

Luiss
Libera Università Internazionale degli Studi Sociali
Guido Carli

**Facoltà di Giurisprudenza
Cattedra di Diritto urbanistico**

**LA REALIZZAZIONE DELLE OPERE DI
URBANIZZAZIONE
A SCOMPUTO DEGLI ONERI CONTRIBUTIVI:
DAL CASO SCALA 2001 ALL'ART. 7 DELLA L.
166/02**

RELATORE

Prof. Paolo Urbani
Buongiorno

CANDIDATO

Angelo

Matr. 046993

ANNO ACCADEMICO 2002/2003

LA REALIZZAZIONE DELLE OPERE DI URBANIZZAZIONE A SCOMPUTO DEGLI ONERI CONTRIBUTIVI: DAL CASO SCALA 2001 ALL'ART. 7 DELLA L. 166/02

SOMMARIO

- 1) Il caso Scala 2001 e la sentenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea:
 - a) il progetto in zona Bicocca della Pirelli s.p.a. e le delibere n. 82/96 e n. 6/98 del Comune di Milano;
 - b) le censure dei ricorrenti e l'ordinanza n. 35/98 del T.A.R. Lombardia;
 - c) il procedimento C-399/98 in Corte di Giustizia:
 - i) le conclusioni dell'Avvocato Generale;
 - ii) la sentenza e le sue conseguenze.
- 2) La conformazione dello Stato italiano alle indicazioni della Corte di Giustizia:
 - a) la circolare del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti n. 462/01;
 - b) l'art. 7 del collegato-infrastrutture e la modifica della l. Merloni (109/94);

- c) i profili di incostituzionalità e di contrarietà alle norme comunitarie della disciplina degli interventi sotto la soglia di rilevanza comunitaria.
- 3) Osservazioni nell'ottica dell'urbanistica consensuale:
- a) l'opinione di Quaglia e i rischi di paralisi per i Comuni;
- b) l'opinione di Portaluri e la "pubblicità reale" dei lottizzanti.
- 4) Considerazioni finali.
- 5) Bibliografia.

1) *Il caso Scala 2001 e la sentenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea: a) il progetto in zona Bicocca della Pirelli s.p.a. e le delibere n. 82/96 e n. 6/98 del Comune di Milano.*

L'obiettivo di questo lavoro è compiere una ricostruzione della vicenda denominata "Scala 2001" che ha portato, dopo una pronuncia del giudice comunitario¹, ad una modifica della legge nazionale sui lavori pubblici. Si analizzeranno, in primo luogo, le posizioni dei vari attori del caso e, in secondo luogo, l'intervento dello Stato, che ha novellato la normativa in materia di accordi con la P.A. al fine di correggere la discrasia con l'ordinamento

¹ Corte Giustizia CE, sez. VI, sentenza 21 luglio 2001, procedimento C-399/98, *Scala 2001*. Questa sentenza è leggibile in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2001, pp. 815 e ss., dove è stata pubblicata insieme alle conclusioni dell'Avvocato Generale ed annotata da QUAGLIA e MARCHEGIANI.

comunitario. La materia avrebbe però bisogno di un approccio di sistema, visto che anche l'archetipo più longevo, come la convenzione di lottizzazione, cui si riferisce appunto il caso che affronteremo, non ha ancora trovato un equilibrio sufficientemente stabile tra i poli della semplificazione e della trasparenza.

La questione nasce col progetto di riconversione urbana della "Bicocca" (zona industriale a nord di Milano), sostenuto sin dal 1990 dalla Pirelli s.p.a., proprietaria del fondo. Questa iniziativa aveva poi trovato i favori dell'amministrazione comunale, intenzionata anche a procedere ad interventi urbanistici allo scopo di dotare l'area di una struttura di interesse generale "a carattere sovracomunale"². A tal fine il 18 ottobre 1996 veniva definitivamente sottoscritta una convenzione proprio tra il Comune di Milano, la Pirelli s.p.a., l'Ente Autonomo Teatro alla Scala (che diventerà poi la Fondazione Teatro alla Scala) e la Milano Centrale Servizi s.p.a. (società mandataria dei soggetti promotori del progetto di lottizzazione). La convenzione sanciva gli impegni della Pirelli e della Milano Centrale Servizi nella progettazione e realizzazione: a) del restauro e dell'adeguamento dello storico Teatro alla Scala, b) dell'adeguamento del complesso di edifici comunali dell'Ansaldo,

² V. par. 31, sent. CGCE cit., dove è citato il testo della delibera n. 82/96 (vedi *infra*).

c) della costruzione del Teatro alla Bicocca (che ufficialmente si chiamerà "Teatro degli Arcimboldi", con 2300 posti circa su un terreno di 25.000 mq oltre a 2.000 mq di parcheggio). La spesa a carico della Pirelli S.p.a. era indicativamente di 5 miliardi di lire e la realizzazione del Teatro alla Bicocca era considerata opera di urbanizzazione secondaria a scomputo dei contributi per gli oneri di urbanizzazione dovuti al comune di Milano in occasione del piano di lottizzazione della zona (il terreno sarebbe stato poi ceduto gratuitamente al Comune che avrebbe quindi ottenuto la piena disponibilità della struttura)³.

Con la delibera n. 82 del 12 settembre 1996 questa convenzione veniva approvata dal Consiglio comunale. Si sancivano così gli oneri di finanziamento del progetto assunti dal Comune il quale si impegnava a rilasciare le concessioni occorrenti e a procedere a normali procedure concorsuali per le porzioni di realizzazioni di tali opere ad esso spettanti. In particolare incombeva sul Comune l'appalto e l'esecuzione del restauro dell'edificio di Piazza alla Scala e dell'adeguamento del complesso Ansaldo, nonché l'allestimento interno del teatro alla Bicocca. Già contro questa delibera sarebbe stato proposto

³ Queste informazioni sono tratte da TAR Lombardia, sez. III Milano, ordinanza n. 35, 28 agosto 1998, parte in fatto delle motivazioni. Questa ordinanza è leggibile in *Rivista Trimestrale degli Appalti*, 1999, pp. 111 e ss., annotata da BARBIERI (si farà riferimento a questa pubblicazione) e in *Urbanistica e Appalti*, 1999, pp. 190 e ss., annotata da SIMOLO.

ricorso dinanzi al TAR per la Lombardia dall'Ordine Provinciale degli Architetti e, a titolo individuale, dall'arch. De Amicis⁴. Il 16 febbraio 1998 la nuova amministrazione comunale modificava il proprio orientamento sul progetto, ritenendo di aumentare la capienza del Teatro alla Bicocca per dotarlo di potenzialità più ampie. Veniva così adottata la delibera n. 6 che: approvava il progetto preliminare del Teatro alla Bicocca e correggeva la convenzione posticipando di due anni i termini di consegna della struttura, pur ribadendo che "l'esecuzione dell'opera sarà effettuata (...) in parte mediante esecuzione diretta da parte dei lottizzanti in attuazione degli obblighi convenzionali relativi al piano di lottizzazione"⁵. Anche avverso questa delibera sarebbe stato proposto ricorso giurisdizionale (che sarà riunito al precedente) dal Consiglio Nazionale degli Architetti e, a titolo individuale, dal sig. Freyrie.

b) Segue: le censure dei ricorrenti e l'ordinanza n. 35/98 del TAR per la Lombardia.

⁴ V. ord. TAR Lombardia cit., pp. 112 e s.

⁵ V. Comune di Milano, delibera n. 6, 16 febbraio 1998 come riportata nell'ord. TAR Lombardia cit., p. 113.

L'interesse di cui i ricorrenti lamentano la lesione è la cd. perdita di *chance*⁶. La loro posizione, infatti, non è particolarmente differenziata rispetto alla generalità dei cittadini, in quanto la violazione che viene denunciata deriverebbe dalla mancata assegnazione dell'appalto per la costruzione dell'involucro esterno del nuovo teatro nella zona lottizzata, secondo le normali procedure di evidenza pubblica. Trattandosi di un'opera del valore di circa 25 miliardi di Lire (ben al di sopra, quindi, della cd. soglia dei 5 milioni di ECU), se si fosse ricorsi ad uno degli strumenti previsti dal diritto comunitario, i ricorrenti avrebbero potuto partecipare alla gara e, nel caso, vincerla. Accanto a questa censura, i ricorrenti dubitano poi che il *modus operandi* adottato sia compatibile con gli strumenti urbanistici del diritto nazionale ed in particolare regionale⁷.

Nell'ordinanza n. 35 del 28 agosto 1998, la sez. III del TAR di Milano sospende il procedimento dinanzi a sé e sottopone due questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia della Comunità Europea ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE. Il TAR ricostruisce la fattispecie constatando l'infondatezza delle censure in ordine alla normativa italiana, in quanto l'esecuzione diretta delle opere

⁶ Sulla tutela della perdita di *chance* v. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 91; APREA, *Perdita di chance (ancora sull'art. 33 del d. lgs. N. 80 del 1998)*, in *T.A.R.*, 1999, II, p. 457.

di urbanizzazione è espressamente prevista in generale dall'art. 11 della l. 10/77⁸ e, per le lottizzazioni, dall'art. 28 della l. 1150/42⁹, nonché ribadita dalla normativa regionale all'art. 12 della l. reg. 31/86¹⁰. Al contrario, il TAR nutre dubbi sulla compatibilità di questa disciplina col diritto comunitario ed in

⁷ V. par. 1 della parte in diritto della motivazione dell'ord. TAR Lombardia cit., pp.114 e s.

⁸ Ai fini che ci interessano, l'art. 11 della l. 10/77 recita: “[A] scomputo totale o parziale della quota dovuta, il concessionario può obbligarsi a realizzare direttamente le opere di urbanizzazione con le modalità stabilite dal Comune”.

⁹ Ai fini che ci interessano, l'art. 28 della l. 1150/42 recita: “L'autorizzazione comunale è subordinata alla stipula di una convenzione (...) che preveda:

- 1) (...) la cessione gratuita delle aree necessarie per le opere di urbanizzazione nei limiti di cui al successivo n. 2;
- 2) l'assunzione, a carico del proprietario, degli oneri relativi alle opere di urbanizzazione primaria e di una quota parte delle opere di urbanizzazione secondaria relative alla lottizzazione o di quelle opere che siano necessarie per allacciare la zona ai pubblici servizi; la quota è determinata in proporzione all'entità e alle caratteristiche degli insediamenti delle lottizzazioni;

(...)”.

¹⁰ Ai fini che ci interessano, l'art. 12 della l. reg. 31/77 recita: “La convenzione alla cui stipula è subordinato il rilascio delle concessioni edilizie relative agli interventi contemplati dai piani di lottizzazione (...) deve prevedere:

- a) (...)
- b) la realizzazione a cura dei proprietari di tutte le opere di urbanizzazione primaria e di una quota parte delle opere di urbanizzazione secondaria o di quelle che siano necessarie per allacciare la zona ai pubblici servizi; (...) ove la realizzazione delle opere comporti oneri inferiori a quelli previsti distintamente per la urbanizzazione primaria e secondaria ai sensi della presente legge, dovrà essere corrisposta la differenza; al Comune spetta in ogni caso la possibilità di richiedere, anziché la realizzazione diretta delle opere, il pagamento di una somma commisurata al costo effettivo delle opere di urbanizzazione inerenti alla lottizzazione nonché all'entità ed alle caratteristiche dell'insediamento e comunque non inferiore agli oneri previsti dalla deliberazione comunale di cui all'art. 3 della presente legge”.

particolare con la direttiva 93/37/CEE¹¹ che specifica i principi di concorsualità per l'assegnazione di appalti di valore eguale o superiore a 5 milioni di ECU e contiene norme per l'individuazione delle operazioni che configurano un appalto ai fini della direttiva stessa¹².

Accanto a questa prima questione il TAR ne sottopone una seconda dal contenuto obiettivamente vago in cui chiede se "possono ritenersi compatibili con l'ordinamento comunitario gli accordi tra amministrazione e privato (consentiti in via generale dall'art. 11 della l. 7 agosto 1990, n. 241¹³) in materie caratterizzate dalla scelta, da parte della pubblica amministrazione, di un soggetto con il quale pattuire prestazioni di sorta"¹⁴. E' opportuno chiarire fin d'ora che la Corte del Lussemburgo ha sanzionato l'indeterminatezza di questa richiesta, dichiarandone l'irricevibilità per mancata indicazione delle norme comunitarie da interpretare e per la non diretta rilevanza, nel caso di specie, dell'art. 11 della legge sul

¹¹ La direttiva 93/37/CE del 14 giugno 1993 è pubblicata sulla GUCE L 199/54 del 9 agosto 1993.

¹² V. parr. 3-5 della parte in diritto della motivazione e questione n. 1 dell'ord. TAR Lombardia cit., pp. 116 e ss.

¹³ Ai fini che ci interessano, l'art. 11 della l. 241/90 recita: "[L'amministrazione] può concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero, nei casi previsti dalla legge, in sostituzione di questo".

procedimento amministrativo. La questione posta dal giudice italiano era probabilmente diretta ad offrire al giudice comunitario una sorta di sponda che gli permettesse di ridimensionare le conseguenze dell'eventuale accoglimento della prima questione, ma va rilevato ancora che l'effettiva natura del dubbio espresso dal TAR resta di difficile decifrazione.

c) Segue: il procedimento C-399/98 in Corte di Giustizia.

Sul giudizio di legittimità delle delibere si è dunque innestato il procedimento davanti alla Corte di Giustizia, chiamata ad interpretare la normativa comunitaria e di riflesso, attraverso quella "finestra" sull'ordinamento nazionale che è il rinvio pregiudiziale, la disciplina nazionale.

La Commissione europea si era, in verità, già attivata in questa vicenda avviando una procedura precontenziosa con lo Stato italiano. Essa aveva inviato il 17 marzo 1997 una nota ufficiale di censura¹⁵ proprio riguardo alle ricadute dell'attività dell'amministrazione comunale milanese sulla concorrenza nel mercato comune. La scelta del TAR ha quindi salvato l'Italia dalla procedura di infrazione che il caso aveva fatto sollevare. La sua

¹⁴ V. par. 6 della parte in diritto della motivazione e questione n. 2 dell'ord. TAR Lombardia cit., pp. 120 e s.

risoluzione per vie giudiziarie ha difatti spinto la Commissione a non proseguire nella strada intrapresa¹⁶.

Il 12 luglio 2001 la sezione VI della Corte ha emanato la sua decisione con un orientamento che è “vincolante, severo e gravido di conseguenze”¹⁷. Dopo una ricostruzione completa del contesto normativo nazionale, statale e regionale, e comunitario, la Corte è passata all’interpretazione dell’art. 1¹⁸ lett. a) della direttiva 93/37/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori. Questa disposizione dà la definizione di “appalto pubblico di lavoro” ai fini dell’applicazione di tale normativa ed è quindi un passaggio obbligato per la

¹⁵ V. NASTI, *Opere di urbanizzazione sopra soglia comunitaria e rispetto delle procedure di evidenza pubblica: il caso Bicocca davanti alla Corte di Giustizia*, in *Il Corriere Giuridico*, 2002, p. 186.

¹⁶ V. *infra* par. 2) c.

¹⁷ V. SAPORITO, *Commento alla sent.12 luglio 2001 CGCE*, in *Giustizia Italiana*, 2001, n. 718.

¹⁸ Ai fini che ci interessano, l’art. 1 della dir. 93/37/CE recita: “Ai fini della presente direttiva:

- a) gli appalti pubblici di lavori sono 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;
- b) si considerano amministrazioni aggiudicatrici lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico e le associazioni costituite da uno o più di tali enti pubblici territoriali o di tali organismi di diritto pubblico; (...)

valutazione della conformità alla direttiva stessa di qualsiasi disciplina. Una volta stabilito, infatti, che la realizzazione diretta a scomputo è un appalto ex art. 1 lett. a), sarà doveroso per la Corte sanzionare tutte le modalità di assegnazione differenti da quelle previste dalla direttiva (artt. 7 e 11).

I requisiti stabiliti dall'art. 1 lett. a) sono sei: 1) la contrattualità, 2) l'onerosità, 3) la forma scritta, 4) la qualifica soggettiva di amministrazione aggiudicatrice per una parte, 5) la qualifica soggettiva di imprenditore per l'altra e 6) la natura di opera pubblica dell'oggetto dei lavori.

Sui punti 3) e 4) non vi è stata contestazione, essendo agli atti il documento denominato "convenzione"¹⁹ ed essendo pacifico che il Comune di Milano rientri tra le categorie che l'art. 1 lett. b) qualifica come "amministrazioni aggiudicatrici"²⁰. Allo stesso modo, per il punto 6) la Corte²¹ si è limitata a ricordare che la "costruzione d'immobili" è contemplata nell'allegato II della direttiva dove viene elencata la nomenclatura generale delle attività economiche nelle Comunità europee. Inoltre il teatro riveste una funzione economica e tecnica così come richiesto dall'art. 1 lett. c).

c) **s'intende per opera il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile che di per sé esplici una funzione economica o tecnica".**

¹⁹ V. par. 87, sent. CGCE cit.

²⁰ V. par. 57, sent. CGCE cit.

La sentenza ha poi proseguito nella problematica interpretazione dei punti 1), 2) e 5), con l'obiettivo dichiarato di voler "assicurare l'effetto utile della direttiva medesima"²². La natura contrattuale del rapporto tra la P.A. e il privato veniva esclusa dal Comune e dalla Pirelli s.p.a. nelle loro memorie difensive, soprattutto in forza di due argomenti: da un lato la realizzazione diretta sarebbe prevista non da un'autonoma scelta delle parti, ma dalla normativa nazionale e dall'altro l'impossibilità per la P.A. di scegliersi il contraente menomerebbe sino all'irrilevanza la "convenzionalità" del rapporto (questa posizione è stata tra l'altro sostenuta dall'Avvocato Generale, come vedremo oltre).

Secondo la Corte la prima constatazione non sarebbe corretta²³, data la facoltà per l'amministrazione di pretendere, in alternativa alla realizzazione diretta, il pagamento degli oneri; inoltre la presenza di una normativa nazionale di diritto pubblico per il settore non comporterebbe necessariamente l'assenza di discrezionalità in capo all'amministrazione. La seconda censura proposta è invece superata con la considerazione che la convenzione, sebbene limitata *in facto* sulla scelta dei contraenti, è d'altronde assolutamente libera nella determinazione delle

²¹ V. parr. 58-62, sent. CGCE cit.

²² V. par. 52, sent. CGCE cit.

opere da eseguire. Viene anche fatto notare che la delibera n. 6/98 parla esplicitamente, a riguardo dei lavori, di “attuazione degli obblighi convenzionali”²⁴ e che il Comune ottiene la piena disponibilità del teatro proprio in forza di questo accordo, evidentemente non irrilevante. Nello svolgere questo ragionamento, emerge la consueta pragmaticità del giudice comunitario che assume come scontata l’assimilazione della categoria degli accordi di diritto pubblico al *genus* dei contratti. Secondo le conclusioni dell’Avvocato Generale Léger²⁵, l’impossibilità di scegliere il contraente eliminerebbe il rischio di discriminazioni che è alla base della direttiva. Ma è opportuno osservare come la *ratio* della normativa in materia di appalti (anche di quella nazionale) sia anche la corretta ed efficiente allocazione del denaro pubblico.

Nei punti della sentenza che trattano il tema dell’onerosità, la Corte²⁶ sembra invece accettare supinamente l’interpretazione data nell’ordinanza dal giudice *a quo*, senza esplicitare i motivi di dissenso con la posizione del Comune e della Pirelli S.p.a.. In particolare essa aderisce alla ricostruzione secondo cui il

²³ V. parr. 63-85, sent. CGCE cit.

²⁴ V. *retro* nota 5.

²⁵ V. parr. 67-85, Conclusioni dell’Avv. Gen. cit.

²⁶ V. parr. 76-86, sent. CGCE cit.

lottizzante “estingue un debito di pari valore”²⁷ con l’amministrazione. A riprova di questo vi sarebbe la necessità di versare un conguaglio nel caso in cui i costi della realizzazione dell’opera siano inferiori all’ammontare degli oneri tabellari.

Restano sullo sfondo la vera natura del rapporto tra P.A. e privato e il vero oggetto dello “scambio”. In proposito l’Avvocato Generale²⁸ ritiene che il lottizzante, seguendo le logiche dell’operatore privato, non sperpererà le sue stesse risorse, facendo venir meno anche l’onerosità del rapporto in quanto, al termine dei lavori, il suo patrimonio non sarà aumentato. Va qui considerato che, nel limite del contributo per gli oneri di urbanizzazione, il lottizzante non ha alcun interesse a tenere bassi i costi, dovendo comunque corrispondere il conguaglio fino all’estinzione del suo debito.

E’ però sull’esame del punto 5) che sorgono le maggiori perplessità. La parte resistente, gli intervenienti nella causa principale, nonché il Governo italiano avevano obiettato che il lottizzante viene individuato in quanto proprietario dell’area e non per la sua qualità di imprenditore. La Corte²⁹, facendo leva sulla disposizione della direttiva che ammette il subappalto, si

²⁷ V. par. 84, sent. CGCE cit. e par. 4 della parte in diritto della motivazione dell’ord. TAR Lombardia cit., p. 118.

²⁸ V. parr. 91-107, Conclusioni dell’Avv. Gen. cit.

²⁹ V. parr. 88-96, sent. CGCE cit.

spinge a dire che, affinché un soggetto sia qualificato come imprenditore ai fini della normativa interpretata nel caso, è sufficiente che sia in grado di fare eseguire con le dovute garanzie la prestazione pattuita. E' evidente come grosso modo ciò si verifichi sempre per un privato lottizzante che assume tali obblighi con il Comune. L'incertezza dell'orizzonte in cui si muove la sentenza ricompare nella "soluzione" che la Corte prospetta e che verrà poi recepita dal legislatore italiano. Al punto 100, si afferma che le procedure di evidenza pubblica potrebbero, per adempiere gli obblighi che discendono dalla direttiva, essere legittimamente espletate anche dal privato. Il lottizzante diventerebbe così stazione appaltante, nella forma dell'organismo di diritto pubblico mandatario del Comune. E' interessante osservare come, sebbene partendo da un'opinione assolutamente difforme, anche l'Avvocato Generale giunga ad una conclusione simile. Infatti, egli qualifica il rapporto tra lottizzante e imprenditore come quello "che assomiglia maggiormente al caso di specie considerato dalla direttiva" (sic)³⁰. Si può quindi supporre che anche per l'Avvocato Generale sussista, anche se solo "a valle" dell'assegnazione, l'esigenza di procedure che offrano maggiore trasparenza.

³⁰ V. par. 102, Conclusioni dell'Avv. Gen. cit.

Conclusa l'analisi della fattispecie con il riscontro di tutti gli elementi dell'appalto pubblico di lavori, la Corte si pronuncia sulla prima questione statuendo che la normativa comunitaria non ammette che opere come il Teatro alla Bicocca siano affidate direttamente al privato da parte dell'amministrazione³¹.

La portata della pronuncia della Corte del Lussemburgo non è sfuggita ai primi commentatori che hanno affrontato, con ottiche differenti, le conseguenze dell'indirizzo, pur concordando tutti sulla novità di un'interpretazione che qualificava come appalti pubblici un settore di opere, come quelle di urbanizzazione, che erano pacificamente sottratte alle procedure di concorrenza nell'assegnazione. Il commento di Saporito³² punta esplicitamente ad indicare l'impatto di questa equiparazione su tutto il meccanismo dell'urbanistica consensuale. Egli sottolinea la contraddittorietà tra questa pronuncia ed un passaggio della sentenza n. 179/99 della Corte Costituzionale³³. In questo passaggio, la Consulta escluderebbe dall'applicazione della normativa comunitaria i vincoli derivanti da opere di urbanizzazione, dando grande impulso alla contrattazione pubblico-privato per la realizzazione di questo tipo

³¹ V. par. 103, sent. CGCE cit.

³² V. SAPORITO, *Commento*, cit.

di opere pubbliche. Le conseguenze della decisione del giudice comunitario toccherebbero soprattutto questo settore, interrompendo un circolo virtuoso in forte espansione, come lamentato in un articolo di Arona³⁴ apparso su *Il Sole 24 ore* del 18 luglio 2001 che denuncia l'allarme dei Comuni e delle imprese. Da un altro angolo d'osservazione, la Nasti³⁵ obietta che la sentenza n. 179 escludeva l'assimilabilità dei vincoli per gli oneri urbanizzativi non agli appalti soggetti alla direttiva comunitaria, ma agli altri vincoli indennizzabili (in quanto larvamente espropriativi). Inoltre, l'Autrice sottolinea come la complicazione delle procedure di lottizzazione è, in questo caso, bilanciata dall'interesse alla trasparenza che è di non poco momento in un ambito come la trattativa privata, dove possono adombrarsi "prassi di clientelismo strisciante"³⁶.

2) *La conformazione dello Stato italiano alle indicazioni della Corte di Giustizia: a) la circolare del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti n. 462/01.*

³³ Corte Costituzionale, sent. n. 179, 29 maggio 1999, in *Il Corr. Giur.*, 1999, p. 830, annotata da CARBONE e GIOIA, *Temporaneità e indennizzabilità dei vincoli urbanistici: la Corte ci ripensa.*

³⁴ V. ARONA in *Il Sole 24 Ore*, 18 luglio 2001 e NEGRI in *Il Sole 24 Ore*, 11 novembre 1998.

³⁵ V. NASTI, *Opere di urbanizzazione*, cit., p. 190.

³⁶ V. NASTI, *Opere di urbanizzazione*, cit., p. 191.

La primazia del diritto comunitario si riverbera, anche in ossequio al nuovo art. 117 co. 1 della Costituzione, su tutti i poteri dello Stato. Anche i legislatori nazionale e regionale sono dunque, al pari del giudice *a quo*, tenuti a dare corso alla sentenza o quanto meno a non emanare norme che contrastino con le alternative suggerite dalla Corte. Questa necessità è stata sentita dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti che il 18 dicembre 2001 ha emesso la circolare n. 462/01³⁷. Il Ministero prende atto della contrarietà delle disposizioni italiane con la direttiva 93/37/CEE e afferma che il *diktat* della Corte si applica ai lavori che, alla data del 12 luglio 2001, non fossero ancora iniziati. Sul versante dell'ammontare del valore delle opere, la circolare sottolinea l'irrilevanza del principio affermato in sede comunitaria per le opere i cui costi siano inferiori alla fatidica soglia dei 5 milioni di ECU.

L'intervento del Ministero tenta di tracciare un altro limite alla portata della decisione, riferendosi alle opere eseguite gratuitamente dal privato che non soggiacerebbero, per la mancanza del requisito dell'onerosità, alla disciplina degli appalti pubblici di lavori. Se si intende correttamente lo spirito della circolare, si può dedurre che, per gratuite, vanno considerate le prestazioni che eccedono l'ammontare degli oneri tabellari, pur

³⁷ La circolare è pubblicata in G.U. 28 dicembre 2001, n. 300.

se eseguiti fino a quella somma a scomputo e quindi, secondo la Corte di Giustizia, "onerosamente". Non occorrerebbe procedere a gare, ogniqualvolta l'onere contributivo non superi i 5 milioni di ECU.

Il tema della gratuità della prestazione del privato è, d'altro canto, tutt'altro che pacifico. Interessante è l'opinione espressa da Travi³⁸, in materia di oneri "esorbitanti" pattuiti col privato. Rifiutando l'assunto gianniniano³⁹ secondo cui il consenso del privato renderebbe inefficace il principio di legalità proprio dei poteri pubblici, l'Autore porta alle estreme conseguenze il principio di tipicità dell'azione amministrativa. Trasportando l'ottica di Travi nel tema dell'esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione oltre la quota degli oneri dovuti, si deduce che un tale accordo con il Comune, seppur qualificabile come atto di liberalità da parte del privato, sarebbe illegittimo da parte della P.A., perché essa otterrebbe un vantaggio superiore a quello che le spetterebbe, secondo il normale uso autoritativo del potere.

C'è chi ha osservato⁴⁰ come anche l'esecuzione di opere al di sopra dell'onere contributivo dovuto sia da considerare onerosa. Il contenuto dell'obbligazione assunta dal Comune non

³⁸ V. TRAVI, *Accordi fra proprietari e Comune per le modifiche al piano regolatore ed oneri esorbitanti*, in *Il Foro Italiano*, 2002, pp. 274 e ss.

³⁹ V. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, 3° ed., Milano, Giuffrè, 1993, I, p. 89.

sarebbe, infatti, solo l'esonero dal pagamento del contributo, bensì la predeterminazione delle modalità di esercizio di un potere consacrata nella convenzione di lottizzazione. Il sinallagma si estenderebbe a tutta l'operazione e non sarebbe rintracciabile liberalità nel comportamento del privato che è invece spinto dal lucro prodotto sulle sue proprietà dalla trasformazione urbanistica.

La circolare, dunque, tenta di recepire nella sostanza l'interpretazione della Corte, ma restringendone il più possibile il campo di applicazione. La stessa non affronta affatto, invece, il nodo centrale lasciato irrisolto dalla sentenza, che consiste nell'individuazione del soggetto che dovrà assumere il compito gravoso di procedere alle gare in ottemperanza alla direttiva. Secondo la Nasti⁴¹, la strada scelta dal Ministero è quella di lasciare l'onere al lottizzante, evitando di appesantire di un ulteriore carico la pubblica amministrazione, ma il vuoto normativo è evidente e tale da necessitare un rapido intervento del legislatore.

b) Segue: l'art. 7 del collegato-infrastruttura e la modifica della legge Merloni (l. 109/94).

⁴⁰ V. CIVITARESE MATTEUCCI, *L'esecuzione delle opere di urbanizzazione tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Foro Amministrativo*, 2002, pp. 1373 e s.

E' stato attraverso l'art. 7 della l. 166/02 (cd. collegato-infrastrutture alla legge finanziaria) che il legislatore è intervenuto. La soluzione adottata è stata quella di modificare l'art. 2 co. 5 della legge Merloni (l. 109/94) che stabilisce le procedure di assegnazione per i lavori pubblici⁴². La novella afferma l'inapplicabilità delle procedure di evidenza pubblica all'affidamento dell'esecuzione di opere pubbliche a scomputo di contributi concessori o comunque dovuti in forza di lottizzazioni o simili. Di seguito si prevede che le opere di valore superiore alla soglia comunitaria vanno affidate, secondo le procedure di gara di cui agli artt. 7 e 11 della direttiva, dai privati cui compete realizzarle.

La norma non opera, come da alcuni⁴³ auspicato, alcuna distinzione tra opere di urbanizzazione primaria e secondaria o a seconda della portata dell'interesse soddisfatto dall'opera.

⁴¹ V. NASTI, *Opere di urbanizzazione*, cit., p. 190.

⁴² Ai fini che ci interessano, il nuovo art. 2 co. 5 della l. 109/94 recita: "Le disposizioni della presente legge non si applicano agli interventi eseguiti direttamente dai privati a scomputo dei contributi connessi ad atti abilitanti all'attività edilizia come previsto o conseguenti agli obblighi di cui al quinto comma dell'art. 28 della l. 17 agosto 1942 n. 1150 e successive modificazioni, o di quanto agli interventi assimilabile. (...) Per le singole opere di importo superiore alla soglia comunitaria, i soggetti privati sono tenuti ad affidare le stesse nel rispetto delle procedure previste dalla direttiva 93/37/CEE".

⁴³ V. SIMOLO, *Realizzazione "a scomputo" delle opere di urbanizzazione e disciplina di evidenza pubblica*, in *Urb. e app.*, 1999, pp. 194 e ss.; QUAGLIA, *Le opere di urbanizzazione tra convenzioni urbanistiche e procedure di evidenza pubblica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, pp. 842 e ss.; BASSANI, *Quando i privati devono bandire gare pubbliche per l'esecuzione di opere di urbanizzazione*, in *Urb. e app.*, 2003, pp. 5 e ss.

L'alternativa posta dalla Corte di Giustizia viene sciolta, come già sembrava nella circolare che, di fatto, illustra le ragioni del provvedimento, affidando la responsabilità delle procedure al privato che avrà scelto, d'accordo col Comune, di eseguire direttamente le opere di urbanizzazione.

Bassani⁴⁴ ricorda come questa struttura sia riscontrabile nel nostro ordinamento in altri casi, come la realizzazione delle opere pubbliche in regime di concessione (l. 584/77) o gli interventi attraverso finanza di progetto (art. 37-bis della l. 109/94). Secondo lo stesso Autore, inoltre, la novella non sarebbe stata affatto necessaria, se non per evitare definitivamente la procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea. Aver configurato l'azione del privato come una "surroga" della P.A., renderebbe automaticamente operanti per il primo, regole poste a guida per la seconda. Risponderebbe a questa logica l'indirizzo⁴⁵ della Cassazione nel corso degli anni '90; secondo la Suprema Corte il privato concessionario di opere pubbliche deve rispettare le norme di evidenza stabilite per la P.A. e, in caso di controversia, la competenza spetta al giudice amministrativo, nonostante la qualità di privati delle parti.

⁴⁴ V. BASSANI, *Quando i privati*, cit., p. 6.

⁴⁵ V. Cass., Sez. Un., sentenza n. 12221, 29 dicembre 1990, in *Foro It.*, 1991, I, pp. 3405 e ss.

Bassani ricorda anche la riforma del d. lgs. 80/98 che ha tradotto in legge questo indirizzo.

c) Segue: i profili di incostituzionalità e di contrarietà alle norme comunitarie della disciplina degli interventi sotto la soglia di rilevanza comunitaria.

Si è osservato come l'intervento del legislatore nazionale sia diretto ad un recepimento pedissequo del dettato del giudice comunitario, senza trarre dal principio affermato alcuna conseguenza pratica per i casi analoghi. Se, per la Corte di Giustizia, il limite della soglia comunitaria era un obbligo imprescindibile, lo stesso non può dirsi per il Parlamento che ben poteva affrontare la questione con un'ottica più ampia. In effetti, l'utilizzo manicheo della soglia dei 5 milioni di ECU nella novella, pone seri problemi sul piano costituzionale interno e su quello della compatibilità con i principi comunitari, che non si esauriscono certo nella direttiva sugli appalti pubblici.

Sul versante costituzionale, il provvedimento offre il fianco alla critica sul tema della ragionevolezza. Autorevole dottrina⁴⁶ insegna che, nell'attuare obblighi comunitari, situazioni equiparabili vanno normate allo stesso modo pena l'irragionevole

⁴⁶ V. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 2002, p. 38.

discriminazione delle fattispecie che non ricadono nel dritto sovranazionale. Vi è già inoltre, per il diritto italiano, una soglia di rilevanza degli interventi, al di sopra della quale vanno applicate le procedure di evidenza. Questa soglia è quella di 300.000 ECU stabilita dalla legge Merloni⁴⁷. Non si capisce perché, una volta assimilata la realizzazione diretta a scomputo ad un appalto pubblico, non si sia conservata questa soglia (ben inferiore a quella comunitaria) che da anni regola sul territorio nazionale il settore degli appalti pubblici⁴⁸.

L'altro piano della critica è quello comunitario. Potrebbe sembrare paradossale per una legge di recepimento di un obbligo stabilito dalla Corte del Lussemburgo, ma va ricordato come, nel caso Scala 2001, sia stata sottoposta alla Corte una questione di compatibilità con la direttiva che non è però l'unico parametro su cui valutare la normativa interna. Vi sono, infatti, in ambito comunitario, i principi desumibili dai trattati istitutivi e in particolare, per la vicenda che ci interessa, i principi di libertà di stabilimento, di libera prestazione dei servizi e soprattutto di non discriminazione. In un caso recente⁴⁹, la Corte ha affermato che, anche al di fuori dell'osservanza delle direttive, le

⁴⁷ V. art.24 della l. 109/94.

⁴⁸ V. CIVITARESE MATTEUCCI, *L'esecuzione delle opere*, cit., p. 1369.

amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a garantire quella trasparenza indispensabile per consentire concretamente la partecipazione degli operatori di altri Stati membri⁵⁰.

Questo indirizzo del giudice comunitario è, probabilmente, in contrasto con le sue stesse precedenti affermazioni, secondo cui i principi fondamentali di trattati non comportano obblighi di *facere* per gli Stati membri, ma solo divieti di discriminazione; tuttavia, non si può sottovalutare la rilevanza di tale orientamento sulla previsione introdotta dall'art. 7 della l. 166/02. Infatti, le opere di valore inferiore ai 5 milioni di ECU sono state lasciate alla procedura negoziata e questo, pur rispettando la direttiva, contrasterebbe con l'esigenza di partecipazione degli operatori del mercato comune imposta dal trattato CE.

Sulla scorta di questo precedente, la Commissione europea ha, da ultimo, inviato un parere con osservazioni sulla normativa italiana in materia di lavori pubblici⁵¹. Viene così aperta una nuova procedura precontenziosa, in cui l'organo comunitario si

⁴⁹ V. Corte di Giustizia CE, sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, *Telaustria Vertrags GmbH e a.c. Telekom Austria AG*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, II, n. 6, pp. 1419 e ss.

⁵⁰ V. CIVITARESE MATTEUCCI, *L'esecuzione delle opere*, cit., p. 1370; MARCHEGIANI, *La normativa italiana in materia di urbanistica alla luce di una recente sentenza del giudice comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, pp. 852 e ss.

⁵¹ Si tratta della nota del 17 dicembre 2002 sulla l. 109/94, così come modificata dalla l. 166/02.

riserva di intervenire come previsto dall'art. 226⁵² del Trattato CE. Si criticano parecchi punti⁵³ della legge Merloni in cui, escludendo alcune fattispecie dall'applicabilità della disciplina di messa in concorrenza, le si lascia nel sospetto limbo dell'affidamento fiduciario o diretto da parte delle stazioni appaltanti. Sarebbero violati così gli artt. 43⁵⁴ e 49⁵⁵ del Trattato che, nella nuova interpretazione della Corte di Giustizia, impongono, anche al di fuori dell'applicabilità delle singole direttive, di "garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti

⁵² Ai fini che ci interessano, l'art. 226 del Trattato CE recita: " La Commissione, quando reputi che uno Stato membro abbia mancato a uno degli obblighi a lui incombenti in virtù del presente trattato, emette un parere motivato al riguardo, dopo aver posto lo Stato in condizioni di presentare le sue osservazioni.

Qualora lo Stato in causa non si conformi a tale parere nel termine fissato dalla Commissione, questa può adire la Corte di giustizia."

⁵³ V. nella nota, oltre al par. 2 sull'esecuzione diretta a scomputo delle opere di urbanizzazione, il par. 4 sull'affidamento fiduciario degli appalti pubblici di servizi sotto soglia ex art. 17 della l. 109/94 e il par. 7 sui vantaggi per i promotori nelle ipotesi di finanza di progetto ex art. 37-bis della l. 109/94.

⁵⁴ Ai fini che ci interessano, l'art. 43 del Trattato CE recita: "(...) Le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di uno Stato membro".

⁵⁵ Ai fini che ci interessano, l'art. 49 del Trattato CE recita: "(...) Le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in un paese della Comunità che non sia quello del destinatario della prestazione".

dei servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione⁵⁶.

La nota critica⁵⁷ il nuovo testo dell'art. 2 co. 5 della l. 109/94 sia per l'illegittimità della disciplina risultante per gli interventi sotto soglia (affidamento diretto e senza pubblicità), sia per la nozione di valore dei lavori. Il nuovo testo sembra infatti richiedere che a superare i 5 milioni di ECU sia il valore di ogni singola opera e non il valore complessivo della convenzione come previsto dall'art. 1 lett. c) della dir. 93/37.

3) *Osservazioni nell'ottica dell'urbanistica consensuale: a) l'opinione di Quaglia e i rischi di paralisi per i Comuni.*

Occorre, a questo punto, soffermarsi sulle riflessioni che la questione ha fatto scaturire in illustri commentatori. Si potrà così inserire il tema, di cui si è fin qui descritta l'ultima vicenda, nel più complesso discorso dell'urbanistica consensuale.

Alla dinamica autorità-libertà che presiedeva all'azione dell'amministrazione⁵⁸, si è affiancata, dapprima nel diritto

⁵⁶ V. par. 62 sent. *Telaustria*, cit. La sent *Telaustria* si riferisce alla mancata applicabilità della dir. 93/38 sulle telecomunicazioni, ma la Corte di Giustizia CE (nell'ordinanza 3 dicembre 2001, causa C-59/00, *Bent Moustén Vestergaard*) ne ha sottolineato la capacità espansiva, che rende il principio efficace anche in altri casi dove le direttive in materia non possono essere applicate.

⁵⁷ V. par. 2 della nota.

⁵⁸ V. CIVITARESE MATTEUCCI, *L'esecuzione delle opere*, cit., *passim*; ID., *Sul fondamento giuridico degli accordi in materia di fissazione delle prescrizioni urbanistiche*, in

urbanistico e poi nel diritto amministrativo tutto, la nuova struttura dell'amministrazione per accordi. Questa nuova frontiera impegna l'interprete a rivedere i cardini del sistema e ad introdurre nuovi principi, dato che il diritto amministrativo classico (improntato alla tipicità ed alla "prevedibilità" della P.A.) si dimostra inadatto e l'orizzonte ideale per le modalità negoziali (il diritto civile) non può esser trapiantato indistintamente in un rapporto, come quello tra privato cittadino e pubblico potere, che non cessa di conservare vistose peculiarità.

In questo dibattito è interessante analizzare l'opinione di Quaglia⁵⁹ che, annotando la sentenza della Corte di Giustizia, coglie i pericoli che derivano da una ricostruzione meramente contrattuale dell'onere urbanizzativo che compete alla proprietà edilizia. E' l'interpretazione che la Corte dà del tema dell'onerosità a formare oggetto di critica da parte dell'Autore, che non manca di sottolineare come sul punto sia stata importante la ricostruzione suggerita nell'ordinanza del TAR Lombardia. Lo statuto della proprietà edilizia differisce fortemente da quello della proprietà fondiaria, tanto da imporre

Presente e futuro della pianificazione urbanistica, a cura di PUGLIESE e FERRARI, Milano, Giuffrè, 1999, pp.163 e ss.; PORTALURI, *Le funzioni urbanistiche "necessarie" dei soggetti privati: aspetti di diritto interno e comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, pp. 119 e ss.; BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 269 e ss.

⁵⁹ V. QUAGLIA, *Le opere di urbanizzazione*, cit.

al titolare dell'immobile una serie di vincoli che trasferiscono su di lui i costi di urbanizzazione che la collettività sostiene e che contribuiscono grandemente all'aumento di valore della proprietà edilizia.

La legge ponte (l. 765/67) avrebbe modificato la legge urbanistica (l. 1150/42) in modo tale che oggi il soggetto che volesse trasformare urbanisticamente ed ediliziamente il territorio, sarebbe gravato dall'impegno di connettere la nuova costruzione col tessuto urbano. L'art. 28 della legge urbanistica gli assegna, infatti, l'onere di tutta l'urbanizzazione primaria e di una quota di quella secondaria, mentre l'art. 31 dispone, a chiusura del sistema, la non rilasciabilità del titolo abilitativo, in assenza dell'impegno da parte del proprietario alla realizzazione dell'urbanizzazione primaria. Necessario corollario di questa impostazione è "la cessione gratuita delle aree necessarie" al Comune. La l. 10/77, con la previsione di tabelle generali per gli oneri urbanizzativi, non avrebbe inciso sull'obbligo per la proprietà di assumere tutti i costi dell'urbanizzazione. Compito di questa previsione sarebbe il trasferimento dei costi, già sostenuti dalla collettività, sul proprietario che non potesse eseguire direttamente opere già esistenti.

L'istituto dello scomputo, introdotto dalla l. 10/77, confermerebbe la validità dello strumento della convenzione

attraverso cui il privato si grava dei costi di urbanizzazione. Questo principio resta centrale ed ha un contenuto effettivo: l'art. 11 ha il solo effetto di "sgravare" i proprietari che eseguiranno direttamente le opere dal versamento del contributo. D'altronde la giurisprudenza⁶⁰ ha stabilito la necessità di approvare convenzioni per la realizzazione delle opere di urbanizzazione nel caso che queste manchino, non essendo sufficiente il versamento dell'onere dovuto ai sensi della l. 10/77. La realtà dell'obbligo del lottizzante esclude l'onerosità del rapporto con l'amministrazione comunale. Infatti, l'onerosità, che la Corte ha dedotto nell'alternatività delle prestazioni, è privata del suo antecedente logico necessario. L'esecuzione dell'urbanizzazione dell'area è un obbligo che deriva dallo *status* del proprietario edilizio (e non più fondiario) e non dalla convenzione che serve solo a stabilire "le modalità e le garanzie" ai sensi dell'art. 11 l. 10/77.

La Corte, al contrario, ha recepito un'impostazione che vede in alternativa l'esecuzione diretta e il pagamento degli oneri e ha fatto leva su questa alternatività per desumere l'onerosità del contratto, non potendosi riscontrare cause diverse per prestazioni alternative. Sarebbe frainteso il dovere del

⁶⁰ V. Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 162, 1° febbraio 1995, in *Foro amm.*, 1995, pp. 342 e ss.

proprietario: non l'urbanizzazione dell'area in attuazione delle scelte di piano, ma un mero concorso con l'amministrazione nella sopportazione dei costi. Le conseguenze per le amministrazioni comunali sarebbero di non poca rilevanza: non si potrà più pretendere la completa urbanizzazione primaria e una quota di quella secondaria, ma solo, a tacer del semplice pagamento, l'esecuzione di opere i cui costi non superino gli oneri tabellari.

Anche il "rimedio"⁶¹ scelta dalla Corte è presa in considerazione dall'Autore che paventa il rischio di situazioni abnormi. Se, infatti, l'opera di urbanizzazione da eseguire nel concreto superasse il valore che al privato spetta di corrispondere, avremmo un lottizzante *dominus* di lavori pubblici da lui parzialmente non finanziati, con conseguente estromissione del Comune.

Sarebbe stato dunque opportuno che il legislatore, nel recepire l'indirizzo del giudice comunitario, avesse colto l'occasione per ridefinire i contenuti dell'onere di urbanizzazione del proprietario che, almeno per l'urbanizzazione primaria, non dovrebbero essere considerati appalti pubblici di lavori, non potendosi riscontrare il requisito dell'onerosità, come sopra esposto.

⁶¹ V. QUAGLIA, *Le opere di urbanizzazione*, cit., p. 845.

Al fine di distinguere il regime dell'urbanizzazione primaria e secondaria, è opportuno rilevare l'utilità dell'art.7 n.3 della direttiva. Questa norma enumera cinque casi di appalti pubblici di lavori che la P.A. può assegnare mediante procedura negoziata non preceduta dalla pubblicazione del bando di gara. Uno di questi casi è la necessità per ragioni di fatto di far eseguire la prestazione ad un determinato imprenditore. La disposizione richiamata dalla stessa Corte nella ricostruzione fatta nella sentenza, ma non applicata al momento della decisione, si potrebbe attingere alle opere di urbanizzazione primaria. Queste opere, infatti, presentano qualità che le rendono di precipuo interesse per il proprietario al momento dell'edificazione, tanto da consigliare una previsione legislativa che imponga al lottizzante la loro contestuale realizzazione con la trasformazione edilizia. Quaglia arriva a considerare il corredo urbano primario come una "stretta e diretta pertinenza degli interventi privati"⁶².

b) Segue: l'opinione di Portaluri e la "pubblicità reale" dei lottizzanti.

E' interessante notare le osservazioni fatte da un altro commentatore, al tempo dell'ordinanza del TAR Lombardia.

⁶² V. QUAGLIA, *Le opere di urbanizzazione*, cit., p. 852.

Portaluri⁶³ critica l'impostazione fornita dal giudice amministrativo e che sarà, come sappiamo, accolta prima dalla Corte di Giustizia e poi anche dal legislatore nazionale. Secondo questo Autore, non va cercata nella fattispecie la presenza di ogni singolo requisito prescritto dalla direttiva per la configurazione di un appalto pubblico, perché l'identificazione con la figura dell'appalto sarebbe errata in radice. Dopo un'estesa analisi della storia dell'istituto del consenso nel diritto urbanistico⁶⁴, Portaluri arriva ad analizzare l'art. 11 della l. 241/90 che è l'archetipo dell'amministrazione consensuale. Sarebbe errato confondere la causa dell'appalto con quella sottesa agli accordi di diritto pubblico. Il modulo sinallagmatico di questi accordi consiste in uno scambio tra privato e amministrazione difficilmente riconducibile ad uno dei tipi previsti dal codice civile⁶⁵.

Da un lato, a fronte dell'obbligazione assunta dal privato, che può liberamente consistere nella cessione di un bene, nell'erogazione di una somma di denaro o nel compimento di un

⁶³ V. PORTALURI, *Le funzioni urbanistiche "necessarie" dei soggetti privati*, cit.

⁶⁴ V. PORTALURI, *Le funzioni urbanistiche "necessarie" dei soggetti privati*, cit., pp.121 e ss.; MAZZARELLI, *Le convenzioni urbanistiche*, Bologna, Il Mulino, 1979; CANDIAN-GAMBARO, *Le convenzioni urbanistiche*, Milano, Giuffrè, 1992; NIGRO, *Convenzioni urbanistiche e rapporti fra privati. Problemi generali*, in COSTANTINO, *Convenzioni urbanistiche che tutelano i rapporti tra privati*, Milano, Giuffrè, 1978, pp. 33 e ss.

⁶⁵ V. PORTALURI, *Le funzioni urbanistiche "necessarie" dei soggetti privati*, cit., pp.147 e ss.

facere, la P.A. si impegna ad esercitare un suo potere in una modalità precedentemente determinata con il privato stesso. Nel diritto urbanistico è frequente che il potere “compromesso” sia quello di pianificazione e cioè uno dei maggiormente discrezionali in capo ad un soggetto pubblico. E’ chiara la difficoltà di ridurre una “prestazione” del genere nell’alveo delle obbligazioni civilistiche.

L’appalto, dall’altro lato, è caratterizzato dall’erogazione di una somma di denaro da parte del committente, al fine di ottenere il compimento di un’opera o un servizio dall’appaltatore (art. 1655 c.c.). Se dunque nell’art. 11 la P.A. riceve qualcosa in cambio di potere, nell’appalto la stessa eroga denaro in cambio di una *res* o di una *utilitas*⁶⁶.

Secondo Portaluri, questa confusione riflette quella esistente nel nostro tessuto normativo che parla di “privato” come di un polo unitario, senza distinguere ad esempio tra i proprietari (cui si rivolge l’art. 11) e imprenditori (cui si rivolge l’art. 1655). La chiave di volta del sistema è, nella ricostruzione dell’Autore, la qualifica di organismi di diritto pubblico per i lottizzanti che eseguono direttamente opere di urbanizzazione.

⁶⁶ V. PORTALURI, *Le funzioni urbanistiche “necessarie” dei soggetti privati*, cit., p. 149.

L'Autore sembra qui anticipare la soluzione che la Corte avrebbe prospettato, affidando ai privati il compito di tenere le gare.

L'analisi della prassi giurisprudenziale comunitaria⁶⁷ conduce al riscontro della presenza dei tre elementi richiesti per la qualifica di organismo di diritto pubblico: a) la soddisfazione specifica di bisogni di interesse generale a carattere non industriale o commerciale; b) la personalità giuridica; c) il finanziamento pubblico dell'attività.

Portaluri conduce la sua analisi senza perdere il riferimento al più vasto ambito dell'urbanistica consensuale e, in particolare, alle recenti esperienze della pianificazione sdoppiata in strutturale e operativa⁶⁸. Se l'assenza di quadri normativi certi ha spinto ad una "fuga" verso modelli di diritto privato, le esigenze di trasparenza e la pressione dell'integrazione comunitaria hanno cercato di "snidare la pubblicità reale che si nasconde sotto diverse forme"⁶⁹. I processi reali di negoziazione,

⁶⁷ V. Corte di Giustizia CE, sentenza 15 gennaio 1998, causa C-44/96, in *Urb. e app.*, 1998, pp. 421 e ss., annotata da VIVIANI, *Gli organismi di diritto pubblico davanti alla Corte di Giustizia*; Corte di Giustizia CE, sentenza 10 novembre 1998, causa C-360/96, in *Guida al Diritto*, 1998, n. 50, pp. 130 e ss., annotata da SCIAUDONE, *La deroga all'applicazione della direttiva si fonda sull'attività concretamente svolta*.

⁶⁸ V. ROMANO-TASSONE, *Modelli di pianificazione urbanistica e pluralità delle fonti del diritto*, in *Presente e futuro della pianificazione urbanistica*, a cura di PUGLIESE e FERRARI, cit.; URBANI, *Urbanistica consensuale*, Torino, Bollati Boringhieri, 2000, pp. 56 e ss.

⁶⁹ V. TORREGROSSA, *I principi fondamentali dell'appalto comunitario*, in *Quaderni della Rassegna Giuridica dell'Energia Elettrica*, 1994, pp. 3 e ss.

che prima restavano ipocritamente nell'ambito dell'irrilevanza giuridica, sono ora incanalati nelle strutture di pianificazione consensuale. Questo porta ad un duplice vaglio di concorrenzialità: a monte della proposta urbanistica che il privato si incarica di portare all'attenzione del Comune e a valle della stessa, con l'obbligo di procedure di evidenza pubblica per la concreta realizzazione dei lavori.

E' qui forse opportuno ricordare che l'art. 11 della l. 241/90 pone un requisito fondamentale per l'esercizio concordato dei poteri amministrativi: che non vi sia pregiudizio per i diritti dei terzi. Se si ritiene un diritto, come sembra doveroso, l'interesse degli operatori economici (del mercato interno e comune) a concorrere per la realizzazione di opere di interesse pubblico, non si può non considerare necessario l'inserimento di gare anche in casi come la lottizzazione, in cui vi è già un soggetto privato stabilmente inserito nella trasformazione urbana in atto.

4) Considerazioni finali.

Va infine fatta un'osservazione sulle critiche alla sentenza della Corte di Giustizia e sui timori espressi sulla stampa quotidiana da operatori economici del settore. E' stato detto⁷⁰ che impedire l'esecuzione diretta avrebbe comportato il forte

⁷⁰ V. SAPORITO, *Commento*, cit.

rallentamento di un settore in grande espansione. Per un soggetto che intende procedere ad una lottizzazione, l'esigenza della realizzazione contestuale, quantomeno dell'urbanizzazione primaria, è innegabile e integrare i lavori di costruzione degli immobili con quelli di connessione alle reti infrastrutturali può risultare una pesante complicazione. Non va neppure trascurata la capacità di economia di scala che l'affidamento dei lavori ad un unico imprenditore permette, soprattutto dato che parliamo di soldi pubblici.

Altra questione da non sottovalutare è l'interesse dell'operatore privato alla stabilità delle statuizioni dell'amministrazione comunale. E' stato infatti osservato che la vera contropartita che il privato ottiene con accordi di questo tipo non è tanto nell'esonero dall'obbligo di versamento degli oneri tabellari, quanto nella "fissazione" del potere di pianificazione che spetta al Comune. La convenzione vincolerebbe l'amministrazione a non cambiare idea, permettendo così all'operatore privato di attuare il suo progetto economico senza timore che intervengano nuovi orientamenti.

In questo contesto, affidare alla P.A. l'esecuzione delle procedure concorsuali per le opere di urbanizzazione vanificherebbe del tutto questo intento, facendo tornare al Comune un potere di intervento che si era in qualche modo

tentato di sterilizzare. Il legislatore, nell'ottica della pubblicizzazione dell'affidamento di questi lavori, ha quindi scelto il male minore, facendo conservare al privato una situazione di controllo che, se lo grava di un onere estraneo alla sua consuetudine, lo lascia al centro del sistema da lui concordato con l'amministrazione pubblica.

5) Bibliografia.

Aprea G., *Perdita di chance (ancora sull'art. 33 del d. lgs. N. 80 del 1998)*, in *T.A.R.*, 1999, II, pp. 458-473.

Barbieri E.M., *Esecuzione di opere di urbanizzazione a scomputo del contributo concessorio e diritto comunitario*, nota a ord. TAR Lombardia, sez. Milano III, 28 agosto 1998, n. 35, in *Rivista Trimestrale degli Appalti*, 1999, pp. 122-130

Bassani M., *quando i privati devono bandire gare pubbliche per l'esecuzione di opere di urbanizzazione*, in *Urbanistica e Appalti*, 2003, pp. 5-8

Bruti Liberati E., *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1996

Candian A. e Gambaro A., *Le convenzioni urbanistiche*, Milano, Giuffrè, 1992

Carbone V. e Gioia G., *Temporaneità e indennizzabilità dei vincoli urbanistici: la Corte ci ripensa*, nota a sent. Cort. Cost., 29 maggio 1999, n. 179, in *Il Corriere Giuridico*, 1999, pp. 833-841.

Civitarese Matteucci S., *L'esecuzione delle opere di urbanizzazione tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Foro Amministrativo*, 2002, pp. 1361-1376

Civitarese Matteucci S., *Sul fondamento giuridico degli accordi in materia di fissazione delle prescrizioni urbanistiche*, in *Presente e futuro della pianificazione urbanistica*, a cura di Pugliese F. e Ferrari E., Milano, Giuffrè, 1999

Giannini M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993

Manfredi G., *Le opere di urbanizzazione. Ammissibilità dell'esecuzione diretta a scomputo del contributo*, nota a sent. Cons. Stato, sez. V, 27 giugno 1994, n. 716, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 1994, pp. 1141-1146

Marchegiani G., *La normativa italiana in materia di urbanistica alla luce di una recente sentenza del giudice comunitario*, nota a

sent. Corte Giust. CE, sez. VI, 12 luglio 2001, causa C-399/98, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2001, pp. 852-866

Mazzarelli V., *Le convenzioni urbanistiche*, Bologna, Il Mulino, 1979

Nasti I., *Opere di urbanizzazione sopra soglia comunitaria e rispetto delle procedure di evidenza pubblica: il caso Bicocca davanti alla Corte di Giustizia*, in *Il Corriere Giuridico*, 2002, pp. 185-191

Nigro M., *Convenzioni urbanistiche e rapporti fra privati. Problemi generali*, in Costantino M., *Convenzioni urbanistiche che tutelano i rapporti tra privati*, Milano, Giuffrè, 1978

Patti S., ***Danno e responsabilità civile***, Torino, Giappichelli, 1997

Portaluri P.L., *Le funzioni urbanistiche "necessarie" dei soggetti privati: aspetti di diritto interno e comunitario*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1999, pp. 119-155

Quaglia M.A., *Le opere di urbanizzazione tra convenzioni urbanistiche e procedure di evidenza pubblica*, nota a sent. Corte Giust. CE, sez. VI, 12 luglio 2001, causa C-399/98, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2001, pp. 842- 852

Romano-Tassone A., *Modelli di pianificazione urbanistica e pluralità delle fonti del diritto*, in *Presente e futuro della pianificazione urbanistica*, a cura di Pugliese F. e Ferrari E., Milano, Giuffrè, 1999

Saporito G., *Commento alla sent. 12 luglio 2001 CGCE*, nota a sent. Corte Giust. CE, sez. VI, 12 luglio 2001, causa C-399/98, in *Giustizia Italiana*, 2001, n. 718

Scalera A., *Corte di giustizia delle Comunità Europee, sez. VI, 12 luglio 2001: la realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo degli oneri concessori soggiace alla normativa comunitaria sugli appalti, nel caso in cui il valore di tali opere superi i 5.000.000 E.C.U.*, nota a sent. Corte Giust. CE, sez. VI, 12 luglio 2001, causa C-399/98, in *Studium Iuris*, 2002, pp. 275-276

Sciaudone F., *La deroga all'applicazione della direttiva si fonda sull'attività concretamente svolta*, nota a sent. Corte Giust. CE, 10 novembre 1998, causa C-360/96, in *Guida al Diritto*, 1998, n. 50, pp. 130-134

Simolo G., *Realizzazione "a scomputo" delle opere di urbanizzazione disciplina di evidenza pubblica*, nota a ord. TAR Lombardia, sez. Milano III, 28 agosto 1998, n. 35, in *Urbanistica e Appalti*, 1999, pp.194-197

Sorace D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 2002

Torregrossa G., *I principi fondamentali dell'appalto comunitario*, in *Quaderni della Rassegna Giuridica dell'Energia Elettrica*, 1994, pp. 3-36

Travi A., *Accordi fra proprietari e comune per modifiche al piano regolatore ed oneri esorbitanti*, in *Il Foro Italiano*, 2002, pp. 274-282

Urbani P., *Urbanistica consensuale*, Torino, Bollati
Boringhieri, 2000

Vivani C., *Gli organismi di diritto pubblico davanti alla Corte di
Giustizia*, nota a sent. Corte di Giustizia CE, 15 gennaio 1998,
causa C-44/96, in *Urbanistica e Appalti*, 1998, pp. 436-439