amministrativ@mente
Rivista di diritto amministrativo

Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da
Gennaro Terracciano, Piero Bontadini, Stefano Toschei,
Mauro Orefice e Domenico Mutino

Direttore Responsabile
Marco Cardilli

Coordinamento
Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 5/2013

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

eurilink

Comitato scientifico

Bonfiglio Salvatore, Carloni Enrico, Castiello Francesco, Cittadino Caterina, D'Alessio Gianfranco, Di Pace Ruggiero, Gagliarducci Francesca, Gardini Gianluca, Gattamelata Stefano, Greco Maurizio, Laurini Giancarlo, Liccardo Gaetano, Mari Angelo, Marini Francesco, Mastrandrea Gerardo, Matera Pierluigi, Merloni Francesco, Palamara Luca, Palma Giuseppe, Panzironi Germana, Patroni Griffi Filippo, Piazza Angelo, Pioggia Alessandra, Puliat Helene, Realfonzo Umberto, Schioppa Vincenzo, Sciascia Michel, Sestini Raffaello, Spagnoletti Leonardo, Staglianò Giuseppe, Storto Alfredo, Titomanlio Federico, Tomassetti Alessandro, Uricchio Antonio, Volpe Italo.

Comitato di redazione

Laura Albano, Sonia Albertosi, Federica Angeli, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Federico Dinelli, Francesca Romana Feleppa, Luigi Ferrara, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Giuliano Gruner, Laura Lamberti, Laura Letizia, Roberto Marotti, Masimo Pellingra, Benedetto Ponti, Carlo Rizzo, Francesco Rota, Stenio Salzano, Ferruccio Sbarbaro, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano, Manuela Veronelli, Angelo Vitale, Virginio Vitullo.

amministrativamente
Rivista di diritto amministrativo

L'azione ex art. 2932 c.c. davanti il giudice amministrativo: lo sviluppo successivo all'Adunanza Plenaria 28/2012.

Gli orientamenti della giurisprudenza e della dottrina.

di Nicola Massa*

Sommario

1. Premessa. – 2.1. Il fatto. – 2.2. Le richieste del ricorrente e le controdeduzioni del re-sistente. La soluzione del T.A.R. – 3.1. I punti affrontati dall'Adunanza Plenaria: le ragioni degli appellanti. – 3.2.1. Le tematiche interessate dall'Adunanza Plenaria: l'articolo 2932 c.c. – 3.2.2. I contratti accessivi: nozione, natura, riparto di giurisdizione. – 3.2.3. Le convenzioni urbanistiche: nozione, natura e conseguente riparto di giurisdizione. – 3.3. Gli accordi ex art. 11 L. 241/90: la loro natura. – 3.4. Praticabilità del rimedio ex art. 2932 c.c. e di altri strumenti a fronte dell'inadempimento nel caso degli accordi procedimentali – 3.5. Rapporti tra l'esercizio del potere e i principi del codice civile negli accordi, conseguenze sull'utilizzabilità dell'articolo 2932 c.c. – 3.6. Autotutela esecutiva, l'esecuzione forzata amministrativa come tutela alternativa al 2932 c.c. – 3.7. Inutilizzabilità dell'articolo 2932 c.c. nell'evidenza pubblica. – 3.8. Utilizzabilità dell'articolo 2932 c.c. nei rapporti di lavoro del pubblico impiego privatizzati. – 3.9. Utilizzabilità dell'articolo 2932 c.c. nei rapporti jure privatorum della P.A. – 4. Il decisum. – 5. La giurisprudenza relativa all'uso dell'articolo 2932 c.c. – 6. Osservazioni finali.

Massime

Qualora un soggetto privato non abbia adempiuto l'obbligo (da esso accettato e derivante dalla assegnazione di un'area compresa in un piano di zona) di realizzare alcune opere di urbanizzazione e di cedere poi gratuitamente al Comune le aree stradali con i relativi servizi, l'ente locale può ricorrere al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva, chiedendo l'accoglimento della domanda prevista dall'art. 2932 del codice civile.

Quando perde efficacia per decorso del tempo il piano di zona per l'edilizia economica e popolare, decadono i vincoli preordinati all'esproprio, ma – per la sua natura di piano attuativo – restano fermi tutti gli effetti urbanistici aventi durata a tempo indeterminato, nonché gli obblighi assunti da coloro che abbiano concluso convenzioni urbanistiche, ai sensi dell'art. 11 della legge n. 167 del 1962, ovvero abbiano sottoscritto un atto d'obbligo per ottenere l'assegnazione di un'area inserita nel piano.

* Il lavoro è stato sottoposto ad una preventiva valutazione da parte di due referee anonimi.

1. Premessa

L'art. 2932 c.c. rappresenta il 'filo di Arianna', grazie al quale si potrà passare in rassegna una serie di istituti e procedimenti per verificare l'utilizzabilità o meno di questo rimedio nel campo del diritto amministrativo. Il presente lavoro ha perciò come compito precipuo quello di tracciare delle coordinate in un ambito che trova scarse applicazioni in giurisprudenza e ben pochi interventi dottrinari.

È inevitabile che connesso all'utilizzabilità del rimedio *ex* art. 2932 c.c. è il riparto di giurisdizione, specie se si tiene presente che l'art. *de quo* è uno strumento di origine civilistica e processual–civilista e presuppone perciò l'esistenza di un diritto.

È indubitabile, inoltre, che l'esecuzione in forma specifica *ex* art. 2932 c.c. è azionabile davanti al giudice ordinario; sicché ciò che in questo lavoro si tenterà di ricostruire è se lo stesso rimedio sia azionabile davanti ai giudici amministrativi e se sia proponibile nei confronti della P.A.

Strettamente collegato con l'esperibilità dell'art. 2932 c.c. risulta il problema della concreta applicabilità dei principi di diritto civile agli accordi amministrativi *ex* art. 11, L. 241/90; allo stato attuale il settore più interessato da questo fenomeno è quello delle convenzioni urbanistiche, *sub specie* delle convenzioni di lottizzazione. D'altra parte, costituisce una pregiudiziale logica stabilire la natura degli accordi, per meglio ricostruire l'ambito di applicazione del rimedio processual–civilistico dell'azione di esatto adempimento.

Ebbene, l'Adunanza Plenaria 28/2012 fissa una serie di principi che servono a chiarire la portata dell'art. 2932 c.c. nel diritto amministrativo oltre ad occuparsi di altri problemi connessi, quali le conseguenze delle convenzioni urbanistiche una volta che il P.E.E.P. (piano di edilizia economico popolare) perde di efficacia.

Non può non 'saltare agli occhi' come, in realtà, definire l'utilizzabilità del 2932 c.c. porterà a trattare del potere e dell'eterna dialettica autorità e libertà. Difatti, bisognerà indagare se e in quale modo sia eventualmente compatibile l'azione di esatto adempimento con il *facere* pubblicistico, contro il quale si staglia una posizione di interesse legittimo.

Da tutto ciò si può ravvisare l'opportunità di procedere dapprima alla ricognizione del fatto posto a base del *decisum* dell'Adunanza Plenaria *de qua*, per poi passare all'analisi dei vari ambiti che possano costituire o meno il terreno fertile su cui possa attecchire il 2932 c.c., compresi dei settori che non sono stati toccati direttamente dall'Adunanza Plenaria 28/2012. In questa analisi si darà sinteticamente conto della dottrina e della giurisprudenza precedenti la decisione del Supremo Consesso della giustizia amministrativa. Da ultimo, ci si soffermerà sul *decisum*, per poi verificarne la tenuta alla luce della giurisprudenza successiva.

Nelle conclusioni si tenterà di delineare la praticabilità del 2932 c.c., stabilnedo i poteri del giudice amministrativo e fissando i confini tra 'l'acqua e l'olio', ossia, fuor di metafora, tra i principi del diritto privato e il campo del diritto amministrativo.

2.1. Il fatto

L'Adunanza Plenaria affronta un caso riguardante un consorzio che aveva avuto in assegnazione terreni, da parte di un Comune, per l'edificazione e l'urbanizzazione di aree, in parte di proprietà del consorzio stesso ed in parte da espropriare, le quali ricadevano nel piano di zona di cui alla legge 18 aprile 1962, n. 167. Tuttavia l'attuazione delle relative previsioni edificatorie e di urbanizzazione era stata subordinata dal Comune alla sottoscrizione di un atto d'obbligo (rogato presso un notaio), con il quale il consorzio aveva assunto a proprio carico gli

oneri di urbanizzazione e l'obbligo di cedere gratuitamente al Comune le aree destinate a sede stradale; aree destinate a servizi scolastici; aree destinate ad altro scopo, ugualmente pubblico, quali mercato, chiesa, servizi amministrativi, culturali e sanitari ; infine aree destinate a verde pubblico. A seguito di varianti urbanistiche apportate al piano di zona, il consorzio con altro atto d'obbligo (rogato presso un altro notaio) si era obbligato ad osservare, nell'esecuzione degli impegni già assunti, le variazioni urbanistiche intercorse. Approvata formalmente la predetta variante urbanistica, il Presidente della Giunta regionale aveva disposto, per la realizzazione del piano di zona, l'espropriazione delle predette aree, le quali erano state trasferite al consorzio tramite un atto rogato davanti a un altro notaio.

In seguito, tramite atto formale (sottoscritto davanti a un notaio), il consorzio aveva effettivamente ceduto al Comune alcune delle aree in questione, trattenendone altre. Dopo la sottoscrizione del verbale di cessione gratuita delle aree del piano di zona di pertinenza del consorzio, il Comune si era effettivamente immesso nel possesso di queste aree. Infine veniva rinnovato l'impegno da parte del consorzio di cedere le rimanenti aree situate all'interno del piano di zona.

2.2. Le richieste del ricorrente e le controdeduzioni del resistente. La soluzione del T.A.R.

Il Comune, notificato il ricorso al consorzio, avanzava al T.A.R. le seguenti domande:

1) in via cautelare, l'autorizzazione all'immissione provvisoria nel possesso dei beni in questione;
2) nel merito, l'accertamento dell'inadempimento da parte del consorzio degli obblighi derivanti dagli atti d'obbligo rogati dai diversi notai;
3) l'emanazione di una sentenza *ex* art. 2932 c.c. per il trasferimento a titolo gratuito in sua proprietà delle aree precedentemente indicate;
4) in via istruttoria, disporsi apposita consulenza tecnica d'ufficio per acclarare eventuali modifiche dei riferimenti catastali delle particelle immobiliari identificate, al fine di addivenire ad un corretto trasferimento delle aree.

Il consorzio si costituiva in giudizio e deduceva:

1) il difetto di giurisdizione;
2) l'inesistenza del titolo idoneo (accordo preliminare) ai fini dell'azione costitutiva *ex* art. 2932 c.c.;
3) la prescrizione dell'obbligazione di cessione delle aree a causa del decorso del termine decennale dal momento in cui aveva acquisito le aree in questione.

Il T.A.R., con sentenza non definitiva, rilevato che la questione concerneva la realizzazione di un programma edificatorio, oggetto di successive varianti, e ricordato, per un verso, che, ai sensi degli artt. 10 e 11 della legge n. 167 del 1962, il Comune poteva riservarsi l'acquisizione delle aree ricomprese nel Piano (in misura non superiore al 50%), mentre le rimanenti aree potevano essere richieste da vari soggetti (tra cui le cooperative a favore dei propri soci per la costruzione di edifici di carattere economico popolare), i quali dovevano indicare al sindaco le aree da scegliere e l'entità delle costruzioni, e, per altro verso, che all'epoca della vigenza della citata legge n. 167 del 1962 non era prevista la sottoscrizione di una convenzione (a differenza di quanto successivamente disposto dalla legge 22 ottobre 1971, n. 865), ha concluso nel senso che il primo atto d'obbligo (che aveva subordinato la legittimità del rilascio del titolo concessorio alla cessione unilaterale di aree private inserite nel piano di zona in questione) dovesse

considerarsi inserito nel procedimento generale di attuazione e realizzazione del piano stesso.
Conseguentemente, il T.A.R. ha ritenuto sussistente nel caso di specie la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, a questi appartenendo la domanda con cui il Comune agisce per ottenere l'esecuzione dell'obbligo assunto dal privato di cedere a titolo gratuito le aree per opere di urbanizzazione o servizi di interesse generale e di verde pubblico e in particolare la domanda volta ad accertare e dichiarare il diritto del Comune stesso di ottenere con sentenza *ex* art. 2932 c.c. il loro trasferimento, previo accertamento del diritto del Comune ad acquisire in proprietà le predette aree dall'attuale proprietario.
Da ultimo, il T.A.R. ha poi respinto l'eccezione di prescrizione del diritto azionato ed infine, pur ritenendo fondate e meritevoli di accoglimento le richieste avanzate dal Comune di cessione delle aree da parte del consorzio, ai fini della completa cognizione del giudizio, ha disposto puntuali incombenti istruttori, demandandone l'espletamento al Direttore dell'Agenzia del Territorio.

3.1. I punti affrontati dall'Adunanza Plenaria: le ragioni degli appellanti.

Il consorzio ha quindi proposto appello avverso la sentenza del T.A.R., chiedendone la riforma per i seguenti motivi:

1) violazione e falsa applicazione in generale dell'art.7 commi 1 e 5 del codice del processo amministrativo ed art. 133 lett. f) del medesimo codice, *ob relationem* agli articoli 24, 103 e 113 Costituzione. Eccesso di potere giurisdizionale; violazione e falsa interpretazione dell'art. 1 c.p.a. e falsa applicazione dell'art. 2932 c.c. *ob relationem* all'art. 360 c. p. c. L'appellante ha sostenuto che, diversamente da quanto erroneamente e comunque contraddittoriamente ritenuto dai primi giudici, l'atto d'obbligo a suo tempo sottoscritto con il Comune costituisse soltanto una manifestazione di volontà del privato, fonte di una obbligazione tipicamente privatistica, priva di qualsiasi connotazione pubblicistica, non inquadrabile pertanto in un procedimento amministrativo. Da ciò conseguiva, sempre secondo la tesi del consorzio, la negazione della sussistenza di un qualsiasi accordo e pertanto il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo; d'altra parte, sempre secondo il consorzio, la circostanza che la legge n. 167 del 1962 (artt. 10 e 11) non contenesse alcuna disposizione né in tema di convenzionamento, né in tema di atto d'obbligo, ma prevedesse un mero elenco delle aree che si intendevano acquistare o espropriare da parte degli enti indicati nell'articolo 1 e delle aree di cui all'articolo 16, sulle quali i proprietari avessero richiesto di costruire in proprio case popolari, escludeva in radice la sussistenza di un atto convenzionale, in quanto la fonte dell'obbligo era costituito solo dall'elenco stesso ovvero dal verbale di assegnazione, ed impediva l'ammissibilità della proposta azione *ex* art. 2932 c.c. (utilizzabile solo per gli obblighi di fonte legale), tanto più che alcun sinallagma poteva configurarsi tra il procedimento di assegnazione, di natura reale, e l'obbligo (di cessione delle aree per la realizzazione delle opere di urbanizzazione secondaria) che non era stato neppure concepito come condizione di efficacia dello stesso.
2) Violazione di legge. Violazione dell'art. 2946 c.c. – Violazione dell'articolo 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241. Carenza di motivazione. Il consorzio ha evidenziato l'erroneità della sentenza impugnata per aver ritenuto interrotto il termine decennale di prescrizione delle obbligazioni derivanti dall'atto d'obbligo, per effetto del verbale di cessione

gratuita delle aree e delle successive intimazioni dell'amministrazione comunale, senza avvedersi tuttavia che detto verbale (e l'impegno ivi contenuto a cedere ulteriori aree di completamento delle opere di urbanizzazione secondaria, quali servizi scolastici, mercato e chiesa, impegno peraltro dettato dalla situazione di difficoltà economica in cui versava il Comune e finalizzato ad ottenere il rilascio delle licenze abitative) non si riferiva affatto al lotto contestato.

3) Violazione di legge. Violazione dell'articolo 9 e 18 della legge 18 aprile 1962, n. 167 in combinato disposto con l'articolo 17, comma 1 legge 17 agosto 1942, n. 1150. Decadenza della validità ed efficacia del piano di zona. L'appellante ha infine sostenuto che, essendo scaduto il termine di validità del primo PEEP del Comune, in cui è compreso il piano di zona, era venuta meno anche la possibilità per il Comune di acquisire le aree oggetto dell'atto d'obbligo, con conseguente inutilità della stessa ricostruzione di quest'ultimo come atto endoprocedimentale.

3.2.1. Le tematiche interessate dall'Adunanza Plenaria: il 2932 c.c.

Appare interessante soffermarsi sul contenuto dell'azione *ex* art. 2932 c.c. La norma in commento regola ogni fattispecie in cui si realizza la violazione degli obblighi a contrarre, siano essi di fonte legale (come ad esempio artt. 849, 1032, 2597 c.c.) ovvero negoziale[1]; in definitiva il 2932 c.c. non disciplina le sole ipotesi di inadempimento di un contratto preliminare.

La dottrina dominante e la giurisprudenza prevalente concordano nel ritenere che l'esecuzione specifica sia ammissibile sia per i contratti preliminari aventi ad oggetto la conclusione di negozi ad efficacia reale, sia per quelli che hanno ad oggetto la conclusione di contratti ad efficacia obbligatoria[2]. Vi è invece la tendenza a negare l'ammissibilità del 2932 c.c. per i preliminari di contratti reali (ad esempio il comodato), poiché, specie con riferimento a quest'ultimo esempio, la sentenza non potrebbe, in ogni caso, produrre gli effetti che scaturirebbero dal normale adempimento (i contratti reali si perfezionano con la manifestazione del consenso congiuntamente alla *traditio* del bene oggetto di negozio)[3]; secondo invece un opposto orientamento[4] nell'ipotesi di preliminare di contratto reale sarebbe applicabile sia il 2932 c.c. per la prestazione del consenso che l'art. 2390 c.c. per la consegna della cosa. La dottrina

[1] In giurisprudenza cfr. Cass. 1995, n. 6071; Cass. 1987, n. 1814; Cass. 1980, n. 4649; in dottrina si v. F. D. BUSNELLI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti, Commentario Utet*, Torino, 2008, 334 e ss.; S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, Tr. Rescigno, XX, Torino, 1982, 191; A. DI MAJO, *Obbligo a contrarre*, *Enc. Giur. Treccani*, 8.

[2] F. D. BUSNELLI, *ibidem*; L. MONTESANO, *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, Napoli, 1953, 103; R. Scognamiglio, *Dei contratti in generale*, Commentario al codice civile a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, 447; S. MAZZAMUTO, *ibidem*; A. DI MAJO, *ibidem*; G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, 45 e ss.; *contra*, S. SATTA, *L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Foro it*. 1950, IV, 73 e ss; M. GORGIANNI, *Contratto preliminare, esecuzione in forma specifica e forma del mandato*, in *Giust. Civ*., 61, I, 69 e ss. In giurisprudenza, benché in un isolato precedente (Cass., sez. II, 3 dicembre 1999, n. 13516) si è deciso che deve ritenersi estranea all'art. 2932 c.c., e non dare pertanto luogo alla relativa obbligazione di concludere un contratto ed alla sentenza che la sanziona producendo gli effetti del contratto non concluso, l'ipotesi in cui venga previsto un mero obbligo di trasferimento del bene, senza l'indicazione o specificazione del tipo di contratto produttivo di tale effetto; conseguentemente, un tale tipo di obbligo, se inadempiuto, può dar luogo unicamente al risarcimento del danno; cfr. Cass., sez. III, 23 febbraio 1981, n. 1069.

[3] S. SATTA, *ibidem*; L. MONTESANO, *ibidem*.

[4] A. DE MARTINI, *Obbligo a contrarre*, *Novissimo Digesto it*., XI, Torino, 1965, 675; G. GABRIELLI, *ibidem*.

prevalente[5] ritiene che il 2932 c.c. possa trovare applicazione anche in caso di inadempimento dell'obbligo assunto dalle parti di un contratto definitivo, già concluso sulla base di una scrittura privata, di riprodurre il consenso in un successivo atto pubblico ai fini della trascrizione (cd. preliminare improprio). La giurisprudenza è però di diversa opinione, poiché ritiene che la parte adempiente possa comunque ottenere una sentenza di mero accertamento, la quale, supplendo alla documentazione mancante, soddisfi il suo interesse alla documentazione in forma pubblica del negozio[6].

Sembra invece pacifico che il 2932 c.c. non possa essere utilizzato per tutelare la situazione di mero fatto consistente nel possesso[7].

Occorre poi chiarire che la sentenza prevista dal 2932 c.c. si inquadra nella categoria delle sentenze costitutive (2908 c.c.) e la sua funzione è quella di operare *ex nunc*[8] quel mutamento della situazione sostanziale che sarebbe dovuto avvenire a seguito del consenso prestato dalla parte che vi era obbligata, agendo in tal modo come 'surrogato' del contratto definitivo[9]. In giurisprudenza è stato evidenziato che a seguito del passaggio in giudicato della sentenza si origina un rapporto di natura negoziale e sinallagmatica[10] e che l'efficacia costitutiva *ex nunc* della sentenza emessa *ex* art. 2932 c.c. non impedisce che gli effetti traslativi della pronuncia siano condizionati all'adempimento di specifiche obbligazioni poste dal contratto preliminare a carico del promissario acquirente, atteso che la citata sentenza, sostituendo il contratto che avrebbe dovuto concludersi, non può avere un contenuto diverso da quello della promessa, ove ciò sia possibile e non escluso dal titolo[11]. È stato poi specificato che la sentenza costitutiva , che tiene luogo del contratto non concluso *ex* art. 2932 c.c., deve rispecchiare integralmente le previsioni negoziali delle parti quali risultano dal contratto preliminare. Ne consegue che il giudice, mentre non può in linea di principio modificare il contenuto del preliminare, non deve neppure limitarsi a una semplice, meccanica trasposizione di esso, ma è tenuto, come per ogni altro contratto, ad accertare l'effettiva volontà delle parti, anche in ordine all'esatta identificazione dell'oggetto, e a trasfondere i risultati di tale indagine nella sentenza costitutiva che è chiamato ad emettere[12].

---

[5] Cfr. F. MESSINEO, *Contratto preliminare*, *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1961, 543; A. DE MARTINI, *ibidem*.

[6] Cfr. per un'ipotesi particolare, che coinvolge la distinzione tra preliminare e diverse intese precontrattuali, Cass., 25 gennaio 2000, n. 822; *Giur. it.* 2000, 2040 e ss., con nota contraria di G. ANGIULLI, *Rapporti tra contratto preliminare e minuta o puntazione: riflessi pratici*, *Giur. it*. 97, I, 2, 539, nonché Cass., 13 ottobre 1980 n. 539; Cass., sez. III, 24 ottobre 1975, n. 3542; Cass., 21 marzo 1968, n.892.

[7] Cfr. Cass., 12 novembre 1996, n. 9884 e Cass., 27 settembre 1996, n. 8528, per cui, alla luce della intrasferibilità contrattuale del possesso disgiunta dal diritto di cui esso costituisce l'esercizio, non è possibile ottenere la pronuncia di una sentenza ex art. 2932 c.c., in sostituzione del contratto che si sarebbe dovuto concludere per la sua cessione in esecuzione di una promessa rimasta inadempiuta.

[8] Cass., 19 maggio 2005, n. 10600; Cass., 28 marzo 1988, n.2616; Cass., 18 maggio 1985, n. 3058; Cass., 12 aprile 1979, n. 2163; Cass., 21 dicembre 1977, n. 5670; Cass., 11 gennaio 1974, n. 83.

[9] C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, *Riv. trim. dir. proc. civ*. 91, 569 e ss; F. MESSINEO, *ibidem*; L. GARDANI, *Sentenza costitutiva*, *Riv. di dir. civ*. 97, 187; I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, *Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998, 266 e ss.

[10] Cass., sez. II, 16 gennaio 2006, n. 690.

[11] Cass., sez. II, 28 marzo 1988, n. 2616.

[12] Cass., sez. II, 1 marzo 1995, n. 2319; Cass., sez. II, 6 agosto 1990, n. 7907; Cass., 26 apile 1990, n. 3486; Cass., 5 agosto 1987, n. 6724. Sul problema dell'identità di contenuto tra contratto preliminare e sentenza costitutiva, emessa ai sensi della norma in commento, si v. G. GABRIELLI, *ibidem*; L. L. MONTESANO, *ibidem*; in giurisprudenza Cass., sez. II, 31 marzo 1987, n. 3089; Cass., 24 febbraio 1986, n. 1122 e Cass., 24 febbraio 1979, n. 1224.

Per ottenere la sentenza di cui all'art. 2932 c.c., il primo comma richiede che si verifichino due precise condizioni: a) che l'esecuzione specifica sia possibile; b) che essa non sia esclusa dal titolo. Quanto al requisito sub a), si nota che le ragioni di impossibilità possono essere sia di fatto (ad esempio perimento della cosa oggetto del preliminare di vendita), sia di diritto (ad es. avvenuta alienazione della cosa a terzi[13] o avvenuta perdita della proprietà del bene da parte del promittente venditore[14].
Quanto al requisito sub b), si ritiene che l'esclusione, per essere efficace, debba risultare *expressis verbis* o comunque dalla univoca volontà delle parti, emergente in modo chiaro dal titolo[15].

3.2.2. I contratti accessivi: nozione, natura, riparto di giurisdizione

Il contratto è il principale strumento utilizzato dalle Amministrazioni nello svolgimento dell'attività amministrativa di diritto privato. Come sottolineato da autorevole dottrina[16], i contratti conclusi dalle pubbliche amministrazioni si possono suddividere in tre grandi categorie.

La prima è costituita dai cd. contratti ordinari o di diritto comune e sono quei contratti che non subiscono modificazioni per il fatto che una delle parti sia un'amministrazione pubblica. I contraenti agiscono su un piano di assoluta parità.
La seconda categoria è costituita dai contratti cd. speciali, perché sono dei contratti retti da norme di diritto privato, in cui, accanto alle norme del c.c., vi è l'applicazione di norme pubblicistiche, con le quali normalmente si attribuiscono poteri speciali alla pubblica amministrazione. L'esempio è dato dall'appalto di opere pubbliche, l'appalto di servizi o il contratto di fornitura. Giova rammentare che questo tipo di contratti fin dalla fine del 1800 ha subito delle modificazioni rispetto ai corrispondenti tipi contrattuali previsti e disciplinati dal c.c. Ad ogni modo, nonostante questa differenziazione, la giurisprudenza della Corte di Cassazione è sempre stata ferma nel ribadire la natura contrattuale privatistica. I contratti *de quibus* sono disciplinati dal Codice dei contratti pubblici (D. lgs. 11 aprile 2003, n. 163).
La terza categoria è infine costituita dai contratti ad oggetto pubblico[17] o di diritto pubblico e, a differenza dei precedenti, si collegano in modo più o meno stretto a dei provvedimenti amministrativi, dei quali costituiscono un complemento necessario (come le convenzioni che accedono a concessioni di beni pubblici)[18]. I con-

[13] Cass., 8 maggio 1991, n. 5119; Cass., 2 febbraio 1983, n. 915.
[14] Cfr. Cass., 10 marzo 2006, n. 5162 in caso di decreto di esproprio del bene emesso prima del passaggio in giudicato della sentenza *ex* art. 2932 c.c. Nello stesso senso F. D. BUSNELLI, *ibidem*; *contra* G. A. MICHELI, sub art. *2932*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Roma-Bologna, 1953, che interpreta l'impossibilità di cui alla norma in commento come impossibilità giuridica, e non di fatto si v. S. MAZZAMUTO, *ibidem*.
[15] Cfr. Cass., 26 novembre 1971, n. 3445; Cass., 28 maggio 1965, n. 1089; in dottrina F. D. BUSNELLI, *ibidem*; G. GABRIELLI, *ibidem*.
[16] M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano 1993, 356.
[17] È preferibile questa espressione, suggerita da M. S. GIANNINI, *op. cit.*, 356, dato che ben rimarca l'idea che questi contratti non possono essere conclusi che dalle pubbliche amministrazioni.
[18] M. S. GIANNINI, *op. cit.*, 357. Lo stesso autore aggiungeva che i contratti ad oggetto pubblico costituiscono o un'integrazione o talvolta perfino un'alternativa di realizzazione (com'è per le convenzioni urbanistiche); è evidente che questa affermazione confligge con la realtà normativa (art. 11, L. 241/90). Sicché costituisce un errore continuare a qualificare gli accordi ex art. 11 e 15 l. 241/90 come contratti ad oggetto pubblico, ma si veda l'attenta analisi e

tratti ad oggetto pubblico sono quelli che intercorrono tra pubbliche amministrazioni o tra queste e soggetti privati e sono caratterizzati dalla mancanza della parità tra i contraenti propria del contratto di diritto privato.
I contratti ad oggetto pubblico si ripartiscono in tre categorie: contratti accessivi a provvedimenti, contratti ausiliari di provvedimenti, contratti sostitutivi di provvedimenti[19].
Giova a questo punto sottolineare che questa classificazione, soprattutto per quanto riguarda i contratti ausiliari e sostitutivi, è ormai datata, in quanto rappresenta un quadro che rispecchiava la situazione precedente gli accordi *ex* art. 11 L. 241/90, sicché oggi sarebbe più corretto parlare di accordi di diritto pubblico[20]. Come è noto, la L. 241/90 detta norme fondamentali (artt. 11 e 15) in materia di attività convenzionale della pubblica amministrazione, sicché qualche autore ha sostenuto che la tematica del contratto ad oggetto pubblico (o contratto di diritto pubblico) e delle convenzioni amministrative (o accordi amministrativi) sarebbe ormai degradata a mero oggetto di «curiosità storico-culturale»[21]. D'altra parte è facilmente riscontrabile l'affermazione secondo cui l'art. 11 della L. 241/90 riguarderebbe proprio la categoria del contratto ad oggetto/di diritto pubblico[22].
Tuttavia, per quanto concerne la tipologia dei cd. contratti accessivi a provvedimenti, da alcuni sembra potersi affermare[23] che essi abbiano conservato un certo spazio di autonomia dogmatica e definitoria rispetto agli accordi procedimentali di cui alla l. 241/90, mentre per la maggior parte della dottrina i contratti accessivi a concessioni vanno ribattezzati come accordi integrativi di provvedimenti *ex* art. 11, comma primo, prima parte, L. 241/90[24].
Comunque, al fine di fornire una definizione, si può sostenere che sono accessivi quei contratti che disciplinano i rapporti obbligatori che nascono dagli stessi provvedimenti.
Un classico esempio di contratto accessivo è rappresentato dai regolamenti convenzionali che accedono alle concessioni di beni o servizi pubblici. In definitiva, i tipici provvedimenti da cui sorgono obbligazioni disciplinabili attraverso i contratti sono le concessioni di beni e servizi pubblici.
A questo punto, per una più agevole comprensione della natura giuridica del contratto accessivo, sembra utile soffermarsi sull'attività concessoria della P.A. Quest'ultima si sviluppa attraverso due fasi complementari e consequenziali.

---

la fine rilettura del sistema che fa G. P. CIRILLO, *I contratti e gli accordi delle amministrazioni pubbliche*, su www.giustizia-amministrativa.it.

[19] M. S. GIANNINI, *op. cit.*, p. 431.

[20] Si v. G. P. CIRILLO, *ibidem*.

21 Questa valutazione si trova in: E. STICCHI DAMIANI, *Gli accordi amministrativi*, in AA.VV., *La contrattualizzazione dell'azione amministrativa*, Torino, 1993, 23; F. MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. amm.vo*, 1993, 31 (entrambi usano l'espressione virgolettata); G. ALTIERI, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, in *Riv. giur. sarda*, 1993, 275. B. CAVALLO, *Accordi e procedimento amministrativo*, in *Studi in onore di G. Vignocchi*, Modena, 1992, I, 371 (già in AA.VV., *Procedimento amministrativo e diritto di accesso*, Napoli, 1991, 65 ss.) definisce quella tematica, addirittura, «inconcludente».

[22] E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992, 59; V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1994, 508.

[23] In tal senso anche F. DI CAMILLO, *Modelli autoritativi e convenzionali: l'attività amministrativa tra potere e consenso*, su www.diritto.it.

[24] Così S. GIACCHETTI, *Gli accordi dell'art. 11 della l. 241/90 tra realtà virtuale e realtà reale. (Rielaborazione della relazione tenuta al 42° convegno di studi amministrativi su Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale, 19 – 21 settembre 1996, Tremezzo)*, su www.giustizia-amministrativa.it; cfr. anche le argomentazioni di B. SPAMPINATO, *Accordi amministrativi, concessioni-contratto e giurisdizione amministrativa esclusiva*, in *Dir. amm.vo* 1996, 3, 57.

La prima fase presenta una connotazione marcatamente pubblicistica, mentre il completamento mostra delle caratteristiche privatistiche. Si è quindi in presenza di due rapporti: uno amministrativo e l'altro contrattuale. Nella prima fase la P.A. mantiene la sua posizione di autorità, dato che ammette il privato concessionario alla gestione del bene o all'organizzazione del servizio pubblico che costituisce l'oggetto della concessione. Con il provvedimento concessorio la P.A. conferisce al privato il potere – dovere di organizzare la gestione di un bene o l'erogazione di un servizio di rilevanza pubblica. Segno inequivocabile che in questa fase la P.A. esercita un potere autoritativo è dato dalla possibilità di revoca del provvedimento, allorché sopraggiungano ragioni di opportunità.

La seconda fase consiste nella conclusione di un accordo di carattere privatistico, con il quale viene regolato lo svolgimento del rapporto tra P.A. e privato in ordine alla gestione del bene o del servizio: nel contenuto dell'accordo verranno regolate ad esempio le modalità di erogazione del servizio, i compensi a favore del concessionario, le eventuali clausole di scioglimento del contratto.

In ultima analisi, il provvedimento unilaterale di concessione fa nascere il rapporto tra privato e P.A. e il regolamento contrattuale (bilaterale) interviene successivamente a disciplinarlo. Si è quindi in presenza di due rapporti: uno amministrativo e l'altro contrattuale[25].

A tal proposito, la giurisprudenza ha elaborato la figura della concessione-contratto, caratterizzata dalla compresenza di un atto unilaterale (provvedimento amministrativo) e di un atto bilaterale (contratto concessorio) che al primo accede[26].

Quanto alla natura del contratto accessivo, si sostiene che essa sia mista, vista la sua struttura bifasica. Tuttavia appaiono necessarie alcune precisazioni in merito.

Difatti, anche se la parte conclusiva dell'iter formativo 'sfocia' in un contratto, sicché quest'ultima fase sembrerebbe avere necessariamente una qualifica privatistica, poiché attiene ai rapporti patrimoniali tra le parti e alla descrizione complessiva delle reciproche prestazioni, non si può non rilevare che la fase di matrice provvedi mentale conferisce al contratto una coloritura pubblicistica

Ad ogni modo, la particolare natura dell'oggetto contrattuale (costituito dall'interesse pubblico) e del contenuto dell'accordo (costituito dalla gestione di questo interesse), lascia intatta, in capo alla P.A., una posizione di supremazia tale da giustificare, ad

[25] F. CARINGELLA, L. DELPINO, F. DEL GIUDICE, *Diritto amministrativo*, Ed. giur. Simone, Napoli, 2004, 566.

[26] L'atto bilaterale sarebbe affiancato da un atto unilaterale contenente «precetti originali non ripetitivi, di regolazione di aspetti essenziali del rapporto» (M. D'ALBERTI, *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, VII, 3).
Sull'origine giurisprudenziale del modello della concessione-contratto v. M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981, 187-190, 305, 306.
Citazioni giurisprudenziali in: F. PELLIZZER, *Le concessioni di opera pubblica*, Padova, 1990, 267, nt. 120.
L'origine della costruzione della c.d. concessione-contratto viene spesso (storicamente) individuata nella necessità di determinare la giurisdizione, amministrativa o ordinaria: F. FAVARA, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di rapporti di concessione e la concessione-contratto*, in *Rass. Avv. St.*, 1974, I, 1109 ss.; G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984, 302; F. MERUSI, *op. cit.*, 35, 36; G. PERICU, *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 1993, 1312; R. FERRARA, *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1993, IV ed., vol. VIII, 545. Ma, invero, il modello rilevava, prima ancora, sul piano sostanziale (cfr. M. D'ALBERTI, *Le concessioni*, *cit.*, 1981, 255 ss.).

alcune condizioni, il recesso unilaterale del rapporto giuridico instaurato ed il travolgimento di tutti gli effetti da esso derivanti.
La P.A. può ad esempio ritirare in via di autotutela decisoria il provvedimento concessorio, travolgendo il contratto ad esso accessivo (che sarebbe affetto da un'invalidità derivata) e con esso tutti gli effetti riconducibili al rapporto giuridico instaurato con la stipula della convenzione. A questo proposito giova sottolineare che la giurisprudenza amministrativa di legittimità ha qualificato la revoca della concessione come atto a carattere autoritativo incidente su posizioni di interesse legittimo[27].
Si può infine aggiungere che l'Amministrazione può adottare il provvedimento di decadenza in sede di autotutela in seguito ad un inadempimento del contratto accessivo, tale da compromettere le finalità stesse del provvedimento concessorio.
Tutte le possibilità *de quibus* denotano quindi un immanente ed ineliminabile traccia di potere autoritativo (collegato alla presenza dell'interesse pubblico) che contribuisce a qualificare il contratto tra privato e P.A. in termini pubblicistici piuttosto che privatistici. A ulteriore conferma di ciò si deve sottolineare che l'eventuale risoluzione del contratto per eccessiva onerosità non incide sul provvedimento.
In ultima analisi, nei contratti accessivi sussiste quasi sempre il potere amministrativo di intervenire unilateralmente per modificare quanto convenuto con il contraente privato, anche al di là delle pregresse pattuizioni. Questo potere spetta esclusivamente all'Amministrazione, in virtù della preminenza dell'interesse pubblico da tutelare, che informa di sé l'intero rapporto[28].

Per ciò che concerne la posizione giuridica vantata dal privato contraente nei confronti della P.A. stipulante e la consequenziale ricaduta in punto di riparto di giurisdizione si può sostenere che ci si trova in presenza di un interesse legittimo al conseguimento delle *utilitates* connesse alla concessione, sia quando questa venga adottata, sia quando essa venga in seguito revocata o annullata in via amministrativa o giurisdizionale. È evidente che in questo caso ricorrerà la giurisdizione del giudice amministrativo.
Viceversa, secondo certa dottrina[29], si avrà la giurisdizione del giudice ordinario per le controversie aventi ad oggetto le dinamiche dello svolgimento del rapporto contrattuale 'puro' tra privato e P.A., poiché attengono alla capacità generale di diritto privato della P.A. ad adempiere o a subire la risoluzione del contratto e la condanna al risarcimento del danno in caso di inadempimento. In realtà occorre sottolineare che, come sopra si è accennato, in forza dell'applicazione della disciplina *ex* art. 11 L. 241/90, rientrano nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in genere aventi ad oggetto l'inadempimento di obblighi nascenti da una concessione[30]. Né d'altra parte potrebbe rilevare il fatto che il rapporto concessorio si sia esaurito per decorrenza del termine di durata di esso, poiché la riserva di giurisdizione operata dalla norma a favore del giudice amministrativo riguarda il rapporto di concessione, indipendentemente dal fatto che esso sia ancora in vita o sia cessato, purché la controversia ponga in discussione il rapporto nel suo momento genetico o funzionale. Da ultimo va segnalato che una

[27] Consiglio di Stato, sez. V, 1 dicembre 1997, n. 1471.
[28] G. GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Diritto amministrativo*, 3 – 4, 1999, 381.
[29] U. DI BENEDETTO, *Attività non autoritativa della P.A.: quali regole, quali finalità, quali tutele?*, in www.giustizia-amministrativa.it.
[30] V. Cass. Sez. Un. civ., 20 novembre 2007, n. 24009.

consolidata giurisprudenza della Sezioni Unite della Corte di Cassazione ha interpretato il disposto di cui alla L. del 6 dicembre 1971, n. 1034, art. 5, nel senso che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie circa la durata del rapporto di concessione, la stessa esistenza del rapporto o la rinnovazione della concessione[31], nonché tutte le controversie in cui il concessionario deduca la responsabilità della controparte per allegate violazioni degli obblighi scaturenti dal rapporto concessorio, invocando pronunce di carattere risarcitorio[32].

3.2.3. Le convenzioni urbanistiche: nozione, natura e conseguente riparto di giurisdizione

Altro ambito in cui può trovare applicazione l'art. 2932 c.c., in base a quanto statuito dall'Adunanza Plenaria in commento, è costituito dalle convenzioni urbanistiche.

Quello delle convenzioni urbanistiche è un argomento che presenta un'indiscussa rilevanza pratica e un certo interesse storico, poiché investe l'evoluzione del concetto stesso di proprietà fondiaria e dei poteri pubblici di conformazione della stessa; infine le convenzioni urbanistiche costituiscono un tema che interessa trasversalmente il diritto privato, il diritto processuale, il diritto amministrativo ed in particolare l'onnipresente problema del riparto di giurisdizione[33].

Il diritto urbanistico è sicuramente il campo in cui si riscontra maggiormente il *modus operandi* degli accordi tra Amministrazione e privati, con i quali viene definito il contenuto dell'azione amministrativa. Già prima della disciplina positiva[34] degli accordi procedimentali, nella pratica si verificava che l'Amministrazione e i privati, soprattutto quando si trattava di materie molto complesse come sistemazioni urbanistiche o attuazione di programmi economici, svolgevano delle vere e proprie trattative, che spesso si concludevano con la redazione di documenti chiamati nella prassi 'accordi ufficiosi'. Essi, poi, il più delle volte venivano trasfusi in documenti scritti ed erano variamente denominati: atti di sottomissione, atti d'obbligo, atti di assoggettamento. In definitiva consistevano in una dichiarazione con cui il privato, in vista dell'adozione di un provvedimento amministrativo, prometteva il compimento di una prestazione, solitamente a contenuto patrimoniale[35].

L'esempio forse più emblematico e frutto di una virtuosa collaborazione tra Amministra-

[31] Cass. Sez. Un. civ., 6 giugno 2002, 8227.

[32] Cass., Sez. un. civ., 9 maggio 2002, n. 6687.

[33] Cfr. V. MAZZARELLI, *Convenzioni urbanistiche*, Bologna, 1979; ID., *Convenzioni urbanistiche*, in *Enc. del Dir.*, Milano, 2001, p. 294 e ss.; A. CANDIAN e G. GAMBARO, *Le convenzioni urbanistiche*, Milano, 1992; M. COSTANTINO (a cura di), *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, Milano, 1978; P. URBANI, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Amministrazione e privati nella pianificazione urbanistica. Nuovi moduli convenzionali*, Torino, 1995; ID., *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, III ed., Torino, 2004.

[34] Si v. la dottrina, precedente alla l. 241/90, sul tema degli atti del privato nel procedimento: G. BERGONZINI, *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, 1975. G. MIELE, *Le manifestazioni di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931; G. BARONE, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1969; S. CASSESE, *Il privato e il procedimento amministrativo*, in *Arch. Giur.*, 1970, 56; R. FERRARA, *Gli accordi tra privato e pubblica amministrazione*, Milano, 1985; G. CORREALE, *Urbanistica, iniziativa economica, proprietà privata, i poteri dell'autorità*, Padova, 1984; S. COGNETTI, *La tutela delle situazioni soggettive tra procedimento e il processo*, Napoli, 1987.

[35] La prassi amministrativa conosceva poi anche gli 'accordi preliminari', consistenti in una dichiarazione sottoscritta dalle parti, in cui l'Amministrazione manifestava la propria disponibilità ad adottare un certo provvedimento oppure concordava sul provvedimento suggerito dal privato, che talvolta veniva richiamato nel preambolo dell'atto (l'esempio più tipico di tutto questo si è avuto con i concordati tributari).

zione e privato è rappresentato da un'opera del Palladio: palazzo Chiericati (1550) a Vicenza, dove appunto il conte Girolamo Chiericati concordò con il consiglio cittadino la costruzione della facciata del suo palazzo sul suolo demaniale[36].

Si può poi sostenere che le convenzioni di lottizzazione hanno rappresentato l'esempio più diffuso del modo di amministrare per accordi[37].

La rilevanza delle convenzioni di lottizzazione ha assunto una maggiore importanza con le modificazioni introdotte con l'art. 8 della l. 6 agosto 1967, n. 765 all'art. 28 della L. urbanistica del 1942. Con l'equiparazione del piano di lottizzazione al piano particolareggiato, la convenzione ha assunto una maggiore importanza, in quanto andava a costituire lo stesso piano di lottizzazione.

Il modello convenzionale ha quindi fatto ingresso nella legislazione urbanistica con la legge 765 del 1967 (sotto forma di convenzione di lottizzazione) ed in seguito è stato ampiamente utilizzato dalla normativa. In particolare occorre far riferimento alla l. 22 ottobre 1971, n. 865, dove sono previste convenzioni per la realizzazione dei piani per insediamenti produttivi (P.I.P.) e sono disciplinate le convenzioni per la realizzazione dei piani di zona edilizia economico-popolare (P.E.E.P.) di cui alla legge n. 167 del 18 aprile 1962.

Ed ancora il modello convenzionale è stato impiegato dal legislatore nell'art. 18 del T. U. Edilizia (d.P.R. n. 380/2001), laddove si disciplina la materia della convenzione tipo, approvata dalla Regione, con la quale, ai fini della concessione relativa agli interventi di edilizia abitativa convenzionati con il Comune, sono stabiliti i criteri nonché i parametri, definiti con meccanismi tabellari per classi di comuni, ai quali devono uniformarsi le convenzioni comunali, nonché gli atti di obbligo in ordine ai profili ivi indicati.

Le convenzioni urbanistiche, pur avendo costituito il modello originario dell'amministrazione per accordi, una volta che questa ha trovato un'apposita disciplina legislativa nell'art. 11 della L. 241/90 (e successive modificazioni), devono ritenersi assoggettate a tale disciplina generale, salva ovviamente l'applicabilità della normativa (statale e regionale) che le riguardino specificamente[38].

A questo punto, sembra utile stabilire una definizione di convenzioni urbanistiche: con tale denominazione si intende un coacervo non sempre omogeneo di moduli operativi *lato sensu* 'negoziali'[39], il cui archetipo è sicuramente rappresentato dalle c.d. convenzioni di lottizzazione, di cui all'art. 28, l. n. 1150 del 1942 e s.m.i.[40].

---

[36] Si concordò che al piano terra fosse costruito un porticato, sempre aperto, libero e accessibile a chiunque (in modo da rispettare l'uso pubblico del suolo demaniale su cui poggiava il porticato), mentre il piano superiore diveniva di proprietà del conte Chiericati e avrebbe fatto parte del suo palazzo. Il Palladio si occupò magistralmente della progettazione e dell'esecuzione dei lavori.

[37] Già nel 1800 Haussmann incluse per la prima volta in una previsione edificatoria le opere di urbanizzazione.

[38] Cfr. P. URBANI, *Urbanistica consensuale*, Torino, 2000; N. AICARDI, La *disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e caratteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 45; E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, 1996, 269 ss.

[39] T. GALLETTO, *Convenzioni urbanistiche*, in *Dig. Disc. Priv.*, sezione civile (ad vocem), Torino, 1989, vol. IV, 359 ss., ricorda che quello delle convenzioni urbanistiche è «un panorama disomogeneo, tuttora in evoluzione [...] l'unico aspetto che ricorre in quasi tutti i modelli legali di convenzione descritti dal legislatore è l'attribuzione alla parte privata dell'esecuzione di tutte (o quota parte del)le opere di urbanizzazione, con possibilità di scomputare i costi degli oneri dovuti al Comune».

[40] Propende per una quasi totale identificazione concettuale tra convenzioni urbanistiche e convenzioni di lottizzazione, R. FERRARA, *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, cit., 550, il quale considera sostanzialmente fungibili le due espressioni. Ha cura, invece, di distinguere tra con-

Ciò precisato, appare necessaria e ineludibile affrontare la natura giuridica delle convenzioni urbanistiche, soprattutto quando si voglia indagare, come nel presente lavoro, il numero, la natura e la concreta praticabilità dei rimedi processuali applicabili a dette convenzioni[41].
Si può, a tal punto, ricordare per cenni che i civilisti hanno sviluppato la teoria secondo cui le convenzioni in parola sarebbero dei veri e propri contratti di diritto comune, 'accessivi' ad un atto amministrativo generale, qual è, nel caso delle più note convenzioni di cui all'art. 28, l. n. 180 del 1942 e s.m.i., il piano di lottizzazione[42].

Questa 'accessione' è, inevitabilmente, intesa in modo diverso dai singoli Autori. Vi è, chi, concependo la convenzione urbanistica come negozio fondato su una promessa unilaterale sospensivamente condizionata, identifica il momento dell'accesso e dell'incorporazione di tale promessa all'atto amministrativo con il rilascio della o delle concessioni edilizie (oggi, permessi di costruire), da parte del Comune; rilascio che viene, pertanto, ad integrare l'evento futuro ed obiettivamente incerto siccome pur sempre rimesso alla discrezionalità della P.A. agente dedotto nella condizione sospensiva[43].
Altri propendono, invece, per la configurazione della convenzione in termini di bilateralità perfetta, intendendosi con tale espressione l'esistenza di una vera e propria fusione della volontà di tutte le parti coinvolte[44].

venzioni di lottizzazione ed altre *species* di convenzioni, tutte ricomprese nel più ampio *genus* delle convenzioni urbanistiche, V. MAZZARELLI, *Convenzioni urbanistiche*, in *Enc. Dir. Agg.*, 2001 (ad vocem), Milano, vol. V, 294 ss. distingue tra convenzioni di lottizzazione ed altre *species* di convenzioni, tutte ricomprese nel più ampio *genus* delle convenzioni urbanistiche. Sempre secondo questa Autrice, accanto alle convenzioni di lottizzazione esistono vere e proprie «convenzioni-fotocopia», rispetto al modello delineato nell'art. 28, l. n. 1150 del 1942 e s.m.i.: tra queste figurano, ad esempio, le convenzioni per la realizzazione dei piani di recupero ad iniziativa privata, ex art. 30, l. 5 agosto 1978 n. 457, quelle per la realizzazione di parcheggi, ai sensi della l. 24 marzo 1989 n. 122, quelle per il recupero degli insediamenti abusivi, ex art. 29, u.c., l. 28 febbraio 1985 n. 47, senza dimenticare, infine, quelle che, pur concepite per realizzare obiettivi opposti alla lottizzazione, si fondano comunque su strumenti pattizi (cioè: convenzioni per la realizzazione di edilizia residenziale pubblica, ex art. 35, l. 22 ottobre 1971 n. 865).

[41] Secondo V. MAZZARELLI, *Convenzioni Urbanistiche*, cit., 2001, 301-302, la questione della natura giuridica delle convenzioni urbanistiche non è più attuale. In ossequio ad un approccio marcatamente sostanzialistico (*rectius*: funzionalistico), l'Autrice ritiene che «quale che sia il *nomen iuris* attribuibile al regolamento tra le parti, esso è in grado comunque di produrre obbligazioni, con conseguente possibilità di far valere i rimedi di natura civilistica tendenti a mantenere l'equilibrio originariamente fissato tra le parti».

[42] Il concetto di 'accessione' del contratto di diritto comune al provvedimento amministrativo ricorre in R. FERRARA, *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, cit., 550, nonché in F. CARTEI, *Convenzioni urbanistiche e limiti alla giurisdizione esclusiva*, in *Giornale dir. amm.* 2003, 7, 716.

[43] Cfr. A. CANDIAN – G. GAMBARO, *op. cit.*, 137 ss. I due Autori specificano il loro pensiero, richiamando la categoria delle promesse condizionate ad un evento futuro, favorevole al promittente, su cui il promissario (in questo caso, il Comune) può influire. Ne consegue, sempre secondo tale ricostruzione, che «le declamazioni della giurisprudenza circa il carattere bilateralmente vincolante delle convenzioni urbanistiche sono errate e fuorvianti, poiché confondono un evento condizionante la doverosità giuridica della prestazione altrui con una ripromissione vincolante». Sulla natura di tali promesse condizionate, si veda R. SACCO – G. DENOVA (diretto da), *Il contratto*, tomo I, in *Trattato di diritto civile*, III ed., Torino, 2004, 267-270.

[44] Cfr. L. BARBIERI, *Sopravvenuta inefficacia di piani di lottizzazione convenzionati e responsabilità dei comuni*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 395 ss. L'Autore nega la riconducibilità delle convenzioni urbanistiche ai contratti di scambio, preferendo intravedere in esse una causa 'associativa', rappresentata «dall'organizzazione urbanistica del territorio oggetto del piano di lottizzazione, in funzione degli insediamenti edilizi». Cfr. Cons. Stato,sez. V, 10 gennaio 2003 n. 33, in *Nuovo dir.*, 2004, 445, che ricostruisce la convenzione di lottizzazione in termini di bilateralità, ossia come «incontro di volontà delle parti contraenti, nell'esercizio dell'autonomia negoziale retta dal codice civile».

Tralasciando determinati elementi di distinzione[45], le richiamate teorie possiedono almeno un carattere comune: esse si fondano sulla decisa negazione del carattere sinallagmatico delle convenzioni urbanistiche per le seguenti ragioni:

a) come ricorda autorevole dottrina[46], la sinallagmaticità (o corrispettività) «sta ad indicare che ognuna delle parti si sottomette al proprio sacrificio solo a condizione che anche l'altra parte si sottometta a sua volta al suo proprio sacrificio e che, ulteriormente, il sacrificio di ognuna delle parti soddisfi un bisogno della controparte preesistente al contratto. Questo condizionamento reciproco giustifica poi l'ulteriore legame eziologico posto dalla legge fra mancato adempimento e risoluzione»;
b) l'esercizio del potere pubblicistico di pianificazione non può essere oggetto di alcuna contrattazione, poiché questo potere è, per sua stessa natura, 'indisponibile'[47];
c) il carattere indisponibile del potere pubblicistico, che dovrebbe essere dedotto in obbligazione, rende tale obbligazione incoercibile, sottraendola sia all'azione di risoluzione sia a quella di adempimento coattivo, sicché non può stabilirsi un rapporto di corrispettività tra l'obbligazione *de qua* con l'obbligazione, questa sì coercibile, assunta dal privato[48].

La dottrina pubblicistica, specialmente gli autori che si sono occupati del diritto urbanistico e dell'edilizia, ha propugnato conclusioni indubbiamente distanti da quelle sopra riportate. Nell'ambito dell'urbanistica e dell'edilizia, infatti, è ormai maggioritaria la tesi che concepisce le convenzioni urbanistiche in termini di accordi sostitutivi del provvedimento, ai sensi dell'art. 11, L. n. 241 del 1990 e s.m.i.[49]; tesi che,

---

[45] Cfr. G. PAGLIARI, *Corso di diritto urbanistico*, III ed., Milano, 2002, 162, propende per l'irrilevanza di tali elementi differenziali, affermando che, in realtà, le posizioni dottrinali di stampo civilistico non paiono antitetiche. Lo stesso Autore sottolinea, altresì, l'accessorietà e complementarietà della convenzione di lottizzazione rispetto all'autorizzazione a lottizzare.

[46] R. SACCO – G. DE NOVA, *I contratti*, *op. cit.*, 473.

[47] Cfr. A. CANDIAN – G. GAMBARO, *op. cit.*, 136.

[48] Cfr. A. CANDIAN – G. GAMBARO, *op. cit.*, 137; L. BARBIERI, *Sopravvenuta inefficacia di piani di lottizzazione*, *op. cit.*, 402. Più sfumata la posizione di R. FERRARA, *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, *op. cit.*, 550, il quale non esclude la corrispettività, ma parla di «relativa alterazione del tradizionale modello sinallagmatico». In giurisprudenza, nega espressamente l'esistenza di un vincolo di sinallagmaticità nelle convenzioni urbanistiche, affermando che in esse si precisano solo gli obblighi assunti unilateralmente dal privato, T.A.R. Lombardia, Brescia, 25 luglio 2005, n. 784, in *Foro amm.vo – T.A.R.*, 2005, 2279.

[49] *Ex multis*: G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, G. PERICU, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in L. MAZZAROLLI – G. PERICU – A. ROMANO – F. A. ROVERSI MONACO – F. G. SCOCA (diretto da), *Diritto amministrativo*, III ed., Bologna, 2003, tomo II; A. POLICE, *Gli strumenti di perequazione urbanistica: magia evocativa dei nomi, legalità ed effettività*, in *Riv. giur. edilizia*, 2004, II, 3 ss., P. URBANI – S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto urbanistico, Organizzazione e rapporti*, *op. cit.*, 206 N. ASSINI, *Diritto urbanistico*, Milano, 2006; F. SALVIA – F. TERESI, *Diritto urbanistico*, Padova, 2002; F. G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.vo*, 2002, 431 ss.; N. AICARDI, *op. cit.*, 1997, 45 ss., E. BRUTI LIBERATI, *op. cit.*, 1996, 269. C. MAVIGLIA, *Accordi con l'amministrazione pubblica e disciplina del rapporto*, Milano, 2002, 46-47. *Contra*: G. PAGLIARI, *Corso di diritto urbanistico*, *op. cit.*, 163, che esclude la qualificazione della convenzione urbanistica (in specie, quella di lottizzazione) tanto come accordo integrativo del procedimento, quanto come accordo sostitutivo del provvedimento. Nel primo caso, per l'assorbente considerazione che «nella lottizzazione, la convenzione ha un'innegabile autonomia giuridica rispetto al provvedimento autorizzatorio» nel quale è destinata ad essere trasfusa, mentre, nel secondo caso, poiché la convenzione non è l'atto conclusivo del procedimento e «non sostituisce l'autorizzazione» a lottizzare. Si v. anche anche P. DELPINO – P. DEL GIUDICE, *Diritto amministrativo*, Napoli, 2006, 528, che parlano di «contratti sostitutivi del procedimento».

del resto, pare trovare conferma anche in giurisprudenza[50].

Tale conclusione, anche se è stata proposta con alcune sfumature dai singoli autori, presuppone la fondamentale idea che il potere di pianificazione, da sempre ritenuto indisponibile, e dunque non negoziabile, si poteva (e, in talune condizioni, si doveva) esercitare, anche ricorrendo a modelli consensuali, anziché autoritativi. Questo riconoscimento, del resto, altro non è che la presa d'atto del sempre minor utilizzo di un modello di azione amministrativa fondato sulla pressoché esclusiva configurazione dei rapporti tra P.A. e privato, in termini di supremazia/subordinazione[51].

Ne consegue che il potere di pianificazione urbanistica, né 'svilito' né, *a fortiori*, 'sostituito' dall'autonomia privata, sperimenta nuove modalità di esercizio, che si distinguono dallo schema autoritativo classico, in virtù di una sensibile (e volontaria) contrazione degli spazi di discrezionalità amministrativa[52]. Come certa dottrina ha perspicacemente sottolineato[53], infatti, la consensualità dell'azione amministrativa non significa rinuncia *tout court* all'esercizio del potere pubblico tipico. Ciò che è oggetto di negozio, ciò che si può (o che conviene) contrattare, non è l'*an*, bensì il *quid* (o *quomodo*) dell'azione amministrativa[54].

Dunque, se il potere (*rectius*: la modalità del suo esercizio) può essere dedotto in obbligazione, divenendo l'oggetto di una prestazione, si può concepirne l''ingresso' in una fattispecie negoziale che, secondo taluni[55], può definirsi 'contratto' (o, più precisamente, secondo l'espressione di Giannini, 'contratto ad oggetto

---

[50] Tra le pronunce più recenti in tale senso, si v. Cons. Stato, sez. V, 10 maggio 2005, n. 2337, in *Riv. giur. edilizia*, 2005, 5, 1463, nonché Cons. Stato, sez. IV, 31 gennaio 2005, n. 222, in *Foro amm.vo – T.A.R.*, 2005, I, 95.

[51] Cfr. A. CHIERICHETTI, *Moduli consensuali nella concertazione urbanistica*, in *Riv. giur. edilizia*, 2002, II, 294. Per un'ampia indagine in tema di c.d. urbanistica consensuale, si veda P. URBANI, *Urbanistica consensuale*, *op. cit.*, 2000; IDEM, *Dell'urbanistica consensuale*, in *Riv. giur. urb.*, 2005, 222 ss.

[52] Cfr. S. ANTONIAZZI, *Brevi riflessioni sul più recente orientamento della giurisprudenza in tema di accordi amministrativi e di applicabilità dei principi civilistici, con particolare riferimento al principio di tutela dell'affidamento ed alle convenzioni di lottizzazione*, in *Riv. giur. urb.*, 2003, 95, ove, tra l'altro, si richiama il pensiero di S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997, 173, secondo cui le convenzioni urbanistiche sono «atti di autolimite del potere discrezionale della P.A., che vincolano la stessa al rispetto di una certa disciplina con rilevanza obiettiva in relazione ai successivi comportamenti». Sul superamento dell'apparente limite applicativo di cui all'art. 13, l. n. 241 del 1990, che sembrerebbe escludere l'estensione della disciplina degli accordi amministrativi ai processi pianificatori, si vedano le chiare conclusioni di S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Sul fondamento giuridico degli accordi*, *op. cit.*, 174. In giurisprudenza, Cass., Sez. Un. civ., 11 agosto 1997, n. 7452, in *Urb. e app.*, 1998, 43 ss.

[53] F. G. SCOCA, *Autorità e consenso*, *op. cit.*, 444. Vedasi anche G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, 160, il quale sottolinea che «l'attività amministrativa in forme privatistiche e consensuali rimane funzionalizzata», e che «l'idea della funzionalizzazione può costituire [...] il presupposto legittimante l'applicazione automatica del regime amministrativo e la qualificazione pubblicistica dei vari profili di specialità della disciplina».

[54] Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2636, in *Cons. di Stato*, 2002, I, 1411, ove si precisa che l'accordo «può essere concluso al fine di determinare il contenuto del provvedimento finale [...] non quindi il provvedimento discrezionale finale, ma il suo contenuto [...] e può essere stipulato se fornisce ad entrambe le parti una utilità maggiore di quella della mera adozione del provvedimento finale». Sul punto, si veda M. MAGRI, *Gli accordi con i privati nella formazione dei piani urbanistici strutturali*, in *Riv. giur. urb.*, 2004, 539 ss.

[55] Parlano di convenzioni urbanistiche in termini di 'contratti ad oggetto pubblico', tra gli altri, G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, *op. cit.*, 160, F. SALVIA – F. TERESI, *Diritto urbanistico*, *op. cit.*, 138, N. ASSINI, *Diritto urbanistico*, *op. cit.*, 134, S. ANTONIAZZI, *Brevi riflessioni*, *op. cit.*, 88; P. URBANI – S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto urbanistico*, *op. cit.*, 206.

pubblico'), o che, secondo altri, più cauti, è preferibile qualificare come 'accordo'[56]. Come noto, il risultato finale è il medesimo, ossia la riconduzione di tale 'negozio' alla disciplina dell'art. 11, L. n. 241 del 1990 e s.m.i., ecco perché, a parere di chi scrive, per un certo rigore logico e di fedeltà al testo legislativo e coerentemente con quanto proposto da qualche autore[57] sarebbe meglio parlare di accordi e non tanto di contratti ad oggetto pubblico.

Conclusivamente, i sostenitori della teoria del contratto ad oggetto pubblico valorizzano quel fenomeno già studiato dai civilisti che viene definito di 'accessione' di schemi negoziali e moduli privatistici ad una sequenza procedimentale tipicamente pubblicistica, con la differenza, però, certo non marginale, di ritenere che tale accessione determini una vera e propria 'saldatura' tra contratto/accordo e procedimento/provvedimento. Cosicché, le convenzioni perdono la spiccata 'autonomia' privatistica, per divenire «l'atto-fonte di un complesso di effetti ben più ampio [...] dato che inglobano al proprio interno gli effetti provvedimentali tipici [...], finendo per rappresentare, piuttosto che accordi sul contenuto discrezionale del provvedimento, veri e propri accordi sostitutivi di provvedimento»[58].

Conseguente alla natura prevalentemente e spiccatamente pubblicistica delle convenzioni urbanistiche è il successivo riparto di giurisdizione, difatti il legislatore del c.p.a. ha definitivamente stabilito la giurisdizione esclusiva in questa materia all'art. 133, comma 1, lett. f) e g).

3.3. Gli accordi ex art.11 L. 241/90: la loro natura

Anche se l'Ad. Plen. 28/2012 non si occupa direttamente degli accordi *ex* art. 11 L. 241/90, tuttavia, per meglio delineare l'ambito di operatività del 2932 c.c., sembra opportuno trattare brevemente degli accordi, perché essi costituiscono il 'convitato di pietra' del presente scritto e rappresentano il punto di partenza e di arrivo dei delle convenzioni urbanistiche, delle convenzioni di lottizzazione e dei contratti accessivi.

Senza alcuna pretesa di esaustività, occorre stabilire la natura degli accordi previsti e disciplinati dall'art. 11 L. 241/90[59].

---

[56] F. G. SCOCA, *Autorità e consenso*, *op. cit.*, 443, sembra prediligere l'espressione 'accordo', dato che l'uso della qualificazione 'contratto' rischia di avere «un rilievo meramente astratto se non addirittura valore soltanto terminologico». Secondo tale Autore, infatti, la circostanza che nelle convenzioni urbanistiche vi sia spazio per un elemento consensuale non comporta, necessariamente, che si possa discutere di contratto nel senso tecnico del termine.

[57] G. P. CIRILLO, *op. cit*.

[58] G. GRECO, *op. ult. cit.*, 158; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Sul fondamento giuridico degli accordi*, *op. cit.*, 172. Nutre, invece, qualche perplessità sulla qualificabilità delle convenzioni di lottizzazione come accordi sostitutivi del provvedimento, G. PERICU, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, *op. cit.*, 327.

[59] Sull'art. 11 L. 241/90 si v.: D. VERBARO, *Note sulla tutela giurisdizionale in materia di accordi tra p.a. e privati*, in *Scritti per E. Silvestri*, Milano, 1992, 629 ss.; G. SALA, *Accordi sul contenuto discrezionale del provvedimento e tutela delle situazioni soggettive*, in *Riv. dir. proc. amm.*, 1992, 206 ss.; F. MANGANARO, *Rilievi sugli accordi tra pubbliche amministrazioni*, in *Scritti per E. Silvestri*, 1992, 337 ss.; B. CAVALLO, *op. cit.*, 371 ss. (già in AA.VV., *Procedimento amministrativo e diritto di accesso*, Napoli, 1991, 65 ss.); A. D'AMICO, *Considerazioni in ordine all'art. 11, L. 7 agosto 1990 n. 241*, in *Foro amm.vo*, 1992, 2456 ss.; ID., *L'accordo contrattuale sostitutivo del provvedimento amministrativo tra pubblica amministrazione e privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1993, 23 ss.; Id., *Azione amministrativa. Discrezionalità negoziabile*, in *Foro amm.vo*, 1994, 2650 ss.; E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi*, *op. cit.*; ID., *Gli accordi amministrativi*, *op. cit.*, 21 ss.; P. Cotza, *Natura e regime giuridico degli «accordi» ex art. 11, L. n. 241/90*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 1993, 391 ss.; G. ALTIERI, *op. cit.*, 271 ss.; F. CASTIELLO, *Gli accordi integrativi e sostitutivi di provvedimenti amministrativi*, in *Riv. dir. proc. amm.*, 1993, 124 ss.; ID., *Procedimenti ed accordi amministrativi: dagli «accordi ufficiosi» agli accordi codificati con la L. 241/90*, in AA.VV., *La contrattualizzazione dell'azione ammi-*

L'azione amministrativa può espletarsi attraverso diverse modalità: la cura e la gestione dell'interesse pubblico possono infatti concretizzarsi mediante l'impiego di modelli che implicano l'esercizio del potere autoritativo o mediante strumenti convenzionali di carattere tendenzialmente privatistico.
La prima modalità di espletamento dell'attività viene indicata con l'espressione attività *iure imperii* e la seconda con la diversa formula attività *iure privatorum* o *iure gestionis*.

nistrativa, Torino, 1993, 51 ss.; A. FERRARI, *La giurisdizione amministrativa esclusiva nell'ambito degli artt. 11 e 15, L. 7 agosto 1990 n. 241 sul procedimento amministrativo*, in *Foro amm.vo*, 1993, 878 ss.; R. FERRARA, *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, *cit*. 543 ss.; E. CASETTA, *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 1993, 3 ss.; C. MEOLI, *Spunti di convergenza tra pubblico e privato negli accordi procedimentali*, in AA.VV., *La contrattualizzazione dell'azione amministrativa*, Torino, 1993, 91 ss.; S. PINTUCCI, *Rilevanza giuridica degli accordi che possono intervenire tra privati e p.a., nell'esercizio dell'attività di diritto pubblico di quest'ultima*, in *Nuova. giur. civ. comm.*, 1993, I, 166 ss. (nota a Corte Cass., I, 4572/92); G. PERICU, *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, in A-A.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 1993, 1285 ss.; G. VETTORI, *Accordi «amministrativi» e contratto*, in *Contr. e impr.*, 1993, 518 ss.; F. MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. amm.*, 1993, 21 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in *Politica del dir.*, 1993, 237 ss.; A. DE ROBERTO, *La partecipazione del privato nel procedimento, in Gerarchia e coordinamento degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo (Atti del XXXVII convegno di studi dell'amministrazione, Varenna 19-21 settembre 1991)*, Milano, 1994, 131 ss.; C. PINOTTI, *L'accordo in funzione di coordinamento degli interessi pubblici e privati: spunti riflessivi alla luce della legge sul procedimento amministrativo con particolare riferimento agli interessi ambientali, in Gerarchia e coordinamento degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo (Atti del XXXVI convegno di studi dell'amministrazione, Varenna 19-21 settembre 1991)*, Milano, 1994, 245 ss.; L. CENTOFANTI, *Gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento amministrativo*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 1994, 1036 ss.; M. POZZATO, *Il principio di contrattualità nella L. n. 241/90. Note di comparazione con la legge federale tedesca sul procedimento*, in *Riv. Corte dei Conti*, 1994, IV, 297 ss.; V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*, 507 ss.; F. G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, Milano, 1995, 291 ss.; G. MANFREDI in AA.VV., *Commentario della L. 7 agosto 1990, n. 241*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1995, 60 ss.
I lavori preparatori della L. 241/90 si trovano raccolti in: Camera dei deputati, *La riforma del procedimento amministrativo*, Roma, 1991.
Da essi risulta che il disegno di legge presentato dalla Presidenza della Repubblica fu preparato tenendo conto dei lavori della Sottocommissione di studio presieduta da M. Nigro e del parere del Consiglio di Stato del 19 febbraio 1987 n. 7 (in Camera dei deputati, *op. cit.*, 187 ss.). Esso venne approvato, con procedura accelerata, nelle rispettive Commissioni permanenti «affari costituzionali, ecc.» delle due Camere (in sede referente e legislativa presso quella dei deputati e in sede deliberante presso il Senato).
Sulle differenze tra il progetto presentato dalla Sottocommissione e il disegno di legge presentato dalla Presidenza della Repubblica v.: M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (A proposito di un recente disegno di legge)*, in *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione (Atti del Convegno Messina-Taormina 25-26 febbraio 1988)*, Milano, 1990, 3 ss. Il testo vigente dell'art. 11 cit. è quello emendato dalla Commissione permanente «affari costituzionali, ecc.» presso la Camera dei deputati (cfr. Camera dei deputati, *op. cit.*, 72, 73, 92) essendosi, invece, l'omologa Commissione presso il Senato astenuta, nonostante le perplessità da più parti sollevate, probabilmente per evitare di ritardare l'attesa riforma (cfr. l'intervento di Tossi Bruti riportato in Camera dei deputati, *op. cit.*, 223: «Esiste anche una ragione di opportunità, signor Presidente, nel senso che se modifichiamo questo articolo è molto improbabile che la Camera dei deputati lo approvi senza ulteriori modifiche»).
L'art. 11 cit. nel suo nucleo definitorio può ricondursi (pur sempre) alla Sottocommissione di studio, che definiva «accordi procedimentali» gli «accordi nell'ambito del procedimento con i destinatari del provvedimento per sostituire quest'ultimo o per disciplinarne il contenuto». Su tale aspetto è utile: G. PASTORI, *L'amministrazione per accordi nella recente progettazione legislativa*, in *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione (Atti del Convegno Messina-Taormina 25-26 febbraio 1988)*, 1990, 77 ss. L'Autore ha fatto parte della predetta Sottocommissione (cfr. M. NIGRO, *op. cit.*, 3, nt. 1).

Alla stregua di tale distinzione, l'attività contrattuale della P.A. è stata solitamente considerata specularmente inversa a quella autoritativa funzionale, dipendendo l'agire *iure imperii* o *iure gestionis* dalla posizione o meno in cui operasse l'Amministrazione[60].

Tuttavia, questa distinzione non sembra essere più adeguata, difatti secondo la Corte Cost.[61], fermo restando il perseguimento del pubblico interesse, la P.A. può porre in essere tre attività: un'attività amministrativa di diritto pubblico (quando l'Amministrazione persegue l'interesse pubblico in via autoritativa, ossia tramite l'esercizio del potere amministrativo); un'attività amministrativa di diritto privato (quando la P.A. persegue scopi di interesse pubblico con strumenti privatistici); un'attività privata di diritto privato (quando la P.A. agisce *iure privatorum*).

Può considerarsi ormai un dato acquisito dalla prevalente dottrina e pacifico in giurisprudenza che gli accordi *ex* art. 11 della L. 241/90 costituiscono una manifestazione dell'attività amministrativa di diritto pubblico e non di diritto privato[62]; d'altra parte anche la Corte Cost. (con la sent. 204/2004) sembra propendere per la natura pubblicistica, laddove, nel ritenere non consentito dal nostro ordinamento estendere la giurisdizione amministrativa esclusiva a tutte le condotte paritetiche (ossia privatistiche) della P.A. e che anche nella materia esclusiva il sindacato riguarda l'azione autoritativa della pubblica amministrazione, considera espressamente l'accordo *ex* art. 11 L. 241/90 come un semplice strumento sostitutivo del modello autoritativo classico[63]. In tal senso, si può sostenere appunto che gli accordi dell'art. 11 L. 241/90 rappresentano l'ultima tappa della lunga marcia che l'interesse legittimo ha compiuto dall'autorità al consenso[64]. Da ultimo, appare utile evidenziare che proprio perché l'accordo è un provvedimento, il terzo leso potrà impugnarlo; diversamente da quanto potrebbe accadere per un contratto di diritto privato.

Dopo aver evidenziato la natura pubblicistica, si può sottolineare che gli accordi *de quibus*, siano essi sostitutivi o integrativi[65], sono disciplinati allo stesso modo e quindi hanno la stessa natura; pertanto essi, avendo ad oggetto un provvedimento, non sono altro che il risultato dell'esercizio del potere amministrativo, rispetto al quale può venire in luce il vizio di eccesso di potere.

Va da ultimo precisato che la tematica relativa alla natura giuridica degli accordi comporta soluzioni interpretative ed operative utili soprattutto di carattere sostanziale, perché dal punto di vista del riparto giurisdizionale il nuovo cod. del processo amm.vo, da ultimo, ha ribadito la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo *ex* art. 133, comma 1, lett. a), n. 2 c.p.a.

3.4. Praticabilità del rimedio ex art. 2932 c.c. e di altri strumenti a fronte dell'inadempimento nel caso degli accordi procedimentali

Nel presente paragrafo si verificherà la possibile utilizzabilità dell'art. 2932 c.c. in linea generale per gli accordi *ex* art. 11 L. 241/90, di modo

---

[60] R. GALLI e D. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 2004, 1357.

[61] Corte Cost., sent. n. 148 del 2009.

[62] Evidenzia molto bene la natura pubblicistica degli accordi, con un forte rigore logico e con delle serrate argomentazioni, G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo*, Napoli, 2012, 649 ss.

[63] In tal senso G. P. CIRILLO, *op. cit.*; si v. anche la ricostruzione, alquanto macchinosa, effettuata da L. MONFERRANTE, *La nuova disciplina degli accordi procedimentali: profili di tutela giurisdizionale*, su www.giustizia-amministrativa.it.

[64] S. GIACCHETTI, *op. cit*.

[65] L'art. 11 cit., al comma 1, prima parte, prevede i c.d. accordi procedimentali o integrativi e, al comma 1, seconda parte, i c.d. accordi sostitutivi. Entrambe le categorie di accordi sono generali.

che il discorso possa facilmente estendersi alle convenzioni urbanistiche, alle convenzioni di lottizzazione e ai contratti accessivi.

Per una più agevole comprensione del ventaglio di rimedi a fronte dell'inadempimento della P.A. o del privato e soprattutto per meglio verificare la percorribilità del 2932 c.c., sembra opportuno operare un'importante distinzione tra:

1) l'inadempimento della P.A.;
2) l'inadempimento del privato.

Il primo caso, che concerne il tema della tutela del privato nell'ipotesi di inadempimento dell'accordo da parte dell'Amministrazione procedente, risulta essere stato approfondito dalla IV sezione del Consiglio di Stato, con la sentenza del 15 maggio 2002, n. 2636, laddove è stato stilato un vero e proprio decalogo delle azioni esperibili in caso di inadempimento dell'obbligo di adottare il provvedimento finale: e per la precisione, in via alternativa, l'azione di annullamento, nel caso di adozione di un provvedimento difforme; l'azione avverso il silenzio inadempimento, in caso di inerzia oppure quello di accertamento del diritto all'adozione del provvedimento finale nel solo caso di attività interamente vincolata. Al contempo è stata esclusa l'esperibilità del rimedio di cui all'art. 2932 c.c., in quanto la IV sezione ha ritenuto che l'obbligo di adottare il provvedimento finale non possa essere equiparato all'obbligo di concludere il contratto definitivo, valorizzando, in modo del tutto condivisibile, la differenza strutturale delle due fattispecie. Sicché, proprio alla luce di questa fondamentale sentenza, vengono in rilievo due distinte ipotesi:

1.1. quando il provvedimento finale (oggetto dell'accordo) non venga adottato;
1.2. quando il provvedimento finale, anche se viene adottato, risulterà difforme dal previo accordo, problema che trova risposte varie.

Ebbene, nel primo caso (1.1.) il privato avrà a disposizione lo strumento del silenzio rifiuto[66] ai sensi degli artt. 2, l. 241/90 e 31 e 117 c.p.a., atteso l'obbligo per l'Amministrazione, che scaturisce dall'accordo, di adottare un provvedimento con un certo contenuto[67]. Si potrebbe infine prospettare l'utilizzo del 2932 c.c. [68], ma solo ed esclusivamente nel caso di obblighi nascenti da accordi sostitutivi aventi ad oggetto non un *facere* pubblicistico, a fronte del quale non può che residuare un interesse legittimo, ma un comportamento privatistico o materiale (ad es. il pagamento di una somma di denaro), dinanzi al quale si profila una posizione di diritto soggettivo. In questo caso il provvedimento è fonte di un rapporto obbligatorio *ex* art. 1173 c.c., presidiato dalle regole civilistiche che contrastano l'inadempimento. Stante invece la dichiarata ed incontrovertibile natura pubblicistica degli accordi è impensabile ed improponibile l'azione di responsabilità contrattuale[69].

Nel secondo caso (1.2.), ossia quando l'Amministrazione adotti un provvedimento dal contenuto diverso da quello previsto nell'accordo, non c'è spazio per l'azione di esatto adempimento, poiché l'unico rimedio esperibile sarà quello dell'impugnazione del provvedimento difforme, cui si affianca quello di tipo risarcitorio[70].

---

[66] Per il rimedio del silenzio-inadempimento: G. VETTORI, *op. cit.*, 530; V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*, 515; F. G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, *op. cit.*, 295, nt. 93; G. MANFREDI, *op. cit.*, 65.

[67] Cons. di St., sez. VI, 5 febbraio 2012, n. 2636.

[68] F. CASTIELLO, *Procedimenti*, *op. cit.*, 67; D. VERBARO, *op. cit.*, 639.

69 Per tale opzione risulta L. CENTOFANTI, *op. cit.*, 1037.

70 Si v. la cit. sent. del Cons. di St., sez. VI, 5 febbraio 2002, n. 2636. Si v. inoltre Cons. di St., sez. IV, 23 agosto 2010, n. 5904, che ha affermato che sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo sia in merito alla domanda avente

In materia invece di convenzioni urbanistiche, appare invece utile precisare che nel caso di inadempimento della P.A. si possono profilare due distinte situazioni, a seconda che l'inadempimento *de quo* scaturisca o meno dall'esercizio del potere di pianificazione, soprattutto nel caso di approvazione di una variante, che interessi l'area che è stata oggetto di una lottizzazione concordata e programmata. Nel caso di un provvedimento frutto di *jus variandi*, che si sottragga a censure di eccesso di potere (ad esempio per manifesta irragionevolezza), non si avrà nessun inadempimento da parte della P.A.[71]

In definitiva, nell'ipotesi *de qua*, al privato non resta che adire il giudice amministrativo per ottenere l'annullamento del provvedimento di adozione della variante e, con tutte le cautele del caso, una pronunzia dichiarativa della caducazione del vincolo contrattuale, onde garantirsi da eventuali pretese dell'amministrazione, ovvero una condanna di quest'ultima per indebito arricchimento, *ex* art. 2041 c.c.[72]

Nel caso, invece, di inadempimento della P.A., che non si concreti nell'esercizio dello *jus variandi*, la prevalente giurisprudenza ritiene che al privato sia preclusa l'azione per l'adempimento coattivo *ex* art. 2932 c.c., stante il carattere incoercibile dell'impegno (che incombe sul Comune) di autorizzare la lottizzazione nei termini di cui alla sottoscritta convenzione[73].

L'unico vero rimedio esperibile, secondo quanto si è sottolineato poco prima per gli accordi *ex* art. 11 L. 241/90, sarà in caso di ingiustificata inerzia della P.A., l'azione contro il silenzio inadempimento[74].

Nel caso ben diverso in cui sia il privato ad essere inadempiente, è abbastanza agevole sostenere che la P.A., essendo dotata di autoritatività, potrà ricorrere più facilmente agli strumenti di coercizione pubblicistica, anche se non è da escludere il ricorso all'art. 2932 c.c., strumento, quest'ultimo, legittimato proprio dall'Adunanza Plenaria in commento.

---

ad oggetto la risoluzione della suddetta convenzione per inadempimento della P.A., sia per quella concernente la condanna di quest'ultima al risarcimento del danno (così anche Cass. Sez. Un. civ., 25 maggio 2007, n. 12186; Cons. di St., sez. IV, 22 gennaio 2010, n. 214).

[71] Si v. Cons. Stato, sez. IV, 25 luglio 2001, n. 4073, in *Foro amm.vo – T.A.R.*, 2001, 7/8. Ma si veda anche Cass., sez. I, 2 marzo 1996 n. 1644, in *Riv. giur. edilizia*, 1996, I, 473, che rappresenta un unicum, poiché ha ritenuto integrare inadempimento del Comune l'adozione, pur adeguatamente motivata, di variante urbanistica successiva a convenzione di lottizzazione. A questo proposito giova riportare il giusto pensiero di L. STEVANATO, *Arbitrato e deroga al giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 135: «le convenzioni debbono sempre considerarsi *rebus sic stantibus* (cioè, esposte a interventi autoritativi) sicché l'amministrazione, in presenza di un interesse pubblico sopravvenuto, ha la facoltà di introdurre nuove previsioni con il solo onere di motivare le esigenze che la determinano».

[72] P. URBANI – S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto urbanistico, op. cit., 204.*

[73] Afferma la generale inammissibilità di un'azione *ex* art. 2932 c.c. nei riguardi di una P.A. parte di una convenzione la sent. già cit. del Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2636. Secondo T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 2 agosto 2005, n. 646, in *Foro amm.vo – T.A.R.*, 2005, 2452, l'azione *ex* art. 2932 c.c. è inammissibile «ove risulti, da una parte, che il Comune non si sia mai rifiutato di adempiere alla prestazione dedotta in convenzione e, dall'altro, che l'istante non abbia proceduto all'esatta esecuzione della controprestazione».

[74] Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2002 n. 2636, cit., nonché, da ultimo, T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 8 febbraio 2006 n. 399, in *Foro amm.vo – T.A.R.*, 2006, 2, 726. Sul tema del silenzio della P.A. e dei rimedi processuali azionabili si v. gli scritti di V. PARISIO, *Il silenzio della pubblica amministrazione tra prospettive attizie e fattuali, alla luce delle novità introdotte dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15 e dalla l. 14 maggio 2005 n. 80*, in *Foro amm.vo – T.A.R.*, 2006, 2798 ss., nonché ID. *L'inerzia della Pubblica Amministrazione in Italia tra procedimento e processo amministrativo*, in V. PARISIO (a cura di), *Silenzio e procedimento amministrativo in Europa: una comparazione tra diverse esperienze*, Milano, 2006, 161 ss.

In materia urbanistica, se il privato è inadempiente all'obbligo di cessione gratuita delle aree da urbanizzare, la P.A. potrà agire nei suoi confronti utilizzando in via alternativa la risoluzione della convenzione *ex* art. 1453 c.c. [75] oppure la condanna all'esecuzione in forma specifica delle prestazioni dedotte nella convenzione urbanistica[76]. Giova a questo punto ricordare che poiché le obbligazioni convenzionali *de quibus* sono pacificamente considerate *obligationes propter rem*[77], al loro adempimento sono cumulativamente tenuti sia i soggetti che stipulano la convenzione, che quelli che richiedono la concessione (ora permesso di costruire), così come pure, se diversi dai primi, quelli che realizzano l'edificazione, nonché tutti i relativi aventi causa[78].

3.5. Rapporti tra l'esercizio del potere e i principi del codice civile negli accordi, conseguenze sull'utilizzabilità del 2932 c.c.

Appare utile svolgere una serie di considerazioni e riflessioni che possano corroborare le affermazioni sostenute nel paragrafo 3.4.

In primis, occorre riaffermare con forza che quando l'Amministrazione si avvale dello strumento degli accordi *ex* art. 11, decide di utilizzare un diverso modo dell'*agere* amministrativo e che, avvalendosi di uno strumento consensuale, non si spoglia di alcun potere. Contrariamente a qualche tesi[79], va ribadito il fatto che ogni atto dell'Amministrazione è in funzione del perseguimento del pubblico interesse e quindi tutto ciò che la P.A. compie diventa rilevante alla luce del principio di legalità. Questo è il motivo per cui l'Amministrazione non può spogliarsi della propria potestà, nemmeno se decidesse in tal senso, e soprattutto quando cura un interesse che non è proprio, ma appunto quello pubblico, che gli è stato attribuito dalla legge e che va a formare l'interesse pubblico generale (torna utile citare a questo proposito un brocardo latino: *lex citius tolerare vult privatum damnum quam publicum malum*).

Sostenere poi che, una volta concluso l'accordo, il potere amministrativo discrezionale esercitato tramite lo stesso è stato consumato e si è cristallizzato in seno al contenuto dell'accordo medesimo e alle obbligazioni da questo nascenti significa tradire l'ontologia e il significato profondo del potere amministrativo, che è invece per sua natura inesauribile, proprio perché funzionalizzato alla cura del superiore interesse pubblico. Gli unici casi in cui si ha un annichilimento del potere sono stabiliti dal 21 *septies* della L. 241/90.

In tal senso, il recesso previsto dall'art. 11, comma 4, 241/90 va qualificato come una revoca, difatti il recesso dai contratti è ammesso solo nei casi previsti dalla legge o dal contratto, mentre il recesso dall'accordo costituisce un potere generale, esplicativo della potestà di autotutela, che non necessita di una previsione espressa e comporta un obbligo di indennizzo simile a quello previsto per la revoca *ex* art. 21 *quinquies* della L. 241/90.

D'altra parte, se con gli accordi l'Amministrazione esercita un potere, non si può prescindere dal configurare un eventuale

[75] In tal senso Cons. di Stato, sez. IV, 4 ottobre 2000, n. 5310, in *Foro amm.vo – Cons. di St.* 2000, 10, ove si afferma che la risoluzione della convenzione, da parte del Comune, è prodromica al ricorso a strumenti alternativi di pianificazione. Cfr. anche T.A.R. Umbria, sez. I, 18 ottobre 2005, n. 477, in *Foro amm.vo – T.A.R.*, 2005, 10, 3169.

[76] Cfr. T.A.R. Marche, sez. I, 6 agosto 2003 n. 939, in *Foro amm.vo – T.A.R.*, 2003, 2273.

[77] Tra gli altri, A. CANDIAN – G. GAMBARO, *op. cit*., 151.

[78] Cfr. T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 13 agosto 2003 n. 1157, in *Comuni Italia* 2003, 11, 97 e T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 29 ottobre 2004 n. 3011, in *Foro amm.vo – T.A.R.*, 2004, 3177.

[79] M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. amm.vo*, 2010, 1, 270.

riesercizio del potere (autotutela). Il potere provvedimentale, ma più in generale il potere dell'Amministrazione ha come sua implicita, ma fondamentale, manifestazione la revoca. Difatti, si potrebbe sostenere che la revoca costituisce un binomio inscindibile ed immanente del potere provvedimentale della PA: *simul stabunt*, *simul cadent*, sicché, se il potere non sottintendesse e non includesse la revoca, non ci sarebbe vero e proprio potere, ma solo un simulacro di esso (il tutto può essere ben riassunto nella massima di Ulpiano: *Eius est nolle qui potest velle*: chi può volere, può anche non volere; altra massima assai significativa è *Cujus est instituere, ejus est abrogare*: chi può stabilire può anche abrogare). La storia, infatti, ci insegna che il potere dei sovrani si affermava solo in modo pieno ed assoluto quando poteva elargire o ritirare i favori concessi[80]. In ultima analisi il potere non è tale se è irrevocabile, se non si dà la possibilità al detentore del potere pubblico di "ritornare sui suoi passi".

D'altra parte, il problema, invece, più discusso in materia di revoca è quello del limite di revocabilità. Secondo la definizione elaborata dalla dottrina [81] possono essere revocati solo gli atti discrezionali di amministrazione attiva, ancora efficaci, che non siano per legge irrevocabili e costitutivi di status (come ad esempio la cittadinanza, ma anche, ad esempio, il titolo di dottore in legge, oppure il diploma come geometra o ragioniere, ecc.) o di diritti quesiti.
Da ciò consegue che saranno irrevocabili:

1. gli atti che hanno esaurito i loro effetti e/o provvedimenti ad effetti istantanei (ad esempio, l'ordine di demolizione una volta che abbia avuto esecuzione non può essere revocato, anche perché la revoca non avrebbe più alcun senso)[82];
2. gli atti che una norma definisce non revocabili: ad esempio, l'art. 11 del testo unico dell'edilizia (DPR 6 giugno 2001, n. 380) stabilisce che il permesso di costruire non è revocabile;
3. i diritti quesiti, cioè nei diritti che siano nati o siano stati resi esercitabili dal provvedimento che si intende revocare83;
4. i provvedimenti contenziosi: ad esempio le decisioni sui ricorsi gerarchici amministrativi;
5. i comportamenti materiali (che, alla luce delle sentenze della Corte Cost. n. 204/2004 e 191/2006, non costituiscono espressione del

[80] L'esempio di come il potere si afferma solo quando può essere revocato si ha al tempo di Luigi XIV, il Re Sole, che riuscì ad affermare il potere regale contro la nobiltà: il titolo nobiliare era irrevocabile (si trasmetteva di padre in figlio), sicché era impossibile per il sovrano ridurre all'obbedienza gli aristocratici (che anzi costituirono una minaccia per il monarca: si pensi alla Fronda dei principi). Tuttavia il Re Sole suddivise la Francia in *generalites* rette da intendenti (funzionari borghesi) nominati e revocati dal Re, che avevano un potere effettivo, sottraendo ai nobili, che governavano le province, ogni ruolo pratico, lasciando loro solo compiti di rappresentanza (la nobiltà era adatta solo per feste e cerimonie, deteneva le insegne del potere, ma non il potere reale). Inoltre il Re Sole ridusse la nobiltà in cattività, nella sua splendida vita di corte, dando enorme rilievo alle cariche di corte (cariche che potevano essere revocate in qualsiasi momento): più la carica consentiva di stare vicino al sovrano e più si aveva la speranza di ottenere elargizioni o favori dal Re. Chi era lontano dalla corte e lontano dal Re, anche se nobile, non aveva nessuna speranza di ricoprire alcun ruolo nello Stato francese.

[81] P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, II, *Atti e ricorsi*, III ed., Milano, 1995, p.141.

[82] A tal proposito M. S. GIANNINI, *op. cit.*, p. 603, ritiene che si debba fare riferimento al concetto di disponibilità dell'effetto: sono irrevocabili i provvedimenti dei cui effetti l'amministrazione non può più disporre.

[83] Si tratta di un limite che A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed., Napoli, 1989, pag. 720 s., definisce "insuperabile".

potere dell'Amministrazione e quindi non sono revocabili).

In dottrina, in definitiva, si ammette in prevalenza la tendenziale revocabilità dei provvedimenti amministrativi[84], anche se c'è chi la ammette in casi in cui l'amministrazione abbia ancora la disponibilità degli effetti del provvedimento[85].

Sicché, in definitiva, non si può non ammettere un potere di revoca nella materia degli accordi, anche a prescindere dall'art. 11, 4° comma, l. 241/90, perché un potere generale di revoca è previsto dall'art. 21 *quinquies* della stessa legge ed è un articolo che, essendo inserito nella legge generale sul procedimento, ossia su quella che Nigro definiva tecnica di diluizione del potere, è una norma generale attributiva del potere (di revoca) che, combinandosi con le singole norme che disciplinano specifici procedimenti, dà luogo ad altrettante ipotesi di revoca. La norma *ex* art. 21 *quinquies* ha una funzione estensiva del potere di revoca e così è, in generale, per il riesercizio del potere (la tesi è agevolmente utilizzabile anche per l'annullamento d'ufficio). Nel caso degli accordi, il legislatore, in vista del particolare modulo procedimentale, ha inteso disciplinare, all'art. 11, 4° comma, in modo peculiare ed espresso il potere di revoca, ma senza per questo stravolgerne il carattere autoritativo.

In ultima analisi, proprio per la persistenza del potere in capo alla P.A., per l'esistenza della possibilità di un riesercizio del potere, per la forte e pregnante caratterizzazione pubblicistica degli accordi *ex* art. 11 L. 241/90, non si può che concludere per l'inapplicabilità del rimedio *ex* art. 2932 c.c. da parte del privato nei confronti della P.A.; gli unici strumenti utilizzabili dal privato saranno quelli classici, ossia quelli per contestare il cattivo esercizio del potere. D'altra parte è lo stesso art. 11, comma 2, L. 241/90 a statuire che occorre verificare caso per caso l'applicabilità delle norme-principio del c.c. agli accordi di diritto pubblico. È poi conseguente che il discorso è estensibile sia ai cd. contratti accessivi sia alle convenzioni urbanistiche che alle convenzioni di lottizzazione.

3.6. Autotutela esecutiva, l'esecuzione forzata amministrativa come tutela alternativa al 2932 c.c.

Solo per i provvedimenti che richiedono un'esecuzione, naturalmente può porsi il problema dell'esecuzione forzata, che consiste nell'esecuzione del provvedimento contro la volontà dell'interessato, in presenza di un conflitto[86]. Essa può aversi in caso di inosservanza, da parte di un privato, dell'obbligo di eseguire un provvedimento e nel caso in cui vengano frapposte resistenze all'esecuzione da parte dell'Amministrazione: in questi casi, la legge può prevedere che l'Amministrazione ponga in essere essa stessa l'attività spettante al privato o superi la sua opposizione, se necessario, con l'uso della forza. Poiché con l'esecuzione forzata l'Amministrazione risolve il conflitto instauratosi con il privato, senza la mediazione di un giudice, essa viene normalmente inquadrata nel fenomeno dell'autotutela[87].

Presupposto dell'esecuzione forzata è l'inadempimento, da parte del privato, di un obbligo di *dare*, *facere*, di *non facere* o di *pati*. In Italia non vi è una disciplina generale dei pro-

---

[84] A. M. SANDULLI, *Manuale*, *op. cit.*, pag. 719; G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario amministrativo*, I, II ed., Milano, 1983, pag. 289.

[85] R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, I, Milano, 1966, pag. 403.

[86] S. CASSESE, *L'esecuzione forzata*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 174.

[87] Contrario a questo inquadramento è G. FALCON, *Esecutorietà ed esecuzione*, in *Dig. disc. pubbl.*, VI, Torino, 1991, p. 147.

cedimenti di esecuzione amministrativa: le modalità dell'esecuzione sono quindi stabilite dalle singole norme che la prevedono. Può comunque dirsi che ai vari tipi di obbligo violato corrispondono le diverse forme dell'esecuzione forzata[88]: per l'obbligo di consegnare una cosa determinata, può essere prevista l'apprensione forzata del bene[89]; per gli obblighi di fare fungibili, l'esecuzione a spese dell'obbligato[90]; per gli obblighi di fare infungibili, di non fare e di sopportare, possono aversi l'uso della forza e la coazione a spese dell'obbligato[91].

Esiste poi la requisizione d'urgenza, che può essere attuata solo in caso di grave necessità pubblica. È prevista dall'art. 7 della L.A.C. (L. 2248/1865, All. E) ed è di competenza di tutte quelle autorità che in base ad altre norme, possono disporre d'urgenza della proprietà privata.

Può essere adottata per qualsiasi ragione di urgente interesse pubblico, sia per beni mobili che immobili (in quest'ultimo caso si parla di "requisizione in uso"). Il Consiglio di Stato l'ha ritenuta ammissibile per procurare alloggi a persone sloggiate in pieno inverno per motivi di sicurezza[92].

Infine, l'art. 823 c.c., nel disciplinare la condizione giuridica del demanio pubblico, prevede che spetta all'Amministrazione la tutela della proprietà e del possesso dei beni relativi. In base al tenore letterale della norma, dunque, l'Amministrazione ha la possibilità di percorrere la via amministrativa, appropriandosi coattivamente del bene ovvero di avvalersi dei mezzi ordinari e di agire dinanzi all'autorità giudiziaria come un qualsiasi soggetto privato.

Nel primo caso, la P.A. esercita la cd. autotutela esecutiva, un potere cioè attribuito dalla legge che le consente di tutelare i beni facenti parte del demanio con le garanzie del procedimento amm.vo e senza far ricorso all'autorità giudiziaria.

Si ritiene che tale autotutela sia esercitabile solo nei confronti di soggetti privati e non anche nei confronti di altri soggetti pubblici e anche a difesa dei beni patrimoniali indisponibili, stante il loro regime derogatorio rispetto a quello comune, per certi versi analogo a quello dei beni demaniali[93].

D'altra parte giova sottolineare che in materia di demanio stradale vi è l'art. 378 della l. 2248/1865, all. F.

Ad ogni modo, procedere in via amministrativa significa esercitare quei poteri (cd. di polizia demaniale) previsti da leggi speciali, attraverso

---

[88] A. M. SANDULLI, *Note sul potere amministrativo di coazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* (ora in *Scritti giuridici*, III, *Diritto amministrativo*, Napoli, 1990, p. 303), p. 834 ss; P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, III ed., Milano, 1968, 365 ss.

[89] Si v. ad es. l'art. 47, R. D. 18 agosto 1940, n. 1741, in ordine alle requisizioni. Il potere di apprensione forzata è poi da ritenere compreso, anche in assenza di esplicite previsioni, in poteri come quello di occupazione (ad es. artt. 64 e 71 T.U. espr.) e quello di sequestro (si v. ad es. l'art. 253, 3° comma, c. p. p.), in presenza di resistenze da parte dei privati. In quest'ultimo senso B. G. MATTARELLA, *Il Provvedimento*, in *Trattato di diritto amm.vo*, S. CASSESE (a cura di), Milano, 2003, I, 963.

[90] Si v. ad esempio l'art. 20 T. U. com. prov. 1934, relativo alle ordinanze con tingibili ed urgenti del prefetto per motivi di sanità o di sicurezza pubblica; l'art. 211, D.lgs. n. 285/1992, in ordine alla sanzione amministrativa accessoria di ripristino dello stato dei luoghi o di rimozione delle opere abusive sulle strade pubbliche.

[91] Si v. ad es. gli artt. 5 e 20 T. U. p. s., relativi ai provvedimenti delle autorità di pubblica sicurezza in generale e allo scioglimento di riunioni e assembramenti.

[92] Cons. di Stato, sez. IV, 29 ottobre 1987, n. 368.

[93] Cfr. Cons. di Stato, sez. IV, ord. 6 aprile 2004, n. 1601, in Cons. di St., 2004, I, 927 ha osservato che l'autotutela *ex* art. 823, comma 2, c.c. ha un ambito di applicazione generale, costituendo ipotesi autonoma rispetto alle singole disposizioni di legge che prevedono particolari procedimenti a tutela dei beni demaniali. Si v. anche Cons. di Stato, sez. V, 8 marzo 2010, n. 1331. Cass. 1986, n. 6129.

i quali la P.A. può irrogare ammende, ordinare il ripristino dello status quo ante, ecc.
Va aggiunto poi che in forza dell'art. 824 c.c. i beni indicati dal secondo comma dell'art. 822, se appartengono alle Province o ai Comuni, sono soggetti al regime del demanio pubblico e allo stesso regime sono soggetti i cimiteri e i mercati comunali. Fanno parte del patrimonio indisponibile dei Comuni le aree acquistate a vario titolo dai Comuni ai sensi degli artt. 27 e 35 della l. 22 ottobre 1971, n. 865 per essere adibite a fini urbanistici e di incremento dei servizi degli insediamenti produttivi e dell'edilizia residenziale pubblica nei centri urbani[94]

3.7. Inutilizzabilità del 2932 c.c. nell'evidenza pubblica

Appare utile tratteggiare 'a volo di rondine' l'evidenza pubblica, per poter confutare come l'utilizzabilità del rimedio *ex* art. 2932 c.c. sia inconcepibile per procedimenti amministrativi che pure sfociano nella stipulazione di un contratto, sulla cui fase esecutiva si staglia la giurisdizione del giudice ordinario.
Ebbene, per poter addivenire alla stipula di un contratto d'appalto è necessario che la P.A. segua una determinata e specifica procedura, la cd. evidenza pubblica, definita da regole di ordine pubblico che non possono essere derogate dalle parti, con la quale rende evidenti le ragioni che la inducono a stipulare con un determinato soggetto.
La disciplina del procedimento di evidenza pubblica può essere scomposta in quattro fasi principali (*ex* artt. 11 e 12 D.lgs. 163/2006):

1) la cd. deliberazione a contrarre;
2) la scelta del contraente e l'aggiudicazione del contratto;
3) la stipulazione del contratto;
4) l'approvazione del contratto.

Il problema dell'eventuale applicabilità del 2932 si potrebbe porre, *ab absurdo*, relativamente alla stipulazione del contratto. Per stipulazione del contratto s'intende la redazione e la sottoscrizione del documento che riproduce le dichiarazioni di volontà in cui il contratto stesso consiste. Occorre però sottolineare che per quanto concerne gli appalti di lavori pubblici, la regola è che l'aggiudicazione non comporta la costituzione del vincolo negoziale, che segue la stipulazione del contratto[95]. Il Codice degli appalti (*ex* art. 11, comma 9, del D.lgs. n. 163 del 2006) esclude che dall'aggiudicazione nasca un vincolo negoziale, perché questo può sorgere solo con la stipulazione del contratto.
È infine un dato acquisito che resta comunque ferma la potestà della stazione appaltante di non procedere, per ragioni di interesse pubblico, alla stipulazione del contratto, ma di ciò dovrà fornire una congrua e precisa motivazione in ordine sia alle esigenze perseguite sia alla valutazione della posizione del privato sacrificata[96].
È inoltre da escludere che l'aggiudicatario sia titolare di un diritto vero e proprio alla stipula del contratto, azionabile in sede giudiziaria[97].

---

[94] Tuttavia occorre evidenziare che parte della giurisprudenza civile (Cass., 9 settembre 1997, n. 8743; Cass. Sez. Un. civ., 2002, n. 16831) sostiene che la cessione, specie gratuita di un terreno al Comune, stipulata in esecuzione di una convenzione di lottizzazione, al fine di assicurare la possibilità di destinazione del bene al verde pubblico, prevista dal piano di lottizzazione, secondo le norme del P.R.G., fa solo entrare il bene nel patrimonio del Comune, senza attribuirgli caratteri che ne determinano la collocazione nella categoria dei beni del patrimonio indisponibile, potendo questa destinazione dipendere esclusivamente da un'effettiva e concreta destinazione a pubblico servizio.

[95] Si v. A. CIANFLONE E G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2012.

[96] T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 4 giugno 2008, n. 558, in *Foro amm.vo – TAR*, 2008, 1788.

[97] T.A.R. Lazio, Roma, III sez., 1 settembre 2004, n. 8142, in *Foro amm.vo – TAR*, 2004, 1112.

Solo dopo la stipulazione del contratto, potrà intervenire l'approvazione, con la quale il contratto diventerà efficace, cioè eseguibile. L'approvazione è frutto di esercizio di un potere non di amministrazione attiva, ma di controllo. È pacifico che il controllo investe non solo la legittimità, ma anche l'opportunità (il merito) del contratto[98]. A fronte del diniego di approvazione, quale ne sia la ragione, sussistono posizioni di interesse legittimo, la cui tutela rientra nella sfera di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di cui all'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1 del c.p.a., vertendosi ancora nell'area della procedura di affidamento dell'appalto.
Da ultimo si rileva che relativamente all'ammissibilità dell'annullamento in autotutela di una gara pubblica disposto dopo la stipulazione del contratto non esiste una norma che espressamente ammetta o neghi tale potere, tenuto conto che gli art. 121 ss. del c.p.a. si riferiscono alla sorte del contratto in seguito all'annullamento giurisdizionale. Parte della giurisprudenza[99] ha escluso che la P.A. possa annullare la gara dopo la stipulazione del contratto, ma la prevalente giurisprudenza[100] ammette tale possibilità.

3.8. Utilizzabilità del 2932 c.c. nei rapporti di lavoro del pubblico impiego privatizzati

Nel rapporto di lavoro pubblico di fonte contrattuale, diversamente da quello di fonte provvedimentale, è configurabile un diritto soggettivo alla costituzione del rapporto; cosa che, del resto, è stata esplicitata dal legislatore con la previsione di giurisdizione ordinaria sulle controversie relative all'assunzione (art. 63, 1° comma, D.lgs. 165/2001). L'interesse all'assunzione assume la consistenza del diritto soggettivo in astratto ed indipendentemente dalla questione di merito della sussistenza in concreto di tale situazione giuridica soggettiva, solo allorché si debba escludere la presenza di attività autoritativa dell'Amministrazione.
Il *discrimen* giurisdizionale è perciò individuato nell'atto di approvazione della graduatoria e di proclamazione dei vincitori, questo momento segna le 'colonne d'Ercole' della giurisdizione amministrativa. Da questo punto in poi, infatti, tutti gli atti successivi si ascrivono alla giurisdizione del giudice ordinario. È infatti ormai pacificamente acquisita la conclusione che, sul piano generale, anche per il pubblico impiego privatizzato, l'espletamento della procedura concorsuale, con la compilazione della graduatoria finale e la sua approvazione, fa nascere nel candidato utilmente collocato il diritto soggettivo all'assunzione secondo le modalità fissate dal bando di concorso[101]. In particolare, va precisato che il bando indica il contratto di lavoro che l'Amministrazione intende concludere, nonché il tipo e le modalità della procedura concorsuale, manifestando agli interessati l'intento di giungere alle assunzioni. Sicché al bando va riconosciuta una duplice natura giuridica: quella di provvedimento amministrativo, nella parte in cui concreta un atto del procedimento di evidenza pubblica di cui regola il successivo svolgimento, e quella di atto negoziale per gli aspetti sostanziali, in ragione della proposta di assunzione condizionata negli effetti

[98] Cons. di Stato, IV, 15 dicembre 1987, n. 768, in *Il Cons. di Stato*, 1987, I, 4919; Cass. Sez. Un. civ., 12 gennaio 1966, n. 207, in *Il Cons. di Stato*, 1966, II, 188; conf. T.A.R. Umbria, 28 ottobre 1999, n. 833, in *Trib. amm.vo reg.*, 1999, I, 4919.
[99] T.A.R. Toscana, sez. I, 27 gennaio 2011, n. 154, T.A.R. Toscana, sez. I, 12 dicembre 2011, n.1925.
[100] Consiglio di Stato, sez. V, 7 settembre 2011, n. 5032; Cons. di Stato, sez. V, 28 febbraio 2012, n. 1149; Cass., sez. I, 21 novembre 2011, n. 24438.
[101] si v. da ultimo Cass. Sez. Un. civ., del 2 ottobre 2012, n. 16728.

all'espletamento della procedura concorsuale ed all'approvazione della graduatoria[102].
Orbene, alla luce di quanto si è sopra esposto, il candidato illegittimamente escluso in sede di assunzione, potrà chiedere la costituzione del rapporto di lavoro *ex* art. 2932 c.c., con le eventuali conseguenze risarcitorie[103].
Tuttavia, in una fattispecie relativa ad un'assunzione mediante concorso, si è chiarito che ove, pubblicata la graduatoria dei vincitori, il datore di lavoro abbia ridotto i posti messi a concorso ed abbia proporzionalmente omesso di procedere agli accertamenti psicofisici, i candidati pretermessi non sono titolari di un diritto soggettivo tutelabile in via cautelare; infatti, la fattispecie predisposta dal bando non si perfeziona prima che si siano verificate tutte le condizioni da esso previste, onde non può ritenersi esistente alcun contratto idoneo a produrre effetti e, quindi, a porre a carico del datore di lavoro l'obbligo a contrarre ai fini del 2932 c.c.[104].

3.9. Utilizzabilità del 2932 c.c. nei rapporti jure privatorum della P.A.

Va infine tenuto ben distinto il caso in cui l'esecuzione specifica abbia ad oggetto un contratto preliminare stipulato dalla P.A. quando quest'ultima dismette i panni dell'autorità. La giurisprudenza è stata sempre pressoché unanime nel dichiarare inammissibile l'azione *ex* art. 2932 c.c.[105], perché ciò avrebbe comportato un'illegittima intrusione nella sfera riservata all'attività amministrativa. Tuttavia, accogliendo spunti offerti da una parte della dottrina, che aveva sostenuto la necessità di applicare le norme di diritto privato agli atti che la P.A. abbia posto in essere *jure privatorum*[106], anche la Corte di Cassazione ha ammesso l'applicazione del 2932 c.c. nei confronti della P.A. nel caso ben specifico degli assegnatari di alloggi popolari, i quali possono chiedere la deliberazione di una sentenza costitutiva *ex* art. 2932 c.c. nell'ipotesi in cui la P.A. si sia obbligata secondo modalità proprie dei contratti di diritto privato, sottoscrivendo un contratto preliminare[107].
La legge interviene nel procedimento di formazione del consenso in vario modo. La forma di intervento più evidente è quello dell'obbligo a contrarre, previsto ad esempio in materia di monopolio legale (è il caso dell'ENEL) (art. 2597 c.c.) e di pubblici servizi di linea (ad esempio l'Alitalia).(art. 1679 c.c.).
L'obbligo di contrarre del monopolista è disciplinato dall'art. 2597 c.c. e dall'art. 1679 c.c. relativamente ai concessionari di pubblici servizi di trasporto di linea: la disciplina di quest'ultimo articolo è ritenuta applicabile per analogia a tutte le ipotesi di obbligo di contrarre per il monopolista[108].
Coloro che per concessione amministrativa esercitano tali servizi per il trasporto di persone e cose, sono obbligati ad accettare le richieste di trasporto che siano compatibili con i mezzi ordinari dell'impresa. In entrambi i casi, il rap-

---

[102] si v. in tal senso Cass. Sez. Un. civ., del 4 novembre 2009, n. 23327.
[103] Pret. di Milano, del 28 maggio 1998, in *Diritto e lav.*1998, 947. Cass., sez. lavoro, 26 luglio 2003, n. 12516.
[104] Cass., 13 giugno 2002, n. 8489; Cass., 27 maggio 2002, n. 7745.
[105] Cass., 19 agosto1977, n. 5278; Tribunale di Orvieto, 12 aprile 1999, n. 221, *Rass. g. umbra* 2000, 328.
[106] Cfr. F. D. BUSNELLI, *ibidem*; S. MAZZAMUTO, *ibidem*; G. GABRIELLI, *ibidem*.
[107] V. Cass. Sez. Un. civ., 1 ottobre 2002, n. 14079; Cass., 9 luglio 1997, 6206, *Nuova giur. civ. comm*. 1998, I, 108, con nota di R. BARBANERA; *Giur. it*. 1998, 1716, nota di O. M. CAPUTO; *Giust. Civ.*, 1998, I, 108 con nota di A. PONTECORVO; nello stesso senso Cass. Sez. Un. civ., 29 marzo1989, n. 1540; Cass. Sez. un. civ., 29 aprile 1986, n. 2968; Cass., sez. I, 31 gennaio 1986, n. 615; Cass. Sez. Un. civ., 7 ottobre 1983, n. 5838.
[108] G AULETTA, V. MANGINI, *Della concorrenza*, in *Comm. cod. civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna Roma, 1973, 196.

porto non si costituisce *ex lege*, ma solo con la conclusione del contratto. Non vi è dunque una sorta di sostituzione della legge alla volontà dei privati, ma solo una limitazione della libertà contrattuale del singolo, sia esso monopolista o l'esercente i pubblici servizi di linea[109]. Il problema dell'eventuale rifiuto non si pone in pratica, perché i soggetti tenuti a contrarre sono di regola lo Stato o aziende statali, mentre per i concessionari in base a provvedimento amm.vo, la tutela di situazioni abnormi sarà affidata alla P.A. che potrà revocare la concessione.

La violazione del 2597 c.c. obbliga il monopolista a risarcire i danni: è in realtà controverso se il terzo possa ottenere una sentenza costitutiva *ex* 2932 c.c.[110].

Nel caso invece di rifiuto di contrarre *ex* art. 1679 c.c., secondo un orientamento[111] l'utente potrebbe invocare il 2932 c.c.[112]

4. Il decisum

Come si può arguire dalle tematiche sopra tratteggiate, la decisione della Plenaria ha dovuto affrontare tutta una serie di questioni, fornendo delle risposte cruciali.

In primis, per ciò che concerne l'atto d'obbligo (nel caso di specie per l'assunzione degli oneri di urbanizzazione e della cessione gratuita delle aree stradali e dei servizi), il Consiglio di Stato respinge con forza l'idea di qualificarlo come una manifestazione di volontà del privato, fonte di una obbligazione tipicamente privatistica, priva di qualsiasi connotazione pubblicistica, non inquadrabile pertanto in un procedimento amministrativo. I giudici amministrativi anzi ne sottolineano la forte e stretta dipendenza dell'atto d'obbligo al procedimento di assegnazione delle aree.

D'altra parte, ragionando *a contrario*, i giudici evidenziano che se, *ab absurdo*, si dovesse considerare l'atto d'obbligo come un'obbligazione privatistica, del tutto svincolata e priva di qualsiasi collegamento con il provvedimento amministrativo, l'atto *de quo* sarebbe affetto da nullità, per mancanza della causa; requisito quest'ultimo di ogni atto negoziale (*ex* art. 1325 c.c.), non potendo essere consentito uno spostamento patrimoniale privo di giustificazione giuridica. Diversamente, non sarebbero comprensibili le ragioni per le quali il consorzio si sarebbe obbligato unilateralmente ad un determinato *facere*, a titolo gratuito, nei confronti del Comune.

Una volta respinta la tesi 'privatistica' che pretendeva di considerare l'atto d'obbligo come una mera obbligazione privatistica, sfornita di qualsivoglia giustificazione giuridica, il supremo consesso amministrativo reputa che l'atto *de quo* vada configurato come atto privato accessivo all'assegnazione, necessario per la stessa efficacia di quest'ultima, collocandosi, pertanto, nell'ambito del complesso e articolato procedimento amministrativo di attuazione degli interventi di edilizia economica e popolare.

Per ciò che concerne la giurisdizione, i giudici di palazzo Spada riconoscono che il caso rientri pienamente nella giurisdizione esclusiva, perché la controversia concerne in ogni caso l'adempimento di un atto della pubblica ammi-

---

[109] Cass. Sez. Un. civ., 11 novembre 1998, n. 11350.

[110] In tal senso Cass., 12 giugno 1986, n. 3914; T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960, 60; L. NIVARRA, *La disciplina della concorrenza. Il monopolio, art. 2597*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1992, 125; *contra* Cass., 23 gennaio 1978, n. 298 e F. MESSINEO, *Il contratto*, *Enc. del diritto*, IX, Milano, 1961, 800, secondo cui l'art. 2932 c.c. non è applicabile agli obblighi assunti in base ad un titolo concreto

[111] M. IANNUZZI, *Del trasporto*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna Roma, 1970, 70.

[112] *Contra* M. STOLFI, *Appalto trasporto*, in *Trattato di diritto civile* diretto da G. GROSSO e F. SANTORO PASSARELLI, Milano, 1961, 86, nt. 36; G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Comm. cod. civ. Utet*, Torino, 1968, 475.

nistrazione in materia di urbanistica ed edilizia, senza considerare che l'atto d'obbligo potrebbe comunque essere giustamente assoggettato alla disciplina degli accordi *ex* art. 11 L. 241/90 e quindi alla consequenziale giurisdizione esclusiva.

Infine l'Adunanza Plenaria si sofferma sull'ammissibilità dell'azione costitutiva di cui all'art. 2932 c.c. e richiama l'orientamento della giurisprudenza[113] che ha ribadito che «il rimedio previsto dall'art. 2932 c.c. al fine di ottenere l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto, deve ritenersi applicabile non solo nelle ipotesi di contratto preliminare non seguito da quello definitivo, ma anche in qualsiasi altra ipotesi dalla quale sorga l'obbligazione di prestare il consenso per il trasferimento o la costituzione di un diritto, sia in relazione ad un negozio unilaterale, sia in relazione ad un atto o ad un fatto dai quali detto obbligo possa sorgere *ex lege*[114]». Da ciò si conclude per ritenere che il mancato adempimento del consorzio potrà essere oggetto dell'azione *ex* art. 2932 c.c.

La Plenaria, infine, esclude che la natura speciale ed eccezionale del 2932 c.c., in quanto mista, cognitiva ed esecutiva insieme, e perciò derogatoria della normale separazione tra azione cognitoria e azione esecutiva, possa militare a favore della pretesa inammissibilità dell'azione *de qua*. Inoltre non può neppure sostenersi la tesi di una eventuale 'tipicità' delle azioni proponibili nel processo amministrativo, tipicità che sarebbe in stridente ed inammissibile contrasto, oltre che con i fondamentali principi di pienezza ed effettività della tutela, *ex* art. 1 c.p.a., con la stessa previsione dell'art. 24 della Costituzione. Né può condividersi la tesi secondo cui l'effetto dell'acquisizione delle aree in questione avrebbe potuto essere conseguito dall'Amministrazione utilizzando i propri poteri autoritativi, quale l'acquisizione d'ufficio: a tacer d'altro, è sufficiente al riguardo rilevare che l'eventuale possibilità di esperire poteri amministrativi non rende di per sé inammissibile la proposizione di una domanda giudiziale.

Per quanto riguarda invece la perdita di efficacia di un P.E.E.P., quale piano urbanistico attuativo, lo stesso non può più essere portato ad esecuzione per la parte in cui è rimasto inattuato, non potendosi pertanto più eseguirsi gli espropri, preordinati alla realizzazione delle opere pubbliche e delle opere di urbanizzazione primaria, né potendosi procedere all'edificazione residenziale, fermo restando invece che devono continuare ad osservarsi le prescrizioni previste dallo stesso, destinate ad essere applicate a tempo indeterminato anche in presenza di un piano urbanistico generale[115].

Le conseguenze della scadenza dell'efficacia del piano di zona si esauriscono pertanto nell'ambito della sola disciplina urbanistica, non potendo invece incidere sulla validità ed efficacia delle obbligazioni assunte dai soggetti attuatori degli interventi di edilizia economica e popolare, che solo mediatamente trovano fonte nel piano urbanistico attuativo (nel caso di specie, piano di zona), radicandosi piuttosto nelle convenzioni urbanistiche, disciplinate dall'art. 11 della L. n. 167 del 1962, come modificato dalla legge n. 865 del 1971, ovvero negli atti d'obbligo accessivi al provvedimento di asse-

[113] Cass. civ., sez. II, 30 marzo 2012, n. 5160.

[114] Cass., 8 agosto 1987, n. 6792; v. Cass., 15 aprile 2004, n. 7157; v. Cass., 23 maggio 2008, n. 13403 in tema di rifiuto di prestare il consenso di una cooperativa edilizia all'atto traslativo dell'immobile al socio assegnatario; Cass., 5 maggio 2004, n. 8568, in tema di stipulazione di contratto di lavoro.

[115] Cons. di Stato, sez. IV, 27 ottobre 2009, n. 6572; sez. IV, 12 dicembre 2008, n. 6182; sez. V, 20 marzo 2008, n. 1216. Si v. anche T.A.R. Veneto, sez. II, 11 ottobre 2012, n. 1261.

gnazione, come nel caso di specie, del tutto svincolati dalla efficacia del piano stesso.

5. La giurisprudenza sul 2932 c.c.

Da una ricognizione della giurisprudenza emerge che l'art. 2932 c.c. ha trovato applicazione preminentemente nelle convenzioni urbanistiche[116] in generale e *sub specie* per la lottizzazione di cui alla L. 6/8/1967 n. 765. Gli atti unilaterali d'obbligo, con cui i privati assumono l'impegno ad attuare la previsione urbanistica e a cedere delle aree, solitamente in modo gratuito, alla P.A. (il Comune), sono sempre accessori e strettamente collegati alla convenzione urbanistica o per la lottizzazione: la cessione delle aree sono oggetto della convenzione e sono relative alle opere di urbanizzazione del piano particolareggiato; sicché la causa di tali atti è costituita dalla cessione alla P.A. delle aree o a scomputo degli oneri di urbanizzazione o dietro rilascio di permessi di costruire o di permessi in sanatoria.

Occorre innanzitutto rilevare che, nell'affrontare la problematica relativa all'applicabilità del 2932 c.c. nelle convenzioni di lottizzazione, la giurisprudenza amministrativa ribadisce che, come ormai riconosciuto dalla giurisprudenza delle Sezioni unite della Corte di Cassazione[117], le convenzioni *de quibus*, integrando uno strumento di pianificazione di tipo attuativo del piano regolatore, vengono equiparate agli accordi sostitutivi di provvedimento di cui all'art. 11 della L. 241/90[118]. Si precisa inoltre che le convenzioni di lottizzazione, avendo per contenuto essenziale l'assunzione di obblighi a carico del proprietario lottizzante, non possono essere intese, per il disposto dell'art. 13 della legge n. 241/1990, come contratti volti alla modifica dell'assetto urbanistico delle aree interessate, visto che tale articolo sottrae alla possibilità di accordo gli atti di pianificazione. Conseguentemente, le convenzioni *de quibus* hanno solo gli effetti previsti dall'art. 11 della L. n. 241/1990, rientrando tra essi la definizione delle prestazioni e delle contribuzioni che il privato lottizzatore deve al Comune e le modalità di realizzazione della lottizzazione[119].

Quanto invece agli atti unilaterali accessori alle convenzioni, si sottolinea che questi configurano un accordo integrativo del procedimento riconducibile all'art. 11, L. n. 241/1990[120]. A conferma di tale conclusione dai giudici amministrativi si richiama la giurisprudenza della Corte di Cassazione[121], la quale qualifica quale accordo *ex* art. 11, L. n. 241/1990 la convenzione stipulata tra un Comune e un privato, con la quale questi, al fine di conseguire il rilascio di un permesso di costruire, si obblighi ad un *facere* o a determinati adempimenti nei confronti dell'ente pubblico.

Ad avviso della Corte di Cassazione, tale convenzione, «non solo non costituisce un contrat-

---

[116] Cfr. sentenza non definitiva del T.A.R. Toscana, sez. III, 20 dicembre 2012, 2102; sent. del T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 5 ottobre 2012, n. 2469.

[117] Cfr. Corte di Cassazione, Sez. Un. civ., 15 dicembre 2000, n. 1262; 11 dicembre 2001, n. 15641; 7 febbraio 2002, n. 1763; 20 novembre 2007, n. 24009; si v. anche T.A.R. Toscana, sez. I, 18 gennaio 2005, n. 153.

[118] T.A.R. Marche, sez. I, 25 luglio 2012, n. 501; T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 10 dicembre 2012, n. 1925; T.A.R. Toscana, sez. I, 18 aprile 2012, n. 771; in tal senso, a *contrario*, anche T.A.R. Liguria, sez. I, 8 giugno 2012, n. 799, che, relativamente ad alcune convenzioni, rileva l'assenza del «tratto autoritativo che il Comune avrebbe speso nelle vicende non ancora conclusesi, sì che ne deriva l'impossibilità di considerare tali contratti come inerenti ad un procedimento ex art. 11 della legge 7.8.1990, n. 241, ad una lottizzazione autorizzata o comunque ad un procedimento tipico e strettamente inerente all'urbanizzazione».

[119] T.A.R. Veneto, sez. II, 25 maggio 2012, n. 736.

[120] T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 5 ottobre 2012, n. 2469, *cit*.

[121] Cfr. Cassazione Sez. Un. civ., 20 aprile 2007, n. 9360.

to di diritto privato ma neppure ha specifica autonomia e natura di fonte negoziale del regolamento dei contrapposti interessi delle parti stipulanti, configurandosi come atto intermedio del procedimento amministrativo volto al conseguimento del provvedimento finale, e dal quale promanano poteri autoritativi della p.a.».
Da tale premesse la Corte di Cassazione deduce, quindi, che le controversie relative a detta convenzione si risolvono in controversie attinenti allo stesso provvedimento concessorio, devolute in quanto tali alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo[122].
Relativamente all'applicabilità del 2932 c.c., nelle convenzioni di lottizzazione, la giurisprudenza di merito[123] ha seguito il solco segnato dall'Ad. Plen. 28 del 2012, facendo così applicazione del rimedio previsto dall'art. de quo, riaffermando che il rimedio previsto dall'art. 2932 c.c., al fine di ottenere l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto, deve ritenersi applicabile non solo nelle ipotesi di contratto preliminare non seguito da quello definitivo, ma anche in qualsiasi altra ipotesi dalla quale sorga l'obbligazione di prestare il consenso per il trasferimento o la costituzione di un diritto, sia in relazione ad un negozio unilaterale, sia in relazione ad un atto o ad un fatto dai quali detto obbligo possa sorgere *ex lege*[124].
Si può anzi sostenere che per costante giurisprudenza è stata ritenuta utilizzabile l'azione *ex* art. 2932 c.c. nel procedimento relativo alla materia urbanistica. Infatti, quando il ricorso è incentrato sulla pretesa del Comune di acquisire, come da precedente pattuizione, aree oggetto di opere di urbanizzazione, collegate ad attività edificatoria assentita con permesso di costruire, emerge un modulo convenzionale nell'ambito del procedimento preordinato all'emanazione del titolo edilizio, cosicché appare corretto ricondurre la vicenda in esame all'ipotesi di accordo *ex* art. 11 della L. n. 241/1990, con l'ulteriore conseguenza che risulta proponibile innanzi al giudice amministrativo la domanda di esecuzione specifica, ai sensi dell'art. 2932 c.c., degli obblighi derivanti dalla convenzione[125].
In ultima analisi, sulla praticabilità effettiva del 2932 c.c., giova mettere in risalto il fatto che la norma *de qua*, nei rari casi in cui è stata utilizzata dal giudice amministrativo, è stata applicata per convenzioni di lottizzazione in cui mancava solo l'effetto traslativo della proprietà di determinate aree[126].
Dev'essere, peraltro, evidenziato che la giurisprudenza amministrativa ha precisato che, avendo la sentenza *ex* articolo 2932 c.c. natura costitutiva e, in quanto tale, producendo essenzialmente gli effetti, definitivi e finali, corrispondenti al programma negoziale definito dalle previsioni delle parti raccolte nel contratto preliminare, non può essere pronunciata se tali effetti non siano sufficientemente delineati già dalle parti[127].

---

[122] Cassazione Sez. Un. civ., 20 aprile 1998, n. 4016.
[123] T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 25 agosto 2012, n. 880, in *Foro amm.vo – TAR*, 2012, 7 - 8, 2553.
[124] Cfr. Cass., 8 agosto 1987, n. 6792; Cass., 15 aprile 2004, n. 7157; Cass., 23 maggio 2008, n. 13403.
[125] Oltre alla già cit. sent. del T.A.R. Marche, sez. I, 25 luglio 2012, n. 501, si v. anche T.A.R. Toscana, sez. III, 14 gennaio 2011, n. 77; T.A.R. Veneto, sez. II, 13 luglio 2011, n. 1219, dove si sancisce che: «per dare forzata attuazione alle obbligazioni patrimoniali, assunte con la convenzione, è comunque necessario un provvedimento giurisdizionale, e non v'è ragione di escluderne quelli avente efficacia costitutiva, come appunto la sentenza ex art. 2932 c.c., dovendo comunque l'ordinamento garantire la piena tutela effettiva delle posizioni soggettive paritetiche, incluse naturalmente quelle degli Enti pubblici».
[126] *Ex multis* T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 05 luglio 2011, n. 1760; T.A.R. Veneto, sez. II, 13 luglio 2011, n. 1219.
[127] Cfr. T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 10 febbraio 2011, n. 250.

Comunque sia, risulta che lo strumentario giuridico a disposizione delle parti all'interno delle vicende incluse nella giurisdizione esclusiva è sostanzialmente omogeneo, sia se si verta nell'ambito di questioni di diritto soggettivo (che possono essere fatte valere con azione di accertamento, per cui l'eventuale richiesta di pronuncia *ex* art. 2932 c.c. va convertita d'ufficio, a norma dell'art. 32 del c.p.a.), sia se si verta nell'ambito di situazioni di interesse legittimo (nel qual caso vige il normale regime impugnatorio o eventualmente quello del silenzio, in relazione alla mancata adozione dell'atto amministrativo invocato)[128].

Infine con riguardo al riparto di giurisdizione, è ormai acquisito il dato che, nei casi *de quibus*, per azionare il rimedio *ex* 2932 c.c. si adisce il giudice amministrativo, essendovi giurisdizione esclusiva. Alcune sentenze sottolineano che, anche se si verte di controversie afferenti le convenzioni di lottizzazione, pure se relative alla fase esecutiva del rapporto[129], la giurisdizione è esclusiva perché le convenzioni dovrebbero seguire la disciplina dettata dagli accordi *ex* art. 11 L. 241/90[130]. In base al nuovo c.p.a. l'esecuzione di una convenzione urbanistica (che implichi anche la praticabilità del rimedio *ex* 2932 c.c.) risulta devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in forza della previsione dell'art. 133, comma 1°, lett. *a*) n. 2) del D.lgs. 104/2010 (già art. 11, comma 5°, della legge 241/1990)[131].

Altre sentenze sottolineano che la giurisdizione esclusiva si giustifica in quanto si verte di materia urbanistica ed in generale di governo del territorio[132].

Infine ulteriori sentenze[133] sottolineano che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si giustifica sia perché le controversie sono relative alla formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi conclusi, nel pubblico interesse, dall'Amministrazione con i soggetti privati sia perché coinvolgono atti e provvedimenti in materia urbanistica, rientrando perciò nella giurisdizione esclusiva di questo giudice anche *ex* art. 34 del D.lgs. n. 80/1998, come sostituito dall'art. 7 della legge n. 205/2000, e pur dopo le pronunce di parziale incostituzionalità, di cui alle sentenze 6 luglio 2004, n. 204 e 28 luglio 2004, n. 281, della Corte Costituzionale.

Da ultimo, giova sottolineare come nella giurisprudenza[134] si sia prospettata l'astratta utilizzabilità del 2932 c.c. anche nel caso degli accordi tra P.A. *ex* art. 15 L. 241/90. Infatti, a tali accordi sono applicabili le norme dei commi 2 e 3 dell'art. 11 della medesima legge, tra cui il richiamo operato dall'art. 11 ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, in quanto compatibili. Quindi, i principi generali in materia di obbligazioni e contrati sono applicabili solo previa verifica di compatibilità. Nel caso concreto, poi, il giudice adito ha escluso la pronuncia di sentenza di condanna *ex* 2932 c.c., costitutiva degli effetti previsti dall'accordo procedimentale *ex* art. 15 L. 241/90, trattandosi

[128] Consiglio di Stato, sez. IV, 31 maggio 2012, n. 3261.

[129] Cfr. Corte di Cassazione, Sez. Un. civ.: 15 dicembre 2000, n. 1262; 11 dicembre 2001, n. 15641; 7 febbraio 2002, n. 1763; si v. anche T.A.R. Toscana, sez. I, 18 gennaio 2005, n. 153.

[130] Cons. di Stato, sez. IV, 29 febbraio 2008, n. 781; Cass. Sez. Un. civ., 25 maggio 2007, n. 10186.

[131] Cfr. fra le più recenti, Cassazione, Sez. Un. civ., ordinanza 9 marzo 2012, n. 3689; Cons. di Stato, sez. IV, 2 febbraio 2012, n. 616; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 23 novembre 2010, n. 7313; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 12 aprile 2012, n. 1070; T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 10 dicembre 2012, n. 1925; T.A.R. Veneto, sez. II, 13 luglio 2011, n. 1219; T.A.R. Veneto, sez. II, 24 maggio 2012, n. 715; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II bis, 14 marzo 2012, n. 2517.

[132] T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 25 agosto 2012, n. 880, *cit*.

[133] *Ex multis* T.A.R. Marche, sez. I, 25 luglio 2012, n. 501, *cit*.

[134] T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 14 giugno 2012, n. 5497.

www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821

di accordi che rinviano ad ulteriori accordi, anche perché la giurisprudenza amministrativa ha precisato che, avendo la sentenza *ex* articolo 2932 c.c. natura costitutiva e, in quanto tale, producendo essenzialmente gli effetti, definitivi e finali, corrispondenti al programma negoziale definito dalle previsioni delle parti raccolte nel contratto preliminare, non può essere pronunciata se tali effetti non siano sufficientemente delineati già dalle parti[135].

6. Osservazioni finali

L'utilizzabilità del rimedio previsto dall'art. 2932 c.c. da parte della P.A. tira sicuramente 'in ballo' la questione della realistica applicabilità dei principi di diritto civile nella materia degli accordi *ex* art. 11 L. 241/90, dove, tra l'altro, è dato riscontrare la possibile praticabilità del rimedio dell'esecuzione in forma specifica.

A questo scopo, appare utile chiarire una volta per tutte che possono essere applicate non tutte le norme, ma solo le norme di base, quelle fondamentali ed essenziali che caratterizzano il sistema del diritto civile codicisticamente disciplinato, «in materia di obbligazioni e contratti», quindi con riferimento specifico alle norme del diritto obbligazionario e dei contratti previste dal Titolo I sulle obbligazioni in generale, dal Titolo II sui contratti in generale e dal Titolo III sui singoli contratti del c.c., «in quanto compatibili»; in tal modo il legislatore obbliga sia in primo luogo la stessa Amministrazione sia il giudice in sede di sindacato eventuale successivo ad una verifica in concreto della possibilità di combinazione di queste norme civilistiche con le finalità pubblicistiche e con i particolari contenuti ed oggetti degli accordi in questione.

La clausola di compatibilità è diretta proprio a salvaguardare comunque un regime speciale per l'attività negoziale della P.A. e non a dare copertura agli spazi non regolamentati dalla legislazione pubblica; in definitiva l'eventuale applicabilità delle norme e principi al settore degli accordi di diritto pubblico vanno lette sotto una luce di residualità rispetto alla ben più appropriata e specifica legislazione pubblicistica.

In questo 'solco' vanno collocati e inquadrati gli accordi procedimentali *ex* art. 11 L. 241/90: difatti gli accordi *de quibus* rappresentano una categoria ben diversa e distinta dai contratti, poiché in essi l'oggetto di negoziazione è la stessa funzione pubblica. Essi sono infatti diretti a disciplinare in modo concordato con i soggetti amministrati l'esercizio delle potestà autoritative della P.A. e vengono regolamentati solo dai 'principi' del diritto civile (art. 11, co. 2, L. 241/1990), poiché il soggetto pubblico, con la stipula di tale (non 'contratto' ma) accordo, non perde l'esercizio della propria potestà autoritativa che può essere esplicata anche *in executivis*, come prevede espressamente l'art. 11, comma 4, l. 241/1990 (in base al quale la parte pubblica dell'accordo può recedere unilateralmente, salvo l'obbligo di indennizzare eventuali pregiudizi al privato).

Nell'accordo procedimentale l'Amministrazione stipulante non perde la propria potestà autoritativa, poiché l'accordo è diretto a regolamentare lo stesso esercizio della funzione pubblica, ed ha la scopo o di predeterminare il contenuto dei successivi provvedimenti oppure di sostituirli. Appare quindi logico che l'Amministrazione mantenga il proprio potere pubblicistico autoritativo durante l'intero 'arco di vita' dell'accordo, e ,coerentemente con tale impostazione, la giurisprudenza ha ritenuto che per tali accordi, tra i quali rientra la convenzione di lottizzazione, sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo anche nella fase di esecuzione in base all'art. 11, comma 5, l. 241/1990 oggi recepito nell'art. 133, comma 1, lett. a), n.

[135] T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 10 febbraio 2011, n. 250.

2) del codice del processo amministrativo (si v. Cass. Sez. Un. civ., 1 luglio 2009, n. 15388; Cons. di Stato, sez. IV, 16 febbraio 2011, n. 1014). Tale previsione trova giustificazione nel fatto che situazioni di diritto soggettivo e di interesse legittimo si trovano strettamente intrecciate nell'ambito non solo della formazione, ma anche dell'esecuzione dell'accordo procedimentale, e la previsione della giurisdizione esclusiva amministrativa in materia appare quindi coerente con le previsioni costituzionali.

Conseguenza diretta ed inevitabile di quanto sopra si è affermato è che un privato, a fronte della mancata adozione del provvedimento previsto dall'accordo, non può utilizzare il rimedio dell'azione *ex* art. 2932 c.c., dato che questo è incompatibile con un *facere* pubblicistico; sicché l'unico mezzo adottabile è la procedura del silenzio rifiuto ai sensi dell'art. 2, L. 241/90 e dell'art. 117 c.p.a.

Invece, la violazione dell'obbligo di adottare un provvedimento amministrativo con un certo contenuto (è il caso degli accordi procedimentali) previsto nell'accordo non dà luogo all'azione di esecuzione specifica, ma al rimedio dell'impugnazione del provvedimento difforme per eccesso di potere.

Queste conclusioni sono le uniche che possano tenere in debito conto dell'andamento della giurisprudenza. A tal proposito, purtroppo, è dato riscontrare da parte di certa dottrina l'errore metodologico di trascurare sensibilmente l'induzione, ossia lo studio della giurisprudenza, costruendo delle teorie poggiate sulle sabbie mobili, costruzioni teoriche che pretendono chimericamente di dotare il privato dello strumento del 2932 c.c. contro la P.A., elaborazioni teoriche che i Romani avrebbero definite *arena sine calce*, perché, oltre a scontrarsi con la realtà giurisprudenziale, si pongono in una contraddizione logica, razionale e sistematica nei confronti del concetto di potere e dei procedimenti amministrativi di tipo consensuale, che, parafrasando le parole di Nigro, altro non sono che tecniche di diluizione di potere. In altri termini, il potere amministrativo, benché gestito ed espresso in forme 'concilianti' e consensuali (come succede negli accordi), è pur sempre un potere. In ultima analisi, l'insegnamento, che può trarsi dalle teorie che trascurano il dato giurisprudenziale e travisano il concetto di potere e di autorità, può così sintetizzarsi: pretendere di modificare la realtà, modellandola sui propri sogni è un esercizio insensato.

Per ciò che riguarda invece la praticabilità del 2932 c.c. da parte della P.A., si è potuto constatare dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria 28/2012 e dalla successiva giurisprudenza che è ben possibile che l'Amministrazione possa azionare davanti il giudice amministrativo il rimedio dell'esecuzione in forma specifica nei confronti del privato. Questa ulteriore tutela è stata ammessa dal Supremo Consesso della giustizia amministrativa facendo leva sui principi di pienezza e di effettività della tutela, che sono desumibili dall'art. 24 Cost. e che sono del resto richiamati anche dal c.p.a.

Tuttavia appare inevitabile constatare che questo rimedio processuale, essendo uno strumento 'prestato' dal diritto processuale civile sconta una serie di limiti e di inconvenienti, anzi si potrebbe sostenere che la possibilità da parte dell'Amministrazione di azionare il 2932 c.c. altro non è che un *donum exitiale Minervae* e ciò per una serie di ragioni.

In primis, rispetto alla domanda di esecuzione della convenzione urbanistica ed in particolare della convenzione di lottizzazione, il privato potrebbe sollevare l'eccezione di inadempimento, che non potrà trovare accoglimento solo se l'Amministrazione non abbia assunto alcun obbligo o, se l'ha assunto, sia stato correttamente adempiuto.

In secondo luogo, la sentenza sostitutiva dell'eventuale cessione delle aree oggetto di accordo o convenzione urbanistica va respinta dinanzi all'acquisto effettuato dal terzo, a meno che non si proponga un'azione revocatoria dell'acquisto *ex* art. 2901 c.c.
Infine, non sussistono gli elementi per pervenire a una sentenza costitutiva *ex* art. 2932 c.c. quando occorre un'ulteriore attività di rilevazione delle superfici e dei relativi riferimenti catastali aggiornati.
Eppure va sottolineato che anche in assenza di una richiesta da parte dell'Amministrazione di un tale tipo di sentenza, tuttavia al giudice amministrativo spetta sempre il potere di accogliere il ricorso relativamente all'accertamento del diritto avanzato dalla P.A., e ciò in applicazione dei criteri ricavabili dall'art. 34, comma 1, lettere c) ed e) del c.p.a., che prescrivono l'adozione di misure idonee a tutelare la situazione giuridica dedotta in giudizio.
A questo punto, non sembra da disprezzare la vecchia strada dei poteri autoritativi della cd. autotutela esecutiva.
Dall'analisi poi della fattibile praticabilità del 2932 c.c. nei diversi procedimenti, è emerso con chiarezza che questo rimedio è inconcepibile e impensabile per fronteggiare l'*agere* amministrativo, sarebbe infatti un'illegittima coartazione del potere e costituirebbe un'illegittima intrusione dei giudici nel merito della P.A.
D'altra parte, proprio perché solo la P.A. possa servirsi di questo strumento processuale, negli accordi, nelle convenzioni urbanistiche, non viene meno il carattere pubblicistico di questi moduli procedimentali.
Da quanto si è avuto modo di analizzare in questo lavoro, proprio grazie all'uso o meno del 2932 c.c. si potrebbe tracciare una chiara linea di demarcazione tra procedimenti amministrativi e contratti di diritto privato, in altri termini, l'art. *de quo* costituisce, sul piano pratico ed empirico, la misura e 'la cartina di tornasole' dell'autoritatività dell'*agere* della P.A.
Giova innanzitutto chiarire che i cd. contratti accessivi di provvedimenti altro non sono che accordi, in cui, se anche si riscontra una compresenza di provvedimento e contratto, la materia regolata è di tipo pubblicistico. Sono infine pacificamente riconducibili alla disciplina degli accordi le convenzioni urbanistiche e quelle di lottizzazione. Ebbene tutte queste fattispecie possono agevolmente essere ricomprese nella macrocategoria degli accordi procedimentali. Si è visto che in questi ambiti non è pensabile un uso dell'azione *ex* 2932 c.c., quindi è arguibile che si tratta di *agere* pubblico della P.A.
Si è infine visto che anche nella fase dell'evidenza pubblica, benché sfoci in un contratto, non possono stagliarsi posizioni di diritto soggettivo che possano dar luogo al 2932 c.c.
Ben diverso è invece il caso del pubblico impiego privatizzato, dove, appunto, la P.A. riveste i panni del datore di lavoro soggetto alle regole del diritto privato. Ma anche qui, finché il candidato non si collochi in graduatoria, in un posto utile per l'assunzione, non potrà mai sorgere un diritto soggettivo. Sicché, gli idonei saranno titolari solo di un'aspettativa di diritto.
Pacifica è infine l'attuazione del 2932 c.c. quando la P.A. agisce *jure privatorum* (ed è il caso dell'assegnazione degli alloggi dell'edilizia popolare).
Da questa veloce ricognizione di svariati procedimenti, visti proprio alla luce del 2932 c.c., si delinea una bipartizione: procedimenti di pura caratura pubblicistica (accordi e quindi cd. contratti accessivi, convenzioni urbanistiche); procedimenti bifronte, perché in un primo tratto sono fortemente pubblicistici e, da un certo tratto in poi, si hanno vicende soggette pienamente al diritto privato (è il caso dell'evidenza pubblica e dei concorsi nel pubblico impiego privatizzato). In conclusione, l'utilizzo dell'art. 2932 c.c.

da parte del privato nei confronti della P.A. segna 'le colonne d'Ercole' nella classica dicotomia autorità e libertà.

www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821