

Urbanistica consensuale, “pregiudizio” del giudice penale e trasparenza dell’azione amministrativa.

Paolo Urbani¹

1. Lo stato dell’arte

Le recenti e numerose vicende giudiziarie che hanno coinvolto gli amministratori locali in merito ad operazioni di riconversione o trasformazione urbana, nelle quali – a giudizio del giudice penale – si ravvisano fenomeni di concussione, corruzione o abuso d’ufficio e comunque l’emergere di conflitti tra interessi pubblici ed interessi privati, richiedono di approfondire ed indagare sull’ordinarsi dell’azione della pubblica amministrazione attraverso moduli consensuali nella pianificazione urbanistica.

Da almeno un quindicennio l’ordinamento urbanistico – che trova fondamento nell’attribuzione ai poteri pubblici della potestà di conformazione dei suoli attraverso lo strumento del piano urbanistico – va subendo una lenta ma costante modifica dei modi di formazione delle scelte e delle tecniche di pianificazione.

Le ragioni di queste trasformazioni vanno ricercate sia nella legislazione statale sia in quella regionale recenti, nelle quali in luogo dell’imperatività delle scelte urbanistiche va sostituendosi – attraverso accordi – la ricerca del consenso con gli interessi privati sin dalla fase della determinazione degli assetti urbanistici o successivamente in quella della concreta operatività delle prescrizioni di piano.

Le convenzioni urbanistiche² – che costituiscono l’archetipo dell’accordo pubblico/privato nella pianificazione urbanistica – sono, in verità, fenomeno consolidato da più di un secolo e

¹ Ordinario di Diritto Amministrativo Università Chieti-Pescara.

² Che M.S.Giannini definiva “centauriesse” poiché fin dagli anni ’30 figure giuridiche anomale, Prefazione a V.Mazzarelli, *Le convenzioni urbanistiche*, Il Mulino 1979.

vedono un rapporto assai trasparente tra PA e privati lì dove le prescrizioni del PRG, rinviando al piano di dettaglio, già indicano le volumetrie ammesse, la destinazione d'uso delle aree mentre la convenzione regola gli oneri tra le parti.

Ma il problema non è quello degli accordi *a valle* delle prescrizioni urbanistiche ma quello ben più complesso degli accordi *a monte* delle prescrizioni o, come si potrebbe dire, della *codeterminazione pubblico privato delle prescrizioni urbanistiche*. Problema che, ricadendo sulla potestà pianificatoria dei comuni, sembrerebbe mettere in discussione non solo l'imperatività delle scelte urbanistiche nonché la potestà discrezionale della pubblica amministrazione, ma anche di incidere anche sul principio di legalità.

Nei confronti di questa consolidata posizione espressa da più parti, sembra potersi affermare tuttavia, che il problema va prospettato ormai da una angolatura diversa che vede, in una società complessa, l'azione dei poteri pubblici, specie nella pianificazione degli assetti territoriali, retta ove possibile, dal principio di consensualità come legittimazione del potere³, lì dove l'amministrazione abbandona l'autoritatività a favore della ricerca del consenso, tesa al miglior assetto degli interessi in campo.

Non solo con i privati, ma anche tra pubblici poteri: basti pensare all'art.15 della l.241/90 ed all'uso di quest'istituto nell'ambito delle politiche pubbliche di sviluppo dei territori locali. Gli accordi quadro, le intese di programma previsti dalle politiche di programmazione tra stato, regioni ed enti locali sia per l'attuazione di interventi infrastrutturali sia per l'implementazione dei programmi comunitari, convergono tutti verso forme di amministrazione consensuale tra poteri pubblici a fini di risultato.

E guardando alla legislazione urbanistica ormai si prevedono varie tipologie di accordi che qui cito solo per memoria:

- Accordi perequativi
- Accordi compensativi
- Accordi premiali o di scambio
- Accordi ad evidenza pubblica

³ F. Pugliese, *Risorse finanziarie, contestualità ed accordi nella pianificazione urbanistica*, 69 in AA.VV. *Presente e futuro della pianificazione urbanistica*, AIDU. Giuffrè 1999

Si tratta, qui, di accordi tra pubblico e privato previsti nei casi di disciplina perequativa del PRG, o dalla legislazione statale (art.16 l.179/92 per il programma integrato d'intervento che attiene agli accordi premiali o di scambio), di accordi sostitutivi di provvedimento riferibili al caso della compensazione urbanistica indotti dalla Corte Cost. nella sent. 179/99, o quelli previsti dalla legislazione regionale nel caso di forme di concorrenzialità disciplinate dall'amministrazione locale – anche direttamente nei piani regolatori – tra più operatori privati per la soluzione migliore e più vantaggiosa da individuare per l'assetto di specifiche aree e la composizione degli interessi pubblici e privati. (LR Emilia Romagna n.19/1998 *Norme in materia di riqualificazione urbana*)⁴. Il problema quindi esiste e va affrontato adeguatamente.

2. Le ragioni del ricorso alla consensualità

E', allora, utile indicare alcuni punti essenziali che hanno portato a questo nuovo modo di esercizio del potere con riferimento proprio alla pianificazione urbanistica.

In primo luogo "la riconversione urbana": ovvero si ripensano parti di città esistenti per cambiarne destinazione e riqualificarne i servizi.

Il mercato preme per questi interventi e la legislazione li ammette per la prima volta (L.179/92).

I progetti di riqualificazione non possono essere proposti che dai privati poichè la trasformazione delle aree di loro proprietà dev'essere per questi economicamente conveniente, altrimenti c'è inerzia, mentre i relativi piani attuativi hanno natura negoziale.

La riqualificazione richiede adeguamento di *standards* di qualità e di servizi che l'amministrazione non può soddisfare direttamente e così si affida al privato per coprirne i costi.

Qui si pone il tema delle risorse finanziarie come limite all'azione amministrativa e, nello stesso tempo, come giustificazione di scelte legislative che propendono a favore proprio della codeterminazione degli assetti urbani.

⁴ Sia consentito rinviare a P.Urbani *Territorio e poteri emergenti, Le politiche di sviluppo tra urbanistica e mercato* Giappichelli 2007; P.Urbani *Dell'urbanistica consensuale* in RGU 2005, 221; P.Urbani *Pianificare per accordi* in RGE 4/2005, 177.

A tale proposito, la Corte Cost. (sent. 283 del 1993) chiamata a giudicare della costituzionalità dell'indennizzo espropriativo, aveva a suo tempo affermato che la grave congiuntura economica può conferire un diverso peso al bilanciamento degli interessi confliggenti e che questa giustificava la disciplina legislativa dell'art.5 *bis* del d.l. 333/1992 (ora dichiarata incostituzionale dalla Corte Cost. nella sent.348/07) che permetteva una liquidazione indennitaria pari alla metà del valore dei suoli.

Nel caso dell'urbanistica consensuale il limite delle risorse finanziarie opera nello stesso senso, anche se a rovescio, poiché per ottenere una adeguata urbanizzazione dell'area ed una qualità dei luoghi di vita e di lavoro, l'amministrazione tende a ripagare l'azione dei privati attraverso la concessione di diritti edificatori premiali.

Il tema riguarda quei programmi di riqualificazione urbana che sono in deroga al piano regolatore, e che sembrano ormai la prassi, attraverso i quali i comuni rinnovano solo parti di città senza rinnovare l'intero piano.

Negli schemi di accordo risulta evidente la proposta d'iniziativa privata, la necessaria individuazione dell'interesse pubblico da parte del comune, il contenuto costituito dallo scambio tra volumi edificatori ed opere pubbliche a favore dell'amministrazione.

Da una parte il potere pubblico cerca di migliorare la qualità degli assetti urbani; dall'altra la crisi finanziaria dei comuni giustifica l'accordo con il privato.

Ma come misurare l'interesse pubblico? E' questo il punto, perché per l'altra domanda: perché prendere in considerazione la proposta di trasformazione vi è già una previsione normativa, un *favor* del legislatore, che appunto parla di *promozione* di tali programmi da parte dei comuni.

L'esperienza in atto ci dimostra che tutte le trasformazioni sono in contrasto con i piani vigenti, necessitando quindi la variazione urbanistica del piano e, per tali motivi, alcuni comuni hanno adottato "fuori" dai piani delibere che tendono a fissare astrattamente i parametri dello scambio, qualora dovesse presentarsi la proposta privata, stabilendo ad es. quale percentuale in opere e volumi debbano andare a favore dei privati o a favore del pubblico.

Credo che queste esperienze stiano mostrando gravi limiti sia perché condizionano la discrezionalità del potere pubblico nell'individuazione dell'interesse pubblico in concreto, sia perché si prestano ad essere "regole" sul metodo che tendono però a porsi a monte delle scelte pianificatorie contraddicendo il principio che la pubblica amministrazione esercita discrezionalmente i poteri di conformazione dei suoli *nel piano*.

In breve, quando l'amministrazione ritiene ammissibile una proposta di riconversione urbana presentata da promotori privati deve valutarla nel suo insieme, tenere ben presente l'individuazione dell'interesse pubblico in concreto che giustifichi la ripianificazione dell'area interessata.

Peraltro, a fronte di vari tentativi delle amministrazioni di predeterminare in astratto i termini dello scambio attraverso delibere consiliari – ovvero in breve, tanti diritti edificatori, tante opere pubbliche – questo orientamento ha incontrato recentemente qualche giudizio negativo da parte della giurisprudenza amministrativa lì dove si è affermato ad es. che *"non è sulla base di un rapporto meramente quantitativo che può valutarsi la rispondenza o meno all'interesse pubblico nella scelta di ricorrere al programma integrato d'intervento dovendo piuttosto considerarsi se gli interventi di nuova edificazione (maggioritari o minoritari che siano) siano funzionali agli obiettivi di carattere pubblico"* (Cons.Stato sez.IV 2985/2008).

La predeterminazione in astratto dei benefici e degli oneri – calcolata in termini economici a carico del privato o a vantaggio dell'amministrazione – previsti nelle deliberazioni consiliari, a prescindere dai luoghi del territorio comunale nei quali possono presentarsi richieste di trasformazione urbana, rovescia il principio della pianificazione poiché il contenuto del progetto urbano è determinato dall'equilibrio economico finanziario dell'intervento e non dalle concrete esigenze di quel territorio.

3. Le innovazioni della legge finanziaria per il 2008 e la l. 133/2008

Ma la disamina delle tematiche urbanistiche nelle quali al centro si pone lo scambio tramite accordi pubblico/privato non finisce qui poiché la legge finanziaria per il 2008 (244/007) – art.2 co 258/259 – contiene alcune disposizioni il cui obiettivo

è quello di rispondere alle esigenze delle amministrazioni comunali per garantire migliori dotazioni territoriali. E' previsto, in primo luogo, che, nell'ambito delle previsioni degli strumenti urbanistici e quindi non in deroga al piano urbanistico – in aggiunta alle aree necessarie per garantire gli *standards* urbanistici di cui al DM 1444/1968, siano definiti *ambiti* (non più zone), la cui trasformazione è subordinata alla cessione gratuita, da parte dei proprietari singoli o in forma consortile, di aree o immobili da destinare all'edilizia residenziale sociale (cosiddetto *standard di servizio*) in rapporto al fabbisogno locale ed in relazione all'entità edificatoria della trasformazione. In tali ambiti è possibile prevedere anche l'eventuale fornitura di alloggi a canone calmierato.

Se si può fare una critica a tale pur lodevole disposizione, è quella di non aver individuato, come per gli altri *standards* urbanistici (verde pubblico attrezzato, parcheggi etc.) una misura minima dello *standards* di edilizia sociale, prevedendone l'esistenza ma lasciando alla contrattazione pubblico-privato la sua quantificazione nei diversi ambiti. Sul punto va segnalata la l.r Regione Puglia n.12 del 2008 che per prima ha disciplinato la materia nell'ambito dei piani urbanistici comunali provando a fissare un tetto massimo rispetto al contenuto dello scambio edificatorio.

Negli stessi ambiti, inoltre, sempre secondo l'art.2 co 259 della legge finanziaria, è possibile localizzare interventi di "rinnovo urbanistico ed edilizio, di riqualificazione e miglioramento della qualità ambientale degli insediamenti" ad iniziativa dei privati (in buona sostanza qualunque ipotesi pianificatoria) prevedendo, in cambio, una premialità volumetrica che, tuttavia, non può superare i limiti dell'incremento massimi della capacità edificatoria prevista per gli ambiti stessi. Si tratta di una disposizione che non innova rispetto all'originario contenuto del Programma integrato d'intervento di cui all'art.16 della l.179 del 1992 d'iniziativa privata che, se accolto dall'amministrazione, può essere oggetto di variante al piano regolatore generale. Qui la novità sta nel fatto che tali interventi plurimi – oggetto di proposte urbanistiche – sono riportati all'*interno* del piano regolatore che potrebbe fissare già direttamente le condizioni generali (non però le prescrizioni effettive) di trasformabilità degli ambiti e gli

elementi dello scambio pubblico privato, evitando così il contrasto con il piano.

A queste disposizioni vanno ad aggiungersi quelle relative al cosiddetto “piano-casa” di cui alla l. 133/2008 art.11 e 13 – ove anche qui sono previsti interventi edilizi, i cui contenuti si basano per lo più su accordi pubblico-privato anche complessi poiché ammettono *premialità* agli operatori in rapporto alla realizzazione di *housing* sociale (la vecchia edilizia economica e popolare), di servizi, spazi pubblici etc.

Attraverso l’urbanistica per “accordi” la legislazione mira così ad introdurre moduli convenzionali pubblico-privato, il cui contenuto è finalizzato a soddisfare la carenza di servizi e di opere di urbanizzazione nelle aree urbane. In particolare, a risolvere (ma non solo) la questione delle abitazioni per le fasce di popolazione a basso reddito, tornata ad assumere carattere emergenziale dopo l’esaurimento dei finanziamenti per l’edilizia pubblica a seguito dell’eliminazione dei fondi Gescal (legge finanziaria 549/1995 e 448/2001) ed il declino dei piani di edilizia economica e popolare⁵.

4. La *maladministration*

I fenomeni criminali richiamati all’inizio sono sempre esistiti specie nel sub-settore dell’edilizia ma hanno assunto oggi un peso maggiormente rilevante nell’urbanistica con riguardo ai casi sempre più frequenti di ripianificazioni parziali del territorio comunale attraverso programmi o piani di riconversione urbana.

Alla base di questi ultimi vi è il *favor* del legislatore per la presa in considerazione da parte della pubblica amministrazione di proposte di riassetto di aree urbane dismesse, obsolete o da riqualificare sulle quali la stessa amministrazione, in funzione della soddisfazione dell’interesse pubblico, si accorda con i privati per determinare il miglior assetto delle aree in questione e procedere, quindi, alla modifica dello strumento urbanistico.

Il nucleo centrale del procedimento è costituito, di norma, da forme di accordi procedimentali ex art 11 l.241/90 prodromici

⁵ Sia consentito sul punto rinviare a P.Urbani *Le politiche abitative per le fasce più deboli. Le nuove modalità per assicurare il servizio pubblico casa* in Riv.Giur.Urb. 2006 389.

alla delibera del consiglio comunale di variazione del piano nei quali – come è evidente fin dalla prima espressa norma legislativa in tal senso, art.16 della l.179/92 – l’attribuzione di diritti edificatori o la modifica di destinazione d’uso dei volumi esistenti si correla all’interesse pubblico costituito dalla realizzazione di beni pubblici o servizi, extra oneri di urbanizzazione, cui si obbligano i privati a favore della PA in cambio dell’urbanizzazione dell’area interessata.

In tal modo lo scambio entra a pieno titolo nel procedimento urbanistico ed il contratto “sostituisce” o determina il contenuto del provvedimento. Sia consentito rilevare, inoltre, che dopo la modifica della l.241/90 che non limita ai soli casi previsti dalla legge la possibilità di ricorrere all’accordo sostitutivo di provvedimento, è presumibile che questi ultimi prevalgano sugli accordi procedurali.

Gia si è detto che la crisi finanziaria dei comuni diviene il presupposto della legittimazione dell’agire della pubblica amministrazione nell’urbanistica tramite accordi poiché in tal modo si ottengono opere di urbanizzazione e servizi senza oneri per la collettività. E’ evidente che in questi casi aumenta la possibilità di fattispecie penalmente rilevanti ovvero di reati di corruzione o di concussione da parte non solo dei dirigenti ma soprattutto degli organi politici dei comuni. Fenomeni, diversi da quelli assai noti in edilizia, di corruzione per un atto d’ufficio (rilascio di un permesso di costruire) o di concussione (ad es. mancato accertamento in caso di opera abusiva).

Le ragioni di questo emergere di fattispecie criminose deriva soprattutto dalla mancanza di trasparenza e di pubblicità preventiva degli accordi e specialmente – come già rilevato – dalla difficoltà di misurare l’interesse pubblico in rapporto ai benefici concessi ai privati, di talchè scambi *inequali* celano sempre la possibilità che l’agente pubblico ricavi un vantaggio illecito in ragione del contenuto dell’accordo.

Per meglio argomentare, va sottolineato che, finora, le proposte urbanistiche sono sempre in contrasto con il piano ed il riassetto non incontra limiti normativi ma è esposto all’equilibrio economico e finanziario dell’intervento ammesso bilanciato da opere urbanizzative extra oneri.

E’ evidente che la già ampia discrezionalità del comune nella conformazione dei suoli prevista dall’ordinamento, cui si riconnette la determinazione del *quid* e del *quomodo* del

provvedimento, lascia ulteriore spazio a trattative sotterranee tra operatore privato ed amministratori pubblici.

5. Modeste proposte per prevenire

Quali possono essere i suggerimenti per contenere il fenomeno e riportare nella legalità l'agire delle amministrazioni locali?

In primo luogo va comunque chiarito che dev'essere completamente superato il "pregiudizio" nei confronti del ricorso agli accordi procedimentali o sostitutivi di provvedimento poiché – come si è visto – la legislazione urbanistica considera pienamente legittimi tali accordi ed anzi ne prevede l'uso necessario nei casi richiamati proprio al fine della determinazione delle prescrizioni. In altre parole, senza l'apporto dei privati non è possibile per la PA determinare il contenuto della prescrizione poiché si lega ad un "fare del privato" che non può essere definito in astratto o *inaudita altera parte*.

Questo significa che tale pregiudizio dev'essere superato anche da parte del giudice penale. Gli accordi sono una modalità di esercizio del potere amministrativo, altro è entrare nel merito del contenuto degli accordi ed accertare che vi siano fatti penalmente rilevanti.

Detto questo, si possono solo abbozzare alcune indicazioni di metodo.

5.1. La partecipazione alla determinazione degli accordi urbanistici

In primo luogo le amministrazioni dovrebbero sottoporre le proposte oggetto di accordi pubblico/privato a forme di partecipazione anche attraverso *udienze pubbliche* poiché non è sufficiente il "giusto procedimento" previsto dopo l'adozione della variante urbanistica ove chiunque abbia interesse può presentare le proprie osservazioni. Questo permette di sottoporre a valutazione i termini dello scambio ovvero quali opere di urbanizzazione secondaria rispondano alle specifiche esigenze della città o dell'area interessata, quali oneri (in termini di volumi edificatori e di *mix* delle funzioni ammesse) l'amministrazione s'impegna a concedere ai privati. La

partecipazione può essere foriera di proposte alternative rispetto al contenuto dell'accordo. Nel caso che ci riguarda la partecipazione, ai fini della valutazione della congruità della proposta, deve essere assicurata prima che la formazione della volontà dell'amministrazione sia definitiva.

Parte della dottrina e della giurisprudenza⁶ hanno posto il problema – ai sensi dell'art.13 della l.241/90 – della inapplicabilità delle disposizioni del capo III “partecipazione al procedimento” *“all’attività della pubblica amministrazione diretta all’emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e programmazione per le quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione”*.

Tuttavia, altra dottrina⁷ ha ampiamente dimostrato che la disposizione non costituisce un divieto alla stipula degli accordi nella pianificazione urbanistica e non impedisce quindi alle pubbliche amministrazioni di prevedere forme di partecipazione – del tipo di quelle previste per i procedimenti individuali – anche per quelli prima richiamati. Peraltro, come è noto, gli accordi nella materia urbanistica sono in rapidissima espansione e solo chi non si occupa del settore può continuare a dire che l'istituto è nel diritto amministrativo (e nel diritto urbanistico) ancora residuale.

5.2. Disciplinare il procedimento per la formazione delle proposte di riconversione urbana

In secondo luogo sarebbe opportuno adottare “regolamenti” sugli accordi che ne fissino il procedimento (non il contenuto “astratto” dello scambio) oltre quanto previsto dall'art.11 1bis e 4 bis dell'art.11 della l.241/90 disciplinando la presentazione delle proposte, la loro documentazione (progetto preliminare, o planovolumetrico, elencazione di opere, servizi, volumetrie richieste, mutamento della destinazione d'uso, compatibilità dell'intervento con vincoli eteronomi, procedimento di VAS

⁶ Cass.sez un. 11 agosto 1997 n.7452, rep.1998 Foro Italiano, voce edilizia e urbanistica n.298; Idem, 25 novembre 1998 n.11934 Foro Italiano rep 1998 voce edilizia e urbanistica n.297. *contra*, Tar Lombardia 9 maggio 1997, n.573 in Trib.Amm.reg.1997,I, 2380.

⁷ A.Travi *Accordi tra proprietari e comune per modifiche al piano regolatore ed oneri esorbitanti*, in Foto Italiano, V 2002, 274 s.; S.Civitaese *Sul fondamento giuridico degli accordi in materia di fissazione delle prescrizioni urbanistiche* in F.Pugliese-A-Ferrari (a cura di) *Presente e futuro nella pianificazione urbanistica*, Giuffrè 199, 163. P.Urbani *Urbanistica consensuale*, Bollati Boringhieri, 2000.

etc.). Questo ad es. per poter meglio individuare i semplici casi di abuso d'ufficio.

5.3. Dallo straordinario all'ordinario. Rimettere al centro il piano urbanistico.

In terzo luogo è necessario riportare il regime degli accordi urbanistici nell'*ordinario* e non nello *straordinario*.⁸

Occorre cioè tornare a ragionare di scambi edificatori *nelle* scelte di piano e non *in deroga al* piano.

Nell'ordinamento italiano il provvedimento di piano è espressione dell'attività autoritativa della pubblica amministrazione, soggetta a forme di partecipazione pubblica in funzione meramente collaborativa, e la determinazione degli assetti spetta alla decisione unilaterale dell'amministrazione caratterizzata da imperatività. L'attività di piano è attività di apposizione di prescrizioni che conformano la proprietà o il territorio.

Le esigenze del mercato richiedono soluzioni urbanistiche flessibili e rapide ma queste contrastano non solo con lo *zoning* che costituisce la più antica tecnica di razionalità del piano ma anche con l'imperatività dello stesso piano urbanistico che nel determinare la destinazione d'uso dei suoli pretende di interpretare gli sviluppi futuri dell'economia locale.

Oggi il piano non può essere più "regolatore" nel senso rigido del termine ma deve aprirsi alla codeterminazione degli assetti con gli interessi privati acquisendo quella flessibilità che permette le migliori soluzioni urbanistiche nel momento in cui queste concretamente si manifestano.

Ma è proprio il contenuto di quella concertazione pubblico/privato che deve essere fissata preventivamente dal piano urbanistico, altrimenti *il piano è sostituito dal contratto*.

⁸ P.Urbani *La riconversione urbana: dallo straordinario all'ordinario* in E.Ferrari (a cura di) *L'uso delle aree urbane e la qualità dell'abitato*, Milano, Giuffrè 2000. Ma questa affermazione può essere velleitaria poiché – a meno che non vi sia un vincolo di legge cosa che non è – l'amministrazione comunale può sempre nell'ambito della propria discrezionalità e misurando la proposta con l'interesse pubblico, decidere di variare lo strumento urbanistico in funzione della soddisfazione di interessi generali per la collettività. In definitiva, le indicazioni che seguono hanno la finalità di tracciare una diversa strada *virtuosa* che le amministrazioni locali possono percorrere nell'esercizio dei poteri amministrativi più legati al consenso che all'imperatività dell'azione amministrativa.

Ma laddove è necessario un ordinamento a tutela dell'interesse generale le norme non possono essere sostituite dal contratto. Ciò è contrario al principio di legalità ed al fine della cura degli interessi pubblici perseguito dai pubblici poteri.⁹

Si pone cioè sempre il problema di come poter misurare l'interesse pubblico in concreto in rapporto allo "scambio" con gli interessi privati: In altri paesi europei – ad es. la Germania – la legislazione¹⁰ già da tempo ha affiancato alla disciplina generale degli accordi nella legge generale sul procedimento amministrativo, una regolamentazione dei "contratti urbanistici" rientranti nella categoria dei contratti di diritto pubblico ove sono attentamente disciplinate le fattispecie nelle quali amministrazione e privati concordano le scelte di trasformazione ai fini di una loro integrale urbanizzazione anche dal punto di vista della tutela ambientale. I cardini di questi scambi sono individuati dal legislatore tedesco nel nesso di casualità, nel rispetto del principio di proporzionalità, nel divieto di arricchimento, nella tutela del contraente più debole (che potrebbe essere, a seconda dei casi urbanistici, a volte il privato, ma anche il comune), la necessaria forma scritta. Si tratta come è evidente, di criteri e parametri generali tesi ad evitare il "commercio delle potestà amministrative" da un lato ma, dall'altro, ad offrire sia al giudice amministrativo, ma anche al giudice penale elementi di riferimento certi per verificare in concreto la legittimità e la liceità del contenuto degli accordi in discorso.

Lo scarso contenuto dell'art.11 della l.241/90 e l'equivocità dell'art.13 non giovano alla disciplina dell'urbanistica consensuale e sarebbe auspicabile invece che se ne prevedesse una regolamentazione autonoma. Ad es. nella legge di principi in materia di governo del territorio, al di là della loro ammissibilità come previsto nei testi di legge presenti nuovamente in parlamento, se ne potrebbe individuare non solo il loro ancoraggio ai principi surrichiamati dal caso tedesco (cui andrebbero aggiunti per il caso italiano il principio di partecipazione e quello della concorsualità), ma anche le

⁹ G.Rossi, *Il gioco delle regole*, Adelphi 2006, 23.

¹⁰ Codice urbanistico federale (BauGB) (1987) più volte modificato nel 1997, 2001 e 2004 che al §11 introduce la categoria dei "contratti urbanistici". Sul punto, più diffusamente, E.Buoso, *Gli accordi tra amministrazione comunale e privati nel diritto urbanistico tedesco: i contratti urbanistici* in RGU 3/2008 356 s.

fattispecie ammissibili sia per fissarne i limiti, sia per legittimarne definitivamente il ricorso da parte delle amministrazioni locali.

6. Due soluzioni concrete.

In attesa di una espressa disciplina, le soluzioni prospettate possono essere diverse e tutte legate alla primaria soddisfazione dell'interesse generale senza compromettere l'interesse dei privati e lo sviluppo economico della città. Soluzioni che presuppongono che, per determinate aree, il piano preveda la possibilità di ricorrere ad accordi pubblico/privato fissando le condizioni della trasformazione però già nel piano attraverso un'analisi della rendita edilizia ovvero del plusvalore generato dal *mix* delle trasformazioni ammesse e della posizione strategica delle aree. Sulla base di questi dati preventivi il piano può prevedere lo scambio tra opere private e opere pubbliche per la città.

La prima soluzione consiste nel prevedere nelle aree interessate un *plafond* minimo di trasformazioni, cui può aggiungersi una premialità volumetrica nel caso d'impegno dei privati alla realizzazione di opere di *mecenatismo*¹¹ richieste dal comune e già individuate ad es. nel programma triennale delle opere pubbliche. La centralità dell'area e l'incremento di valore che i beni costruiti possono assumere nel tempo spingerà certamente gli operatori privati ad accettare le ipotesi di scambio proposte dal piano. Il punto centrale – quello cioè di parametrare la volumetria premiale al costo delle opere pubbliche – è già fissata dalle disposizioni del piano. Va osservato qui che in ossequio al codice dei contratti pubblici (art. 32 1 co lett.g e art.122 co 8)¹² il ricorso necessario all'evidenza pubblica per *tutte* le opere di urbanizzazione potrebbe modificare in parte i termini economici dell'accordo da sottoscrivere.

La seconda soluzione, più radicale, consiste nel prevedere che le aree –perimetrate dal piano – siano di un rilievo strategico tale da imporre un *confronto concorrenziale* tra più operatori sulla base di un progetto urbano preliminare deciso dal

¹¹ P.Urbani, *Urbanistica consensuale* op.cit.

¹² Sia consentito rinviare a P.Urbani-L.Passeri *Guida al codice dei contratti pubblici (integrato dal terzo correttivo)* Giappichelli 2009.

comune al fine di determinare il migliore assetto urbanistico dell'area in termini di volumetrie e servizi per la collettività. Le aree possono essere pubbliche o private ed in quest'ultimo caso i proprietari o partecipano alla gara con gli operatori privati o in caso d'inerzia vengono espropriati. E' quanto previsto ad es. dalla l.r. Emilia Romagna 19/1998 "*norme in materia di riqualificazione urbana*" o dalla l.r. Marche 16/2005 "*Disciplina degli interventi di riqualificazione urbana e indirizzi per le aree produttive ecologicamente attrezzate*".¹³

7. Conclusioni

In conclusione, mentre dev'essere completamente superato il "pregiudizio" nei confronti dell'intervento dei privati a sostegno del miglioramento delle dotazioni territoriali all'interno del piano urbanistico e che quindi il concorso di risorse pubbliche e private ha piena legittimità nella pianificazione urbanistica attraverso il ricorso all'amministrare per accordi, è chiaro che deve essere riconosciuto al privato l'obiettivo *lato sensu* privatistico del profitto. Le trasformazioni urbane devono uscire dallo straordinario e ritornare nell'ordinaria disciplina del piano regolatore nel senso prima richiamato, inserendole in uno scenario strategico della complessiva pianificazione dell'intero territorio comunale, restituendo così all'amministrazione comunale un'adeguata ponderazione degli interessi pubblici e privati non esposta al rischio di *scambi ineguali* ma di *scambi leali* già predeterminati nel piano urbanistico.¹⁴ In altre parole introdurre nell'azione amministrativa *nuove regole, nuove responsabilità*.

¹³ In www.pausania.it.

¹⁴ F.Curti (a cura di) *Lo scambio leale, negoziazione urbanistica e offerta privata di spazi e servizi pubblici*, Officina ed . 2006

