

Carullo, Gherardo. 2010. «Rapporti tra potestà pubbliche e opere di urbanizzazione». *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario* (3-4):1011-22.

RAPPORTI TRA POTESTÀ PUBBLICHE ED OPERE DI URBANIZZAZIONE

1. Premessa

Il 25 marzo 2010 la Corte di Giustizia, tornando sul problema della distinzione tra appalti pubblici di lavori ed attività di disciplina urbanistica esercitate dai pubblici poteri, ha emesso una pronuncia che inquadra in un'ottica del tutto nuova le relative problematiche¹, tanto che non è mancato chi, tra i commentatori d'oltremontana, abbia definito la decisione come una vera e propria «*inversione ad U*»².

La Corte, infatti, nel valutare l'applicabilità delle Direttive in materia di appalti pubblici, ha incentrato le sue valutazioni sul carattere dei poteri esercitati dalle pubbliche amministrazioni, al fine di valutare se, trattandosi di potestà pubbliche, potessero ugualmente dirsi soddisfatti i requisiti previsti dalle norme europee.

Posta la peculiarità del caso portato all'attenzione della Corte, occorre, in via preliminare, una breve disamina dei fatti della causa.

Il procedimento verteva sulle domande pregiudiziali presentate dalla Corte d'Appello Regionale di Düsseldorf³ nell'ambito del giudizio pendente presso questo tra l'impresa *Helmut Müller GmbH* (in prosieguo: la "Helmut Müller") e la *Bundesanstalt für Immobilienaufgaben* (in prosieguo: la "Bundesanstalt"), ovvero l'agenzia federale incaricata della gestione del patrimonio immobiliare pubblico.

Nella causa di rinvio la Helmut Müller aveva addotto la violazione delle norme in materia di affidamento di lavori pubblici in relazione ad una complessa operazione immobiliare conclusa tra la Bundesanstalt e l'impresa *Gut Spascher Sand Immobilien GmbH* (in prosieguo: la "GSSI"), i cui tratti salienti sono i seguenti.

Nell'ottobre 2005 il Comune di Wildeshauen aveva avviato lo studio di un progetto di sviluppo urbano. A seguito di tale iniziativa, l'ottobre dell'anno successivo la Bundesanstalt aveva deciso di vendere la caserma *Wittekind*, per il cui acquisto si era detta interessata il mese successivo la Helmut Müller con un'offerta di 4 milioni di Euro, subordinata tuttavia alla stesura di un piano urbanistico basato sul suo progetto d'utilizzo dei terreni.

Non avendo dato seguito all'offerta della Helmut Müller, nel gennaio 2007 la Bundesanstalt ha formulato un bando di gara d'appalto allo scopo di cedere l'immobile: tra le imprese offerenti erano comparse la Helmut Müller e la GSSI. I relativi progetti erano stati discussi con il Comune di Wildeshauen alla presenza della Bundesanstalt, la quale aveva espresso la propria preferenza per i progetti presentati dalla seconda, decidendo tuttavia di subordinare la cessione al parere favorevole sul progetto da parte del Comune.

Ottenuto quindi il parere favorevole del Comune, che si era determinato altresì ad avviare il procedimento ai fini della formulazione del corrispondente piano regolatore⁴, la Bundesanstalt ha venduto alla GSSI la caserma *Wittekind* per la somma di 2,5 milioni di Euro, con contratto stipulato in forma notarile il 6 giugno 2007.

¹ I precedenti di maggior rilievo in materia, in sede europea, sono senza dubbio la sentenza del 12 luglio 2001, causa C-399/98, *Ordine degli Architetti e a.* (progetto la Scala), in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2001, p. 825 ss.; e la sentenza del 18 gennaio 2007, causa C-220/05, *Aurox e a.*, Racc. pag. I-385, punto 45.

² PATRICK CLIFT, *EU court reverses costly tender ruling*, in *Estates Gazette*, 3 aprile 2010, section 03.

³ *Oberlandesgericht Düsseldorf*.

⁴ Si noti che, ai sensi della normativa tedesca, non sussisteva tuttavia alcun diritto da parte di GSSI ad ottenere siffatto piano regolatore, né era consentito al Comune di assumere impegni vincolanti in materia di edificabilità o di vincolare il proprio potere discrezionale (sulla normativa nazionale si vedano i punti 7 e 21 della sentenza). Dunque le decisioni assunte dal Comune non erano in alcun modo vincolanti per l'ente stesso.

Avverso tale atto ha proposto ricorso la Helmut Müller. L'impugnazione è stata tuttavia respinta sostenendo che alla GSSI non fosse stato attribuito alcun appalto di lavori. La Helmut Müller ha dunque interposto appello avverso tale rigetto adducendo che, date le circostanze, si doveva invece ritenere che la GSSI avesse ottenuto un appalto di lavori sotto forma di una concessione di lavori.

Nel corso di tale ultimo procedimento la Corte d'Appello ha proposto diverse questioni pregiudiziali, che, per sintesi espositiva, si riportano così come raggruppate dalla Corte in sede di analisi.

Con le prime due questioni il giudice di rinvio ha chiesto in sostanza se la nozione di appalti pubblici esiga che i lavori oggetto dell'appalto siano eseguiti materialmente o fisicamente per l'amministrazione aggiudicatrice e nell'interesse economico diretto di quest'ultima, ovvero se sia sufficiente che tali lavori soddisfino un obiettivo pubblico.

Con la terza e la quarta questione il giudice nazionale ha chiesto se la nozione di appalti pubblici esiga che l'aggiudicatario assuma direttamente o indirettamente l'obbligo di realizzare i lavori che sono oggetto dell'appalto e che tale obbligo sia esigibile in sede giurisdizionale.

La quinta e la sesta questione sono volte a chiarire se le esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice possano consistere nel fatto che la stessa eserciti la competenza di assicurarsi che l'opera da realizzare risponda a un interesse pubblico, ovvero di verificare ed approvare i progetti di costruzione nell'esercizio delle proprie competenze.

Infine, le ultime due questioni (ottava e nona) mirano essenzialmente ad accertare se dal punto di vista giuridico, ai sensi della Direttiva 2004/18, sia possibile considerare come un *unicum* la vendita di un terreno e la successiva aggiudicazione di un appalto di lavori riguardante il terreno stesso.

La Corte ha nel tempo specificato la nozione di appalti pubblici⁵ al fine di delimitare l'ambito di applicazione delle Direttive in materia. E lo ha fatto incentrando la propria attenzione su alcuni elementi essenziali che possono così ricapitolarsi: l'esistenza di un contratto (stipulato in forma scritta), la sua onerosità, le parti coinvolte e l'oggetto del contratto⁶.

Alla luce della sentenza in commento, meritano senz'altro particolare attenzione i primi tre aspetti.

2. La nozione di contratto (scritto)

Risulta evidente come il primo elemento pregiudiziale per l'applicazione delle Direttive in materia di appalti pubblici sia l'esistenza stessa di un contratto (scritto). Si noti, tuttavia, che l'accertamento della sussistenza di un contratto, lungi dall'essere secondaria e di facile soluzione, può risultare più problematica di quanto possa apparire *prima facie*.

Sul punto è infatti intervenuta in diverse occasioni la Corte che ha sottolineato come il carattere pubblicistico di un accordo non valga ad escluderne la natura contrattuale⁷, non assumendo rilevanza la qualificazione giuridica nazionale al fine di determinare l'ambito applicativo della Direttiva⁸. Parimenti, è stato sostenuto che non osta a tale qualificazione il fatto che il contraente dell'amministrazione aggiudicante sia predeterminato dalla legge, posto che ciò che in ultima

⁵ Contenuta dapprima nella Direttiva 93/37/CE all'art. 1: «*contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta tra un imprenditore e un'amministrazione aggiudicatrice di cui alla lettera b), aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, l'esecuzione e la progettazione di lavori relativi ad una delle attività di cui all'allegato II o di un'opera di cui alla lettera c) oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice*». La definizione poi è stata poi trasposta, sostanzialmente invariata nei suoi caratteri essenziali, nella Direttiva 2004/18/CE: «*appalti pubblici aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, la progettazione e l'esecuzione di lavori relativi a una delle attività di cui all'allegato I o di un'opera, oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice*».

⁶ Su tale inquadramento degli elementi essenziali si veda anche GABRIELLA RONDONI, *Convenzione tra amministrazioni aggiudicatrici come appalto pubblico di lavori*, in *Urb. app.*, 2007, 5, 556.

⁷ Cfr. sentenza nella causa C-399/98 *cit.*, punto 73.

⁸ Cfr. sentenza nella causa C-220/2005 *cit.*, punto 40.

analisi unicamente rileva ai fini della sussistenza dell'elemento contrattuale, è che il contenuto dell'accordo miri a regolare i rapporti tra due parti giuridicamente distinte⁹, individuando le opere (o lavori) da realizzare e le relative condizioni¹⁰.

Con tali argomentazioni la Corte ha rigettato le obiezioni sollevate dalla parti, prima italiane e poi francesi¹¹, che miravano ad escludere il carattere contrattuale degli accordi intercorrenti tra le pubbliche amministrazioni ed i privati.

Sia nell'ordinamento italiano che in quello francese, infatti, il diritto positivo ammette accordi tra pubbliche amministrazioni e privati che, sottostando (anche) alla normativa pubblicistica in ragione del loro oggetto, si deve perlomeno ammettere che non possano essere inquadrati come contratti di diritto civile "puri"¹².

Ma la Corte, come avvenuto in altre occasioni¹³, ha ignorato le categorie classificatorie nazionali, limitandosi ad analizzare gli elementi sostanziali degli istituti esaminati al fine di accertarne la natura contrattuale ai sensi delle Direttive in materia di appalti pubblici. E, non senza suscitare perplessità ed obiezioni in dottrina¹⁴, il risultato di siffatte indagini ha portato, come detto, a qualificare come contratti gli accordi *de quibus*.

Le ultime due questioni proposte alla Corte nella sentenza in commento, essenzialmente finalizzate a chiarire se possa essere intesa come un'operazione unitaria la vendita di un terreno e l'aggiudicazione successiva di un appalto, sono riconducibili alle problematiche legate all'elemento contrattuale.

⁹ Cfr. sentenza del 13 gennaio 2005, causa C-84/03, *Commissione v. Regno di Spagna*, Racc. pag. I-139, punto 38, nella quale la Corte, richiamando le categorie dell'*in house providing*, ha ammesso che possa escludersi l'esistenza di due parti distinte laddove «l'ente eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano».

¹⁰ *Ibidem*, punto 71.

¹¹ Rispettivamente nei citati casi C-399/98 e 220/05.

¹² Tralasciando per il momento gli accordi previsti nel nostro ordinamento, per i quali si rinvia alle considerazioni di cui al punto 5, per gli accordi previsti dall'ordinamento francese, i.e. i *contractes administratifs*, basti qui dire che in questi «*en contropartie des obligations qu'il accepte d'assumer et des contraintes qu'il consent à supporter, l'administré bénéficie de divers avantages juridiques et financiers. Cette relation donne lieu juridiquement à un contract. Cependant, la forme juridique contractuelle ne signifie nullement que l'administration renonce définitivement a ses prérogatives de puissance publique*» (JAMIL SAYAH, *Droit Administratif*, Studyrama, 2007, pag. 55). Tale persistenza della potestà pubblica in capo all'amministrazione, dunque, ben può giustificare l'inquadramento dei contratti *de quibus* in un'ottica perlomeno non totalmente civilistica, se non addirittura escluderne totalmente il carattere contrattuale, come proposto nella causa C-220/2005. Per un'analisi dei tratti salienti di tali contratti, nella dottrina nazionale, si veda GUIDO GRECO, *Accordi Amministrativi tra provvedimento e contratto*, Giappichelli, Torino, 2003, pagg. 47 e ss.

¹³ Si veda, ad esempio, la sentenza del 20 ottobre 2005, causa C-264/03, *Commissione v. Francia*, Racc. pag. I-8831, punto 36, ai sensi della quale non occorre ricercare la qualificazione che il diritto interno attribuisce ad un determinato contratto, per stabilire se questo possa qualificarsi come contratto pubblico ai sensi delle Direttive in materia di appalti.

¹⁴ Ad es. GUIDO GRECO, *Ambito oggettivo nella legge quadro*, in RICCARDO VILLATA (a cura di), *L'appalto di opere pubbliche*, CEDAM, Padova, 2004, pag. 97, il quale nega, da un lato, il carattere di contro-prestazione delle opere da realizzare a scomputo, e, dall'altro, l'onerosità del contratto, in ragione della natura alternativa delle prestazioni. Si veda poi ANGELO CLARIZIA, *Ambito oggettivo e soggettivo di applicazione della legge*, in A. CARULLO e A. CLARIZIA, *La Legge Quadro in materia di lavori pubblici*, CEDAM, Padova, 2004, che critica la sentenza sul progetto la Scala su vari punti: per non aver correttamente considerato il carattere sinallagmatico del rapporto, la qualificazione e la posizione giuridica dell'urbanizzatore, per l'aver omesso di valutare correttamente l'interesse urbanistico perseguito e per aver ignorato il carattere prevalentemente pubblicistico del contratto. Tra i commenti stranieri muove critiche particolarmente dure alle posizioni della Corte TOMÁS RAMÓN FERNANDEZ, *La sentenza della Corte di giustizia del 12 luglio 2001 ("Progetto Scala 2001") ed il suo impatto nell'ordinamento urbanistico spagnolo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 2001, 6, 1194, il quale, nel definire la sentenza come esplosiva, qualifica la posizione assunta dai Giudici europei come "sommariamente inquietante", vista la necessaria soccombenza di tutti gli interessi pubblici diversi da quelli tutelati nello specifico dalla Corte.

È doveroso segnalare, tuttavia, che non era invece mancato chi avesse già ipotizzato quanto poi sostenuto dalla Corte nella sentenza sul Progetto la Scala: GIUSEPPE MANFREDI, *Le opere di urbanizzazione. Ammissibilità dell'esecuzione diretta a scomputo del contributo*, in *Riv. giur. edilizia* 1994, I, 1141 ss. il quale già all'epoca aveva evidenziato come con il termine "scomputo" in luogo di "pagamento" si legittimasse in realtà il ricorso alla trattativa privata.

L'Avvocato Generale, onde preservare l'effetto utile della Direttiva ed al fine di colpire gli abusi di diritto, aveva proposto di applicare i criteri già elaborati con la sentenza Mödling¹⁵, ovvero di considerare come atti contemporanei, o addirittura costitutivi di un unico atto giuridico, quelli che siano separati da un lasso di tempo non eccessivo e per i quali vi siano elementi convincenti per dimostrare che l'intenzione dell'amministrazione relativa all'appalto sussisteva già al momento della cessione del terreno¹⁶.

La Corte, tuttavia, pur riconoscendo che non sia sbagliato non escludere *ab initio* l'applicazione della Direttiva 2004/18 in casi come quello in esame, ha tuttavia ritenuto che non vi fossero sufficienti elementi per qualificare la fattispecie alla stregua di un'unica operazione, non sussistendo alcun obbligo giuridicamente vincolante tra le parti di far succedere una fase all'altra, né essendovi nei contratti di vendita alcun elemento assimilabile ad un appalto pubblico di lavori¹⁷.

3. L'onerosità del contratto

L'onerosità del contratto, definito in dottrina quale «*presupposto indefettibile*» per l'applicazione dell'evidenza pubblica¹⁸, secondo un consolidato orientamento della Corte richiede che l'amministrazione aggiudicatrice riceva una prestazione a fronte di una contropartita, ovvero, in altri termini, deve sussistere un interesse economico diretto per l'amministrazione stessa¹⁹.

Siffatto interesse, com'è naturale, sussiste qualora l'amministrazione divenga proprietaria dei lavori o dell'opera eseguita, ma può altresì ritenersi soddisfatto laddove questa disponga di un titolo giuridico che le garantisca la disponibilità delle opere che sono oggetto dell'appalto, in vista della loro destinazione pubblica²⁰.

È doveroso sottolineare al riguardo che tali ultime conclusioni, al pari di quelle relative all'elemento contrattuale, hanno suscitato diverse obiezioni in dottrina. In particolare si è sostenuto che il carattere non oneroso della prestazione sarebbe *in re ipsa*, non essendo la prestazione dell'urbanizzatore qualificabile come "contro-prestazione", e fuoriuscendo, dunque, dall'ambito di applicazione delle norme comunitarie²¹.

In dottrina è anche stato sostenuto da più parti²² che il carattere alternativo delle prestazioni dovute dal soggetto privato (i.e. realizzazione delle opere o pagamento di una somma pecuniaria), comporti che l'obbligazione si estingua con l'adempimento della singola prestazione prescelta, senza che ciò implichi rinuncia della controparte all'altra prestazione: in sostanza, dunque, difetterebbe il requisito dell'onerosità in quanto mancherebbe la rinuncia (lo scomputo) da parte della pubblica amministrazione agli oneri di urbanizzazione²³, essendo rimessa la scelta al soggetto privato.

¹⁵ Sentenza del 10 novembre 2005, causa C-29/04, Commissione v. Austria, Racc. pag. I-9705.

¹⁶ Si vedano le conclusioni presentate dall'Avvocato Generale Paolo Mengozzi il 17 novembre 2009, punto 104.

¹⁷ Cfr. punti 82, 84 e 87 della sentenza.

¹⁸ ELENA TANZARELLA, *Brevi osservazioni sull'obbligo di gara per le opere di urbanizzazione direttamente realizzate a scomputo del contributo*, in *Riv. giur. edilizia* 2003, 2, 519.

¹⁹ Così la sentenza in commento ai punti 48 e 49, nell'analisi delle pronunce precedenti sul tema.

²⁰ Cfr. sentenza nella causa C-399/98 *cit.*, punti 67, 71 e 77.

²¹ Così GUIDO GRECO, *Ambito oggettivo nella legge quadro, cit.*. Ad onor di cronaca va detto che a conclusione proprio del giudizio nazionale nell'ambito del quale era intervenuta la Corte di Giustizia con la causa C-399/98, il Consiglio di Stato ha escluso l'onerosità delle opere laddove la progettazione (in tutte le sue fasi) e la direzione dei lavori abbiano formato oggetto di un atto di mera liberalità da parte di un privato (sez. V, 14 gennaio 2003, n. 86, *Soc. Milano centr. servizi e altro C. Ord. architetti prov. Milano e altro*).

²² *Ibidem*, ed anche G. GIOVANNELLI e D. LASTRAIOLI, *Il nuovo regime di realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo oneri: problematiche e possibili soluzioni*, in *Riv. giur. edilizia* 2008, 06, 253. L'interpretazione fornita, anche se non accolta dalla giurisprudenza europea, trova comunque riscontro nella giurisprudenza nazionale, ove si legge in effetti che «*la facoltà del privato di eseguire direttamente le opere di urbanizzazione in alternativa al pagamento dei connessi oneri [...], ha effetto soltanto se la proposta del privato sia accettata dal Comune*» (TAR Firenze Toscana sez. III, 14 settembre 2004, n. 3782, in *Riv. amm. reg. Toscana* 2004, 35).

²³ Rinuncia che costituiva, invece, uno dei pilastri su cui si era fondata l'onerosità delle convenzioni urbanistiche nella causa C-399/98.

Le obiezioni sollevate in dottrina non sono state tuttavia accolte dai giudici lussemburghesi, tanto che, analogamente a quanto ritenuto nella causa C-399/98, è stato in seguito ritenuto soddisfatto il requisito dell'onerosità laddove l'amministrazione riceva vantaggi economici dal futuro utilizzo, o dalla futura cessione, dell'opera, o nel caso abbia partecipato finanziariamente alla realizzazione della stessa od al rischio finanziario connesso alla realizzazione della stessa²⁴.

Non è infine ritenuto necessario che l'amministrazione aggiudicatrice sia o divenga proprietaria in tutto o in parte dell'opera²⁵.

Con la sentenza in commento la Corte, in risposta alla prima ed alla seconda questione pregiudiziale, ha avuto modo di specificare ulteriormente quali fattispecie integrino il carattere oneroso del contratto. Ha infatti ritenuto che «*il semplice esercizio delle competenze di regolamentazione in materia urbanistica [...] non ha ad oggetto l'ottenimento di una prestazione contrattuale né la soddisfazione dell'interesse economico diretto dell'amministrazione aggiudicatrice*»²⁶ e non è dunque sufficiente a soddisfare il requisito in esame.

Rinviando a breve più approfondite osservazioni in merito all'espressione «*esercizio di competenze di regolamentazione*», in relazione al carattere dell'onerosità si può già evidenziare che questo non potrebbe dirsi integrato qualora vi sia un mero esercizio di competenze pubblicistiche da parte della pubblica amministrazione.

4. La nozione di imprenditore

Quanto, infine, all'elemento soggettivo del contratto, più che gli aspetti relativi all'amministrazione aggiudicatrice, merita una breve menzione quanto sostenuto dalla giurisprudenza europea in relazione alla controparte.

In particolare, a fronte delle conclusioni dell'Avvocato Generale nella causa sul "progetto la Scala"²⁷ nelle quali si suggerisce che il contraente privato non possa essere qualificato come imprenditore laddove non sia in grado di realizzare l'opera in proprio²⁸, la Corte ha assunto, in tale causa come in quelle seguenti, una prospettiva diametralmente opposta.

La Corte ha infatti sostenuto che affinché il soggetto che conclude un contratto con un'amministrazione aggiudicatrice possa essere qualificato come imprenditore è sufficiente che il medesimo abbia la possibilità di far eseguire la prestazione, fornendo le necessarie garanzie a tal fine²⁹.

Nel giudizio in esame la Corte non ha rivisitato tale lettura della norma, ma ha piuttosto rinnovato le posizioni precedentemente assunte arricchendole di nuovi connotati.

Si è infatti aggiunto, a quanto fino ad oggi sostenuto, che l'esigibilità in sede giurisdizionale delle prestazioni cui il soggetto contraente si obbliga è carattere essenziale del rapporto contrattuale ma che, non essendo prevista dalla normativa europea una disciplina *ad hoc*, le concrete modalità con cui garantire siffatta exigibilità sono rimesse al diritto nazionale.

5. L'esercizio di pubblici poteri

Venendo dunque al tema dell'esercizio di pubblici poteri, risulta evidente dalla lettura della sentenza in commento come questi assumano un ruolo centrale nel giudizio della Corte. Il che merita alcune riflessioni.

²⁴ Cfr. sentenza nella causa C-220/2005 *cit.*, punti 13, 17, 18 e 45.

²⁵ *Ibidem*, punto 53.

²⁶ Punto 57 della sentenza.

²⁷ Presentate il 7 dicembre 2000 dall'Avvocato Generale Philippe Léger.

²⁸ E non senza ragione l'Avvocato Generale fonda tale interpretazione della norma sull'assunto che, in caso il soggetto debba appaltare i lavori, a causa dell'impossibilità di realizzarli in proprio, la necessità di operare in modo economicamente efficiente propria di un operatore privato sia di per sé idonea a garantire l'assolvimento degli obiettivi perseguiti dalle Direttive sugli appalti pubblici (cfr. punti 87-90 delle conclusioni sopra citate).

²⁹ Cfr. punto 90 della sentenza sul progetto la Scala. In tal senso si veda anche la sentenza nella causa C-220/2005 *cit.* punto 38, e, in epoca meno recente, le sentenze 14 aprile 1994, causa C-389/92, *Ballast Nedam Groep*, Racc. pag. I-1289, punto 13, e 2 dicembre 1999, causa C-176/98, *Holst Italia*, Racc. pag. I-8607, punto 26.

L'esercizio di pubblici poteri per la regolamentazione del territorio, e quindi anche in tema di urbanizzazione, è senz'altro una delle funzioni tipiche degli enti territoriali³⁰. L'esercizio di tali poteri, nella prassi, può assumere diverse forme, e non solo in rapporto ai vari Stati Membri, ma anche all'interno di uno stesso ordinamento, quale, ad esempio, quello italiano³¹.

Come evidenziato più sopra, la Corte, onde evitare elusioni delle norme europee in tema di appalti³², ha di sovente superato le categorie nazionali analizzando nello specifico la reale essenza degli atti di volta in volta sottoscritti dalle pubbliche amministrazioni ed i privati.

Ma se così è, occorre rivedere le posizioni assunte in passato dalla Corte alla luce delle considerazioni odierne sull'esercizio di pubblici poteri.

È infatti opinione per lo più condivisa in dottrina che gli accordi previsti dall'art. 11 della l. 241 del 1990, cui le convenzioni di lottizzazione e urbanizzazione sono riconducibili³³, non configurino una completa sostituzione del potere pubblico, ma che questi presuppongano al contrario l'esistenza di potestà pubblicistiche³⁴. Si può quindi escludere che gli accordi *de quibus* abbiano carattere totalmente o esclusivamente privatistico, e si può al contrario accogliere la tesi secondo cui questi trovano quale loro presupposto il potere autoritativo³⁵ e ne costituiscono esercizio.

Dunque, a fronte di tali considerazioni sulla natura degli accordi, si può ulteriormente asserire nello specifico che anche laddove l'amministrazione pubblica intervenga in tema di urbanizzazione attraverso lo strumento consensuale offerto dall'art. 11, questa non rinunci alle potestà pubbliche sue proprie, ma piuttosto determini semplicemente un diverso modo, ritenuto più funzionale³⁶, dell'*agere* pubblico rispetto al tradizionale strumento unilaterale³⁷.

Considerando quindi che la Corte ha ritenuto che «*il semplice esercizio delle competenze di regolamentazione in materia urbanistica [...] non ha ad oggetto l'ottenimento di una prestazione contrattuale*»³⁸, la natura degli accordi volti alla definizione dell'assetto urbanistico dovrebbe essere riconsiderata. Infatti, se, come sopra evidenziato, nella sua giurisprudenza la Corte prescinde

³⁰ Ed infatti la regolazione del territorio coinvolge tutti i livelli di governo, essendo attribuite ai Comuni le funzioni amministrative legate all'assetto ed utilizzazione del territorio (art. 13 d.lgs. 267/2000), alle Province compiti di programmazione di carattere generale (art. 20 d.lgs. *cit.*) ed essendo il "governo del territorio" materia di competenza ripartita tra Stato e Regioni (art. 117 comma 3 Cost.), spettando al primo prescrivere criteri ed obiettivi, ed essendo riservata alle seconde l'individuazione degli strumenti concreti da utilizzare per raggiungere detti obiettivi (*ex plurimis*, Corte Costituzionale sentenze nn. 200, 237 e 340 del 2009).

³¹ Basti pensare che, anche solo a livello comunale, quello che nella l. 1150/1942 era denominato piano regolatore generale, assume oggi strutture e nomi diversi in ogni regione, a seconda delle scelte fatte dalla legge urbanistica regionale. Se a questi si aggiungono poi gli strumenti di pianificazione negoziata appare evidente la diversità e la molteplicità degli strumenti a disposizione degli enti territoriali. Sul tema si veda ALFONSO MARIA CECERE, *Pianificazione urbanistica e poteri locali*, in AA.VV., *Diritto degli Enti Locali*, Giappichelli, Torino, 2004.

³² Come paventato dall'Avvocato Generale Philippe Léger nelle citate conclusioni sul "progetto la Scala", punto 59.

³³ *Ex multis*, Cons. St., sez. IV, 15 settembre 2003, n. 5152, Cons. St., sez. IV, 13 gennaio 2005, n. 222, e, più recentemente, T.A.R. Toscana, Sez. I, 16 settembre 2009 n. 1446.

³⁴ Sulla qualificazione degli accordi ex art. 11 si sono registrati accessi dibattiti in dottrina, per la cui trattazione si rinvia a GUIDO GRECO, *Accordi Amministrativi tra provvedimento e contratto*, *cit.*. Sul punto basti qui richiamare le considerazioni secondo le quali in tema di pianificazione urbanistica per poter parlare di sostituzione della potestà pubblicistica con diritti soggettivi sarebbe necessario ipotizzare in capo all'amministrazione pubblica diritti demaniali parziali su tutte le aree (private) edificabili, ma risulta evidente come tale ricostruzione non sia plausibile (cfr., in particolare pagg. 111 e 112).

³⁵ Come confermato dalla Corte Costituzionale con la nota sentenza del 6 luglio 2004, n. 204, in particolare paragrafo 3.4.2.

³⁶ È difatti generalmente riconosciuto che l'utilizzazione dello strumento consensuale aumenti l'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa (cfr. GIUSEPPE PERICU, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in AA.VV., *Diritto Amministrativo*, Monduzzi, Bologna, 2005, Vol. II, 288), anche se non mancano orientamenti critici (cfr. *ibidem*).

³⁷ E che presupposto dell'accordo sia comunque la potestà pubblica è confermato anche da quella giurisprudenza secondo cui l'individuazione della tipologia delle opere di urbanizzazione da realizzare non può prescindere da una previa valutazione pianificatoria dell'Amministrazione, in quanto devono comunque rientrare tra quelle oggetto di pianificazione urbanistica ed individuate nel piano regolatore generale, ovvero nel piano particolareggiato (TAR Catania Sicilia sez. I, 2 ottobre 2003, n. 1532, *Soc. M.G. C. Com. Chiaramonte Gulfi*, in *Foro amm. TAR* 2003, 3104).

³⁸ Punto 57 della sentenza in commento.

dalle categorie nazionali per l'inquadramento degli istituti, soffermandosi invece sugli elementi sostanziali che li caratterizzano, allora naturale conseguenza dei ragionamenti su esposti, alla luce della sentenza in commento, dovrebbe essere la negazione del carattere contrattuale delle convenzioni, perlomeno ai fini dell'applicazione delle Direttive in materia di appalti pubblici.

Se infatti si conviene che un elemento basilare degli accordi in esame è l'esistenza di potestà pubblicistiche, che nella fattispecie si sostanziano nel potere di regolamentazione del territorio, e se l'esercizio di tale potere in materia urbanistica vale ad escludere che si sia in presenza di una prestazione contrattuale, allora se ne deve dedurre che la qualificazione degli accordi in questione quali contratti di appalto di lavori sia del tutto incongruente con l'indirizzo interpretativo in ultimo proposto dalla Corte.

Tali considerazioni sono poi ulteriormente suffragate dalle conclusioni della Corte formulate in riferimento alle questioni pregiudiziali quinta e sesta, secondo cui «*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*»³⁹. Il che non fa che confermare l'assunto secondo cui non si possa parlare di contratto, ai sensi della Direttiva, in caso di atti di pianificazione convenzionale.

Argomentando diversamente, del resto, si finirebbe con l'ammettere che per il solo fatto di aver scelto uno strumento piuttosto che un altro (i.e. pianificazione negoziata, anziché unilaterale), si determini un mutamento del potere legittimante l'azione della pubblica amministrazione, di carattere pubblico in caso di atto unilaterale, e meramente privatistico nell'altro. Il che, tuttavia, per le ragioni sopra esposte, risulta collidere con la natura e l'essenza degli istituti esaminati⁴⁰, ovvero con ciò che dovrebbe costituire parametro di riferimento nei giudizi della Corte, secondo la giurisprudenza della Corte stessa.

Ed è dunque in questi passaggi logici che si può trovare quella "inversione a U" di cui si è detto in apertura. Infatti nell'aver posto a fondamento del suo giudizio non tanto l'effetto sortito dagli atti delle parti, ma piuttosto l'essenza dei poteri in essi esercitati, la Corte ha proposto un diverso approccio al problema, che, a parere di chi scrive, è senz'altro condivisibile, risultando più coerente con gli istituti giuridici in gioco. È doveroso tuttavia sottolineare che con tutta probabilità l'approccio qui assunto dalla Corte sia stato determinato più dalla peculiarità dei fatti della causa che da una diversa percezione delle problematiche esistenti in materia di appalti pubblici, e non si può quindi escludere che in futuro la Corte adotti un approccio più in linea con i passati orientamenti.

6. Considerazioni finali

Il sistema esistente per la realizzazione delle opere di urbanizzazione "a scomputo" prima degli interventi della Corte di Giustizia, nonostante sia stato sacrificato senza remore dalle istituzioni europee, non era comunque totalmente criticabile. La dottrina ha infatti avuto modo di sottolineare come le convenzioni rappresentassero un valido strumento di conciliazione tra due diversi interessi: quelli imprenditoriali all'esecuzione degli interventi edificatori, e quelli della collettività alla effettiva realizzazione di un equilibrato sistema infrastrutturale e urbanizzativo⁴¹.

A ciò si aggiunga che l'assetto attuale, nel risolvere il problema della concorrenzialità (ammesso che vi fosse), ne crea di ulteriori e di ben più difficile soluzione. Tralasciando i profili

³⁹ Punto 69 della sentenza.

⁴⁰ Che sono peraltro confermate da quella giurisprudenza nazionale secondo cui «*l'esecuzione difforme delle opere di urbanizzazione previste a scomputo degli oneri preclude la finalità pubblica, con il conseguente diniego di sanatoria*» (Cons. St. sez. IV, 18 giugno 2009, n. 4027, in *Diritto & Giustizia* 2009), con il che si pone chiaramente al centro dell'istituto la finalità pubblica delle opere.

⁴¹ Così MARIO ALBERTO QUAGLIA, *Le opere di urbanizzazione tra convenzioni urbanistiche e procedure di evidenza pubblica*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 2001, 5, 842. Su posizioni analoghe si veda anche ROBERTO DAMONE, *Le opere di Urbanizzazione a scomputo nella "morsa" della disciplina comunitaria*, in *Riv. giur. edilizia* 2009, 03, 111 e G. GIOVANNELLI e D. LASTRAIOLI, *cit.*

interpretativi delle norme nazionali, si può rilevare che l'assetto odierno delle "opere a scomputo" non chiarisce in modo soddisfacente le modalità con le quali il privato titolare del permesso di costruire (nel caso non sia anche esecutore delle opere di urbanizzazione) possa essere garantito in ipotesi di inadempimento/ritardo/omissioni ecc. attribuibili all'esecutore delle stesse⁴², il che, com'è evidente, comporta problemi pratici non indifferenti.

Ma piuttosto che riformare ulteriormente un sistema che ha ormai già perso quei caratteri che ne avevano determinato la fortuna in passato⁴³, per risolvere tali questioni sarebbe auspicabile un ripensamento radicale dell'istituto, anche alla luce degli orientamenti assunti dalla Corte nella sentenza in commento.

E ciò potrebbe essere fatto ipotizzando un meccanismo che piuttosto che far leva su un istituto che a livello comunitario è stato qualificato come contratto, sia incentrato invece sull'esercizio da parte degli enti territoriali dei poteri loro propri in materia di gestione del territorio⁴⁴.

Se infatti la realizzazione delle opere di urbanizzazione da parte dei lottizzanti fosse "atto dovuto" in base alla disciplina urbanistica, e se, parallelamente, si eliminasse la necessità di prevedere lo scomputo degli oneri di urbanizzazione in via convenzionale⁴⁵, anche laddove i progetti di urbanizzazione fossero approvati dagli enti locali, e dunque i relativi atti di gestione del territorio fossero su questi calibrati, in base alla recente giurisprudenza della Corte si potrebbe comunque escludere l'applicabilità della disciplina degli appalti pubblici, così di fatto rendendo di nuovo lecita la realizzazione diretta delle opere di urbanizzazione.

⁴² Su cui si veda ROBERTO DAMONE, *cit.*, il quale suggerisce a soluzione del problema che l'aggiudicatario presti le garanzie richieste dall'art. 113 del d.lgs. 163/2006 e dagli artt. 100 e segg. del DPR 554/1999.

⁴³ In *primis*, la possibilità di trattare in modo unitario un complesso sistema di urbanizzazione.

⁴⁴ Un esempio di siffatto modello procedimentale è fornito da una recente giurisprudenza che ha escluso l'applicabilità dell'art. 32, comma 1, lett. g) nel caso in cui i privati abbiano realizzato opere destinate a servizi pubblici o collettivi non sulla base di un atto di tipo convenzionale, ma in forza del piano particolareggiato adottato dall'ente locale, anche se era esplicitamente previsto l'obbligo per il proprietario delle opere di rispettare la destinazione ad uso collettivo dell'intervento stesso (TAR Bari Puglia sez. I, 30 gennaio 2009, n. 157, *L. e altro C. Com. Capurso e altro*, in *Foro amm. TAR* 2009, 2, 210).

⁴⁵ Tale risultato, è bene segnalare, necessiterebbe di un intervento davvero generale sulla materia, onde evitare conflitti con la disciplina degli aiuti di Stato.