amministrazione.

Al riguardo, non vi è dubbio che al privato sia attribuita una tutela risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione nell'ipotesi di violazione degli accordi; né vi è dubbio che possa comunque farsi valere la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 1337 del codice civile.

Caratteristico degli accordi della pubblica amministrazione è peraltro l'istituto del recesso (che nulla ha a che vedere con la violazione degli accordi).

Dispone sul punto il comma 4 dell'art. 11 della legge 241 che *"per sopravvenuti motivi di pubblico interesse l'amministrazione recede unilateralmente dall'accordo, salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione dell'indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato."*

La generale previsione della facoltà di recesso della pubblica amministrazione è l'evidente manifestazione del potere amministrativo coinvolto nella negoziazione: potere amministrativo che è inesauribile, e che quindi può giustificare la scelta della parte pubblica di sciogliersi dall'accordo ove sopravvengano alla sua conclusione ragioni prevalenti di interesse pubblico.

Quanto a tale aspetto, il recesso in realtà finisce per sovrapporsi all'atto di revoca della determinazione amministrativa preliminare all'accordo (pur se la sovrapposizione è comunque problematica, specie perché la revoca è consentita - in base alla generale previsione dell'art. 21 quinquies, co. 1, l. 241 - non solo nelle ipotesi di sopravvenuti motivi di interesse pubblico, ma anche nelle ipotesi di *"nuova valutazione dell'interesse pubblico originario"*, e ciò rischia di ampliare - rispetto ai soli sopravvenuti motivi interesse pubblico - il campo delle ipotesi di recedibilità da parte della pubblica amministrazione, e dunque di incidere sulla tendenziale irretrattabilità dell'accordo).

Ne deriva peraltro che, in conseguenza di tale sovrapposizione con il potere di revoca, non può sostenersi che alla pubblica amministrazione spetti un potere di recedere dagli accordi esercitabile senza vincoli di forma; e si deve invece ritenere che la scelta di recedere vada accompagnata dalle garanzie procedimentali consuete (dalla comunicazione di avvio del procedimento, alla motivazione, alla censurabilità avanti a un giudice).

La misura dell'indennizzo, infine, non potrà che essere quella definita dall'art. 21 quinquies, co. 1 bis, della legge 241 (riferito alle ipotesi di revoca di un amministrativo che incida su rapporti negoziali): si tratterà dunque dell'indennizzo del solo danno emergente. Fermo restando, naturalmente, che ove il recesso sia illegittimo la pubblica amministrazione sarà tenuta all'integrale risarcimento del danno subito dalla sua controparte.

Tali affermazioni non paiono affatto superate dalla recente adunanza plenaria del Cons. Stato n. 14 del 2014 - che esclude sì la possibilità di revoca degli atti amministrativi alla base del contratto una volta stipulato quest'ultimo - ma con riferimento al procedimento di affidamento di lavori pubblici, e ciò in forza della speciale disciplina posta per tali contratti con l'attribuzione del diritto potestativo regolato dall'art. 134 del codice dei contratti pubblici; ipotesi, dunque, ben diversa da quella degli accordi ex art. 11 l. 241 ora in esame.

Gli accordi e il pregiudizio dei terzi

In questa veloce panoramica sui contenuti dell'art. 11 della legge 241, si deve inoltre ricordare l'inciso contenuto al comma 1 in base al quale l'amministrazione può concludere accordi *"senza pregiudizio dei diritti dei terzi"*.

Il tema della tutela dei terzi rispetto all'accordo è particolarmente delicato, e su di esso tornerò più oltre.

Ma merita fin d'ora di essere riferita la riflessione di Pierluigi Portaluri, il quale ben evidenzia come gli accordi siano un elemento positivo solo in un sistema in cui il procedimento amministrativo sia aperto alla partecipazione; mentre paradossalmente, in un sistema privo di forti garanzie procedimentali, gli accordi - anziché costituire un fatto positivo - determinano invece un abbassamento del livello di giuridicità dell'ordinamento.

Il passaggio è tratto da *"Potere amministrativo e procedimenti consensuali"*, Giuffrè 1998: (esemplare sempre proveniente dalla biblioteca del prof. Domenichelli, con dedica autografa dell'Autore).

"Non è difficile immaginare, infatti, che soltanto coloro i quali dispongano di capacità 'metagiuridiche' di pressione sull'apparato, tali da costringerlo a dismettere il ricorso a strumenti unilaterali di regolazione degli interessi, possano per questa via ottenere (o addirittura imporre) una definizione concordata della fattispecie reale" (pag. 29-30).

"In altri termini, quanto maggiore è il grado di apertura del procedimento nei confronti della libera introduzione degli interessi da parte dei soggetti coinvolti, così da colmare eventuali lacune dell'attività conoscitiva svolta motu proprio dalla P.A., tanto più munito sarà l'ordinamento dal rischio che le concrete modalità di definizione consensuale della vicenda occultino l'intento di accondiscendere alla soddisfazione, oltre il lecito o comunque l'opportuno, di posizioni sostanziali private metagiuridicamente egemoni" (pag. 32-33).

Gli accordi dell'art. 11 e il complesso della legge 241

Il rapporto dunque tra gli accordi di cui all'art. 11 e il complessivo impianto della legge 241 va valutato con attenzione, perché gli accordi devono rapportarsi all'intero sistema delle garanzie procedimentali.

Come è noto, la legge 241 è il frutto del lavoro della commissione presieduta da Mario Nigro; frutto in qualche modo inciso dal potere politico dell'epoca.

Non potendo sciogliere tutti i nodi dell'attività amministrativa, la commissione si concentrò particolarmente sugli accordi procedimentali, manifestando un vero e proprio "favor" per la consensualità, per ragioni di accelerazione dei tempi ma anche per dare stabilità ai rapporti definiti consensualmente. Rispetto al disegno della commissione Nigro, l'istituto degli accordi venne certamente ridotto nella sua portata quando si decise di circoscrivere gli accordi

sostitutivi ai soli casi previsti dalla legge (limitazione che, come si è detto, è ora venuta meno).

Ma è l'intera legge 241 ad essere l'espressione della volontà di delineare un sistema procedimentale aperto, in cui la scelta finale è il risultato del momento partecipativo.

Non vi è dubbio che la legge 241 presenta (tuttora) gravi lacune, forse in parte inevitabili, quali conseguenze del tentativo di comprendere l'intero mondo delle pubbliche amministrazioni.

A parte però ogni possibile rilievo, conta che sia stato affermato nella legge, in coerente rapporto con i suoi complessivi contenuti, il principio della negoziabilità del potere discrezionale della pubblica amministrazione. Conta cioè il riconoscimento esplicito e sistematico della possibilità che il potere discrezionale divenga oggetto di atti di disposizione negoziale.

Gli accordi sono contratti di diritto pubblico?

L'art. 11 della legge 241 costituisce dunque la disposizione generale in tema di accordi con la pubblica amministrazione in relazione all'esercizio della potestà di quest'ultima.

Con riferimento a tali accordi sembra farsi strada il riconoscimento nella giurisprudenza della nozione dottrinale, assai risalente nel tempo, dei contratti di diritto pubblico.

Assai significativa in tal senso pare una recente e ben articolata sentenza del Tar Puglia, la numero 899 del 2013.

Esaminando un accordo di programma concluso ai sensi dell'art. 34 del testo unico degli enti locali, la sentenza ne evidenzia anzitutto la riconducibilità al "genus" degli accordi tra pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 15 della legge 241. E, procedendo ulteriormente nel ragionamento, la sentenza individua lo stretto legame tra gli accordi tra pubbliche amministrazioni e gli accordi di cui all'art. 11 della legge 241.

Ad avviso del Tar *"tali accordi, a ben vedere, non sono negozi di diritto privato, bensì contratti ad oggetto pubblico per i quali non a caso sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo"*.

"Si tratta", prosegue il Tar, "di una innovativa modalità di esercizio del potere amministrativo attuato attraverso un modulo bilaterale consensuale. Tuttavia, la potestà esercitata rimane pubblica, e quindi, istituzionalmente funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico di cui è titolare l'amministrazione e soggetta alle regole generali dell'attività amministrativa, in parte diverse da quelle che disciplinano l'attività contrattuale privatistica."

(...) "L'amministrazione nella conclusione di tali accordi, diversamente dalla parte privata, non esercita alcuna autonomia privata (...), bensì un potere unilaterale non privatistico."

L'art. 11 legge 241/ 1990 codifica gli accordi in esame, che consentono ai privati di essere pienamente coinvolti nell'esplicazione della funzione amministrativa e di concorrere al perfezionamento del regolamento di interessi in un'ottica di democratizzazione dei processi decisionali".

(...) "A prescindere dalla qualificazione formale, gli accordi ex art 11 legge n. 241/1990 non sono da un punto di vista sostanziale contratti di diritto privato, bensì di diritto pubblico sussistendone gli elementi caratterizzanti: esercizio di un potere amministrativo; preordinazione al perseguimento dell'interesse pubblico; radicamento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in ordine alle relative controversie".

Le altre ipotesi: i contratti a evidenza pubblica; i contratti accessivi a provvedimenti

Naturalmente la figura degli accordi di cui all'art. 11 della legge 241 dev'essere distinta da tutta una serie di altre ipotesi consensuali.

È appena il caso di ricordare che completamente diversa è la figura del c.d. contratto ad evidenza pubblica: fattispecie a doppio stadio, come tradizionalmente si insegna, nella quale alla decisione amministrativa (sugli obiettivi perseguiti, sui contenuti del contratto, sulla scelta del contraente) fa seguito la stipulazione di un contratto regolato dal diritto civile (e ovviamente dalle norme speciali che lo riguardano). L'evidente diversità rispetto agli accordi dell'art. 11 si riflette sulla giurisdizione: dopo la stipulazione del contratto ad evidenza pubblica vi è un cambio di giurisdizione, dal giudice amministrativo a quello ordinario, che non si pone invece negli accordi ex art 11.

Diversa è anche l'ipotesi, secondo le tradizionali definizioni, del contratto accessivo a provvedimento amministrativo. Ipotesi anch'essa caratterizzata da una doppia fase, con un atto amministrativo unilaterale rispetto al quale si pone in posizione accessiva un contratto di diritto comune (concessioni-contratto).

La differenza di entrambe tali figure rispetto agli accordi dell'art. 11 della legge 241 è strutturale: in entrambi i casi ora ricordati l'atto amministrativo viene prima, o contestualmente, rispetto alla regolamentazione consensuale; e non interviene invece dopo l'accordo, né tanto meno come effetto dell'accordo (ciò che invece caratterizza la figura dell'art. 11 della legge 241).

Le ipotesi di accordi ex art. 11 legge 241

Se quelle appena ricordate sono ipotesi certamente non riconducibili agli accordi di cui all'art. 11, si pone il problema di capire quali fattispecie siano invece quelle comprese nel dato normativo.

Un'ipotesi che sembrava paradigmatica degli accordi sostitutivi del provvedimento è quella della cessione volontaria di beni nell'ambito dei procedimenti di espropriazione per pubblica utilità.

Tale affermazione, che implica evidenti conseguenze in tema di giurisdizione, è però ora al centro di una contrapposizione tra la giurisprudenza del Consiglio di Stato e quella della Corte di Cassazione: cosicché, mentre il primo conferma la conclusione della riconducibilità della cessione volontaria all'art. 11 della legge 241 (Consiglio di Stato, sentenza n. 4179/2013), la Suprema Corte invece esclude che la cessione volontaria rientri nel "genus" dell'accordo ex art 11 (Cassazione, sentenza 24687/2010). Contrapposizione che, pur generando le consuete incertezze sul riparto della giurisdizione (lesive della tutela giudiziaria dei privati nei confronti della pubblica amministrazione), vede i giudici amministrativi di primo grado spesso allineati alla Cassazione (cfr. ad es. Tar Campania, Salerno, n. 504/2014; Tar Puglia, Lecce, n. 1545/2014; Tar Molise, n. 354/2011).

Non rientrano invece nelle fattispecie dell'art. 11 le concessioni di beni demaniali: cfr., ad esempio, Tar Veneto, sentenza n. 128 del 2014: *"il tentativo di ricondurre le concessioni nell'ambito della disciplina degli accordi di cui all'art 11 della legge numero 241 del 1990, così da svuotare di ogni aspetto autoritativo il fenomeno concessorio, non è mai stato recepito dalla giurisprudenza amministrativa, confortata in tale senso anche dell'autorevole opinione della Corte Costituzionale (Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 204)"*.

Un'ipotesi certamente ricondotta all'art. 11 è ad esempio quella delle convenzioni prodromiche al rilascio dell'autorizzazione ex art 12 del DPR 387 del 2003 per gli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili (cfr. in tal senso Consiglio di Stato, sentenza n. 5000 del 2013).

Gli accordi urbanistici e la loro riconducibilità all'art. 11

Ma, naturalmente, il campo nel quale maggiormente acquistano rilievo gli accordi procedurali è quello urbanistico.

L'affermazione potrebbe sembrare paradossale, dal momento che l'art. 13 della legge 241 espressamente prevede che le disposizioni in materia di partecipazione al procedimento, ivi compreso l'art. 11, *"non si applicano nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione"*.

Ma tale disposizione non è mai sembrata preclusiva della riconducibilità agli accordi dell'art. 11 delle convenzioni di lottizzazione, che anzi hanno un ruolo di grande importanza nella emersione della problematica degli accordi. Sul punto si è affermato che la limitazione posta dall'art. 13 della legge 241 riguarderebbe esclusivamente i provvedimenti di pianificazione generale, espressione di scelte politiche, non invece i piani di lottizzazione (cfr ad es. Cass., 15.12.2000, n.1262); ma certamente la ragione principale ad evitare ogni dubbio è che le convenzioni di lottizzazione sono espressamente previste da *"particolari norme"*, non ponendosi dunque alcun problema né in ordine alla possibilità della loro conclusione né in ordine alla loro assimilabilità all'art. 11.

Cfr. ad esempio Tar Veneto, sentenza 324 del 2013: *"la giurisprudenza è ormai concorde nell'inquadrare la convenzione di lottizzazione negli accordi sostitutivi del provvedimento di cui all'art. 11 della legge 241/1990 (...)"*.

Tali accordi, inserendosi nell'alveo dell'esercizio di un potere, ne mutuano le caratteristiche e la natura (...). La lottizzazione costituisce quindi esercizio consensuale di un potere pianificatorio che sfocia in un progetto e in una serie di disposizioni urbanistiche generanti obbligazioni o oneri...".

Gli accordi "a monte" della pianificazione generale

Ma, in quest'ultima parte del mio intervento, non intendo soffermarsi sulle convenzioni di lottizzazione, per le quali in realtà ogni cosa è - di regola - già determinata dalle prescrizioni del piano urbanistico generale (dalle volumetrie, alle destinazioni d'uso, agli standard).

Quel che pare di maggior interesse sono invece gli accordi per così dire "a monte" delle prescrizioni urbanistiche generali, piuttosto che gli accordi "a valle". E' con riferimento agli accordi "a monte" che infatti ci si deve confrontare con temi di portata generale, quali l'imperatività e la discrezionalità delle scelte urbanistiche e con i principi di legalità, imparzialità e trasparenza dell'amministrazione.

Il tema è dunque quello degli accordi di pianificazione.

Uso questo termine perché, pur potendosi in generale riferire agli accordi urbanistici "a monte" di cui parlavo, ha anche un riscontro normativo nella legislazione regionale veneta, che prevede appunto tali accordi all'art. 6 della L.r. 11 del 2004, definendoli come volti *"ad assumere nella pianificazione proposte di progetti ed iniziative di rilevante interesse pubblico"* (co. 1) e stabilendo che, per quanto non disciplinato, *"trovano applicazione le disposizioni di cui all'art. 11, co. 2 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241"* (co. 4).

La giurisprudenza amministrativa non dubita della riconducibilità degli accordi di cui all'art. 6 della L.r. 11 del 2004 agli accordi dell'art. 11 della legge 241. Vedi al riguardo Tar Veneto 1393 del 2013, nonché - analogamente - 419 del 2014.

In particolare, la sentenza 1393 del 2013, con riferimento all'accordo di pianificazione dell'art. 6 della legge urbanistica regionale, così afferma: *"l'accordo in questione ha natura di accordo procedimentale, ai sensi dell'art. 11 della legge 241/1990 richiamato dal comma 4" - dell'art. 6, ndr - "della L.r. n.11/2004, ed in particolare di accordo integrativo di provvedimento" (...)*.

"Tale tipo di accordo, a differenza degli accordi sostitutivi, esaurisce la sua funzione nel momento in cui viene recepito dallo strumento pianificatorio, nella fattispecie dal P.a.t.. Da tale momento in poi varrà la previsione programmatica del P.a.t., recettiva e sostitutiva dell'accordo".

Tale affermazione è compiuta dal giudice veneto al fine di statuire che, in caso di difformità tra la previsione del P.a.t. e l'accordo, il privato ha l'onere di impugnare il provvedimento difforme. Essa peraltro non sembra del tutto vera nella absolutezza con cui è formulata. L'accordo comporta non solo la determinazione dei contenuti della scelta pianificatoria, ma anche l'assunzione di impegni da parte del privato. Se il privato non vi adempie, si pone il problema - delicato e ben noto nella prassi - di definire la sorte delle previsioni urbanistiche che sono state poste in essere sulla base di quegli impegni.

Gli accordi "a monte" e il problema della misura dell'interesse pubblico

Quest'ultima parte del mio intervento intende dunque passare rapidamente in rassegna alcuni dei problemi principali posti da questo tipo di accordi urbanistici.

Il primo è quello dell'interesse pubblico coinvolto nell'accordo.

Ricordo, ad esempio, che alla stregua della disposizione regionale citata gli accordi di pianificazione devono rispondere a un *"rilevante interesse pubblico"*.

Ma, nella valutazione concreta da parte delle pubbliche amministrazioni, quale interesse pubblico giustifica l'accordo? Quanto "rilevante" deve essere tale interesse pubblico?

Prendo le mosse sul punto da un passo tratto da *"Il nuovo procedimento amministrativo - commentario coordinato della legge 241/1990"*, edito da Maggioli nel 2005, nel quale il commento all'art. 11 è redatto da Tiziano Tessaro (relatore domani a questo convegno) e da Maurizio Lucca.

il dato di partenza è la *"considerazione che gli effetti giuridici prodotti dall'accordo si ripercuotono sul patrimonio proveniente dal denaro pubblico, dovendosi predisporre una procedura amministrativa liberalizzata che deve seguire un percorso logico funzionale capace di esprimere le ragioni della scelta"* (pag. 653).

"In altri termini" - prosegue il commento - *"ogni accordo disciplinato dal comma 1 dell'art. 11 della legge 241/1990 deve essere preceduto da una specifica determinazione (procedimentalizzata) che imponga una sorta di titolarità di obbligarsi non solo di competenza del responsabile del procedimento, ma anche per il soggetto titolare delle competenze finali (...), trovando una sua legittimazione (motivazione) in base al pubblico interesse, parametrato ai criteri prestabiliti dall'amministrazione procedente"* (pag. 654) Si tratta di una frase che, nel riferimento alla parametrizzazione dell'interesse pubblico secondo criteri prefissati, evidenzia il problema e nello stesso tempo induce a riflettere sugli equivoci e sulle distorsioni che nella pratica si sono verificati al riguardo.

Come va misurato l'interesse pubblico di un accordo di trasformazione urbanistica? solo attraverso criteri prestabiliti e parametri?

È noto che molti Comuni, e nel Veneto moltissimi, si sono dotati, sia all'interno dei loro strumenti di pianificazione urbanistica sia all'esterno di essi, di parametri economici precisi con i quali misurare la proposta di accordo urbanistico del privato; di "tariffe", come mi è recentemente capitato di sentire in un incontro pubblico (pure se espresse non necessariamente in denaro, ma in percentuale di volumi o di aree o in finanziamenti di opere pubbliche).

Il difetto dei parametri come misura dell'interesse pubblico

Il riferimento a questo tipo di parametri, specie nell'applicazione rigida che ne è fatta, non è in realtà corretto: si ripercuote evidentemente sulla discrezionalità del potere pubblico nel valutare in concreto quale sia l'interesse pubblico urbanistico da perseguire nelle scelte edificatorie concordate.

Finisce cioè per risultare preminente rispetto alla valutazione urbanistica dell'intervento, e finanche logicamente precedente ad essa, la valutazione dell'amministrazione in merito al rispetto di quei parametri economici. E viene così sostanzialmente incisa la discrezionalità dell'amministrazione nell'esercizio di un potere pianificatorio che, nel valutare la proposta di accordo, deve tener conto delle esigenze del territorio e della complessiva rispondenza ad esse delle proposte pervenute.

Insomma, dal punto di vista dell'amministrazione, la considerazione di quanto essa deve in ogni caso conseguire in termini di utilità economica per poter accogliere la proposta del privato non può prevalere sulla considerazione di quello che si consente di realizzare (come intervento urbanistico che rimarrà ad incidere sul territorio comunale nei decenni...).

Le riflessioni della giurisprudenza

La giurisprudenza fornisce al riguardo qualche interessante riflessione critica.

Significativa, in particolare, è la recente sentenza del Consiglio di Stato n. 616 del 2014 relativa al Comune di Oderzo, nel Trevigiano, che ben chiarisce come non sia consentito ai Comuni di conseguire ciò che è loro utile, cioè la realizzazione o il finanziamento di opere pubbliche, separandolo da ciò che è dannoso, cioè dal carico urbanistico indotto dall'ulteriore intervento assentito.

Afferma tale pronuncia che non possono essere conclusi accordi per conseguire opere che non hanno alcun collegamento con l'intervento assentito. Non è dunque possibile far dipendere la valutazione positiva di una trasformazione urbanistica dal finanziamento di un'opera qualsiasi tra quelle indicate nel programma triennale delle opere pubbliche. Nella specie, non è legittimo assentire la realizzazione di un centro commerciale in una parte del territorio comunale a fronte della realizzazione di una piazza in altra parte del territorio comunale.

Ove si perda il collegamento tra intervento richiesto e opere realizzate, evidenzia la pronuncia che si determinano effetti perversi: mentre in una determinata area del territorio comunale vi potrà essere, con la realizzazione dell'opera, un miglioramento della situazione esistente, in un'altra area *"avrà luogo un parallelo peggioramento della qualità di vita"*.

Qualche anno prima della sentenza su Oderzo, rilevante, sempre in ambito veneto, è stata la vicenda giudiziaria sul caso Ponterotto.

Ponterotto è una frazione del Comune di Padova nella quale era stato presentato un Piruea (programma integrato di riqualificazione urbanistica, edilizia e ambientale) ai sensi della legge regionale veneta 23 del 1999 (sostanzialmente un programma integrato basato su un accordo di programma).

Nel valutare la legittimità degli atti approvativi di tale intervento, il Tar Veneto, con la sentenza n. 1597 del 2007, si era spinto a una minuziosa valutazione delle poste in gioco: *"non pare azzardata la conclusione che ci si trova, nel caso, al cospetto di un intervento orientato al vantaggio delle imprese promotrici (vale a dire del loro intento speculativo) - come si sostiene nel ricorso - con l'unico vantaggio per l'interesse pubblico della realizzazione di 36 appartamenti midi lasciati per 15 anni al Comune perché li destini a edilizia residenziale pubblica"*.

Il Consiglio di Stato, con la sentenza 2985/2008, ha invece riformato la sentenza di primo grado cambiando la prospettiva di valutazione dell'intervento: *"non è sulla base di un rapporto*

meramente quantitativo che può valutarsi la rispondenza o meno all'interesse pubblico della scelta di ricorrere al Piruea, dovendo piuttosto considerarsi se gli interventi di nuova edificazione (maggioritari o minoritari che siano) siano funzionali agli obiettivi generali di carattere pubblico".

Le ragioni della fortuna delle "tariffe"

Si comprende bene, naturalmente, che vi sono delle ragioni oggettive che inducono le amministrazioni a fissare le "tariffe".

Si tratta di evitare disuguaglianze, e rischi per gli amministratori in situazioni che spesso sono difficili da valutare: se vi sono trattamenti diseguali, è evidente il pericolo che si pensi alla volontà di favorire o sfavorire taluno.

Se tutto ciò è ben comprensibile, ugualmente gli esiti di un tal modo di procedere non sono accettabili. Gli interventi urbanistici rilevanti non si misurano con le tariffe ne' con le tabelle.

Per fare un esempio, certo azzardato ma utile a rendere l'idea, pensiamo a Bilbao.

Bilbao è una città portuale spagnola non particolarmente seducente, ma è diventata un'attrazione turistica mondiale. C'è infatti il museo Guggenheim, opera di Frank Gehry. In realtà, non si sa neanche bene cosa ci sia dentro, ma non importa: l'attrazione è il museo in sé.

Ora, se una cosa è evidente, e' che un intervento come il museo di Gehry non lo si fa con le tabelle.

Al posto delle "tariffe": la responsabilità, la trasparenza e la partecipazione

Tariffe e tabelle non devono essere un armamentario usato dagli amministratori per limitare la propria responsabilità nel compimento di scelte discrezionali di pianificazione consensuale.

Il concetto che deve essere centrale è dunque quello dell'assunzione di responsabilità (evidentemente, da parte degli amministratori, più che da parte degli uffici).

Alla base di tutto, deve esservi un'assunzione consapevole di responsabilità nel compimento di scelte urbanistiche che sono sì ampiamente discrezionali, ma che devono essere fatte con grande trasparenza e dando ad esse una adeguata pubblicità preventiva.

Il tema dell'interesse pubblico dell'accordo si lega dunque al tema della responsabilità, e quest'ultimo si connette a sua volta al tema della trasparenza e della partecipazione procedimentale nella formazione degli accordi urbanistici.

Le amministrazioni dovrebbero garantire sulle proposte di accordi urbanistici le più ampie forme di partecipazione, anche attraverso meccanismi di confronto e di dibattito pubblico.

La partecipazione sulla proposta di accordo, non sul piano che recepisce l'accordo

Non è certo sufficiente - ne' alla tutela dei terzi, ne' a fornire all'amministrazione adeguati elementi di valutazione - quella modesta e risalente forma di partecipazione costituita dalla possibilità di presentare osservazioni sul piano urbanistico adottato (ex art 9 l.u.). Una partecipazione cioè assai limitata, che interviene quando già l'amministrazione ha definito una propria volontà sulla proposta di accordo.

Per avere un autentico significato, la partecipazione deve intervenire sulla proposta di accordo, per consentire la valutazione dei termini di essa, e dunque la rispondenza dei suoi contenuti alle specifiche esigenze del territorio sul quale l'intervento dovrà essere compiuto, anche consentendo la prospettazione di proposte alternative.

Sotto questo profilo, lo stesso art. 6 della legge regionale veneta 11 del 2004 appare censurabile, giacché si limita a prevedere che l'accordo è soggetto alle medesime forme di pubblicità e di partecipazione dello strumento di pianificazione cui accede.

Scrivo giustamente al riguardo Sergio Moro, "Gli accordi a monte delle prescrizioni urbanistiche: spunti di riflessione", in Rivista giuridica di urbanistica n. 3/4 del 2010:

"Sembra quasi che il legislatore veneto abbia, per così dire, dimenticato l'insuperabile insegnamento del Benvenuti il quale evidenzia come la partecipazione costituisce un mezzo per realizzare 'l'elevazione del cittadino a co-amministrante'."

La prassi di stipulare l'accordo solo dopo la variazione del piano

Se poi, come talvolta accade, non vi è nemmeno l'accordo, la trasparenza e la possibilità di partecipazione sono ancora minori.

L'art. 6 della L.r. 11 del 2004 prevede una precisa sequenza: prevede cioè che l'accordo sia *"recepito con il provvedimento di adozione dello strumento di pianificazione"*, il che evidentemente implica che - prima di essere recepito - l'accordo venga stipulato.

Nella realtà la sequenza può essere però diversa. Ad una proposta unilaterale che assume la forma dello schema di accordo sottoscritto unilateralmente dal privato, può far seguito la semplice presa d'atto da parte dell'amministrazione comunale, spesso espressa dall'organo giuntale senza alcuna esplicita accettazione della proposta. Quel che poi segue sono sostanzialmente dei "fatti concludenti": l'approvazione di una pianificazione urbanistica con esattamente gli stessi contenuti della proposta di accordo presentata dal privato. Solo dopo l'approvazione del piano interviene poi la formale sottoscrizione dell'accordo, che però a quel punto è successivo, e dunque non ha più come contenuto la scelta pianificatoria, ma i soli impegni a carico dal privato proponente.

Una tale sequenza procedimentale presenta profili di dubbia legittimità, sia per la sua difformità rispetto alla fattispecie prevista dall'art. 6 della L.r. 11, sia per il suo contrasto con l'art. 11 della legge 241 (si pensi ad esempio all'assenza di una forma scritta della stipulazione dell'accordo); e presenta altresì profili di assai scarsa trasparenza.

L'utilità di regole procedurali sulla proposta di accordo

In realtà, più che fissare i parametri economici per controllare la rispondenza all'interesse pubblico delle proposte di accordi urbanistici, le amministrazioni (e il legislatore) dovrebbero disciplinare il procedimento di valutazione e approvazione di tali proposte, garantendo in tale fase un'adeguata partecipazione.

Ed è appena il caso di ricordare l'opportunità che le proposte di accordi urbanistici, anziché intervenire in modo estemporaneo e diffuso sull'intero territorio comunale, siano in qualche misura prefigurate dalla stessa pianificazione generale. Con riferimento ad esempio ad aree considerate di particolare rilievo, potrà essere prevista fin dal livello pianificatorio generale la possibilità che più operatori presentino diverse proposte di accordo tra le quali operare un confronto concorrenziale (confronto che dovrà, naturalmente, essere condotto sul progetto urbanistico, e non sulle specifiche utilità ritraibili dall'amministrazione comunale).

Insomma, non può certo essere positivo il giudizio su quel che accade *"parcellizzando le decisioni in accordi relativi a singole aree, più o meno limitate, se non addirittura trattando con singoli proprietari"* (Stella Richter, in "Le nuove frontiere del diritto urbanistico", a cura di Urbani, Giappichelli 2013).

La perequazione urbanistica

Nel Veneto, come in realtà in tutta Italia, la problematica della determinazione dell'interesse pubblico idoneo a giustificare una trasformazione urbanistica richiesta del privato si riconnette alla formula della "perequazione urbanistica".

Non sto naturalmente parlando della perequazione in senso tradizionale, quella tra proprietari di aree contigue, quale ad esempio disciplinata nel Veneto dall'art. 35 della L.r. 11 del 2004.

Mi riferisco invece a quelle regolamentazioni urbanistiche che prevedono che il privato ceda all'amministrazione una parte dell'utilità che acquisisce per effetto della trasformazione urbanistica della sua area in conseguenza delle scelte della pianificazione generale.

Mi riferisco cioè a quelle norme - che nel Veneto sono contenute nei P.a.t. e nei P.i. - che prevedono che una quota parte del vantaggio economico ritraibile dal proprietario delle aree dopo la trasformazione urbanistica debba in qualche modo ritornare (in aree, immobili, opere o denaro) all'amministrazione che ha compiuto la scelta urbanistica produttiva di quel vantaggio.

E, nel fornire il quadro della situazione, meritoria nel Veneto è la ragionata e completa rassegna di tali previsioni nella pianificazione degli enti locali compiuta da Roberto Travaglini (*"Tu chiamale, se vuoi, perequazioni"*, su Venetoius.it)

Il problema è qui - com'è evidente - la compatibilità di tali disposizioni con l'art. 23 della Costituzione, in forza del quale nessuna prestazione può essere imposta se non in base alla legge: appunto, continua a mancare a tutt'oggi una specifica norma di legge che giustifichi simili previsioni.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato: l'equivoco della "facoltatività"

La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha finora "salvato" simili previsioni (anche se un importante sviluppo si è ora avuto con la sentenza 616 del 2014, sul caso Oderzo, sopra richiamata).

Mi riferisco in particolare alla sentenza del Consiglio di Stato n. 4545 del 2010 relativa al PRG di Roma. Alcune disposizioni di quest'ultimo prevedevano che a una edificazione minima potesse aggiungersi un'edificazione ulteriore se i proprietari avessero assunto obblighi perequativi per la cessione di una quota parte del vantaggio economico connesso a tale "surplus" edificatorio.

Ciò che, nella pronuncia del Consiglio di Stato, ha consentito di concludere per la legittimità di queste previsioni è stata la natura facoltativa dell'edificazione ulteriore: *"è proprio la natura facoltativa degli istituti perequativi, nel senso che la loro applicazione è rimessa a una libera scelta degli interessati, a escludere che negli stessi possa ravvisarsi una forzosa ablazione della proprietà nonché (...) che si tratti di prestazione patrimoniale imposta in violazione della riserva di legge ex art 23 Cost."*

Sul punto, devo all'amico Giuseppe Piva la chiarezza di un concetto: una prestazione ben può essere imposta anche se ha la forma di un accordo.

Concetto fatto proprio dalla Corte Costituzionale, la quale riconduce all'art. 23 della Costituzione anche prestazioni che pur hanno funzione di corrispettivo quando per i caratteri e il regime dell'attività resa, sia pure su richiesta del privato, appare prevalente l'elemento dell'imposizione legale (Cfr. Bigolaro – G. Piva, "Perequazione urbanistica e art 23 della Costituzione: la necessità di una norma di legge statale", in *Rivista di diritto tributario* 5/2013, ove si afferma: *"appare inadeguato il percorso motivazionale seguito dal supremo consesso di giustizia amministrativa, laddove ritiene si debbano escludere da tale nozione"* - di prestazione patrimoniale imposta, ndr – *"gli oneri patrimoniali correlati agli accordi perequativi per il solo fatto che la loro fase genetico-costitutiva troverebbe il suo alveo in accordi di natura pattizia"*).

Insomma, non basta dare alle cose la forma di accordi perché siano accordi in senso sostanziale: forma e sostanza, in tema di accordi, sono due entità ben diverse.

Berti, una conclusione: il procedimento è confronto paritario degli interessi

Ho iniziato citando il pensiero di Giorgio Berti, concludo questa relazione con Giorgio Berti. Il libro che ho citato all'inizio e' del 1961 (e' il primo libro di Berti).

Passano gli anni, arriva la legge 241, gli accordi vengono disciplinati normativamente, si evidenziano prospettive e problemi.

Giorgio Berti muore nel 2007.

L'ultima sua opera, pubblicata postuma, è *"Diritto amministrativo. Memorie e argomenti"* (CEDAM 2008). Gli accordi restano centrali nella sua riflessione: *"Se il procedimento vuole essere partecipazione, esso va costruito in modo da contenere un conflitto nella previsione del suo superamento: questo superamento è l'evento giuridico a cui le parti sono ugualmente interessate (...). L'atto che ne risulterà alla fine conterrà non l'autorità invisibile del potere, ma l'accettazione razionale della regola giuridica che vuole che gli interessi contrapposti si pongano nell'equilibrio necessario al loro componimento in ragione del risultato perseguito."* (op cit., pag. 248)

Avevamo tratto le mosse dalla riflessione di Berti su che cosa ci sia negli apparenti vuoti all'interno del procedimento.

Forse la risposta è in questo periodo: *"la fase mediana tra iniziativa e atto finale è occupata dal confronto degli interessi condotto sulla base dei fatti. E questo confronto deve essere paritario, così come si conviene a ogni vera procedura"* (l'eco di Feliciano Benvenuti è forte).

"Ciò è tanto vero che, secondo la L. n. 241/1990 sul procedimento, la procedura ha come sbocco naturale la convenzione o l'accordo. Si può dire allora che il colloquio condotto fra parti uguali si trasfonde comunque nell'atto finale, anche se questo non ha la specie giuridica del contratto".

La visione di Giorgio Berti è peraltro assai realistica, e anzi fortemente negativa nella valutazione della realtà dell'amministrazione.

"Il tentativo (ancora così si può chiamare nonostante che sia vigente dal 1990 una legge sulla procedura amministrativa, la L.n. 241/1990) di portare il cittadino al livello del potere pubblico facendolo partecipare alla formazione degli atti delle pubbliche amministrazioni non è che un'ennesima riprova della perdurante situazione di debolezza di colui che viene colpito da un'iniziativa pubblica (...). Il procedimento non conferisce nulla alle posizioni soggettive, che rimangono tali e quali erano; migliora la legalità formale, non la capacità del singolo. Migliorando una legalità tutta basata sulla sottomissione del cittadino, aumenta anzi questa sottomissione ...) Ciò è tanto vero che gli istituti che vengono in qualche modo evocati o delineati nella legge 241 del 1990, anche se nell'esprimersi l'amministrazione applica le norme di questa legge, non trovano che una pallida rispondenza negli atti compiuti." (Op. cit., pag. 313, 314).

Questi ultimi passaggi sono davvero cupi. Sotto questo profilo, la modernità del pensiero di Berti non ne implica affatto l'ottimismo, ma la consapevolezza critica.

Il senso, però, è che gli accordi rimangono - nella sua riflessione - un barlume di speranza nel grigio panorama dei diritti del cittadino nei confronti del potere pubblico.