



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI
“FEDERICO II”
FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA
LA PROGRAMMAZIONE NEGOZIALE
PER LO SVILUPPO E LA TUTELA DEL
TERRITORIO – XXV CICLO

TESI DI DOTTORATO
LA TUTELA DEL CONTRAENTE
PUBBLICO E PRIVATO NEGLI
ACCORDI AMMINISTRATIVI

RELATORE
Ch.mo. Prof. F. Liguori

CANDIDATA
dott.ssa Annalisa Cuccaro

INDICE

Introduzione

Capitolo I

GLI ACCORDI AMMINISTRATIVI NELLA LEGGE SUL PROCEDIMENTO: PROFILI PROCESSUALI

- 1.** La disciplina giuridica degli accordi amministrativi ex art. 11 Legge n. 241/90.
 - 1.1** La natura giuridica degli accordi amministrativi nel sistema di tutela giurisdizionale.
- 2.** Il regime giuridico degli accordi tra amministrazioni pubbliche.
- 3.** La tutela del contraente privato in caso di illegittimità o violazione della determinazione amministrativa che precede l'accordo.
- 4.** La tutela del terzo negli accordi tra amministrazione e privati.
- 5.** La tutela del contraente privato in caso di recesso della p.a.
 - 5.1.** Il recesso unilaterale negli accordi orizzontali: rimedi processuali.

Capitolo II

CONVENZIONI DI LOTTIZZAZIONE E TUTELA DEI CONTRAENTI

- 1.** Le convenzioni di lottizzazione nell'evoluzione dell'ordinamento. Cenni sulla genesi dell'istituto.
- 2.** La riconducibilità delle convenzioni di lottizzazione al novero degli accordi tra amministrazione e privato.
- 3.** Rilievi sulla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.
- 4.** Recesso e potestas variandi della P.A. : profili processuali.
- 5.** Inadempimento del privato e tutela giurisdizionale.

Capitolo III

ASPETTI DI TUTELA NEGLI ACCORDI AMMINISTRATIVI IN MATERIA ESPROPRIATIVA

1. L'accordo di cessione volontaria del bene espropriando: aspetti di regime.
2. La natura giuridica dell'accordo di cessione.
 - 2.1. Problematiche relative alla disciplina applicabile.

Capitolo IV

TUTELA ARBITRALE E ACCORDI AMMINISTRATIVI

La compromettibilità in arbitrato delle controversie insorte in sede di esecuzione degli accordi amministrativi.

Bibliografia

Introduzione

I rapporti convenzionali tra pubbliche amministrazioni e tra queste ed i soggetti privati sono riconducibili, nell'ambito dell'ordinamento giuridico, ad una pluralità di fattispecie negoziali, diversamente denominate come contratti, accordi, patti, protocolli d'intesa che, affini nella struttura e nella forma, divergono tra loro nelle finalità e nelle funzioni.

Limitando il campo d'indagine alla sola categoria degli accordi amministrativi, va anzitutto dato conto delle differenze, di finalità e funzioni, sussistenti tra accordi stipulati tra amministrazioni e privati e accordi posti in essere tra soggetti pubblici, essendo i primi finalizzati all'esercizio in forma concordata di potestà pubblicistiche, in un'ottica che privilegia il consenso e la partecipazione del privato nel perseguimento di obiettivi di interesse generale, ed i secondi diretti a disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune, in una prospettiva tesa a soddisfare esigenze di semplificazione e necessario coordinamento tra enti nell'attuazione dei compiti istituzionali loro propri.

Le differenze non si esauriscono sul piano soggettivo e funzionale, ma si riverberano sul piano normativo in una varietà di strumenti convenzionali, ascrivibili al novero degli accordi tra amministrazione e privati o a quello degli accordi tra soggetti pubblici.

Benché il Legislatore del '90 abbia generalizzato la portata degli accordi in parola, mediante le fondamentali previsioni contenute agli artt. 11 e 15 della la legge 7 agosto 1990 n. 241, che dettano una disciplina specifica, rispettivamente, degli accordi integrativi e sostitutivi di provvedimento e degli accordi tra pubbliche amministrazioni, nella prassi erano da tempo diffuse specifiche tipologie di accordi per l'esercizio in forma concordata di funzioni di rilievo pubblico in specifici settori dell'ordinamento.

Si pensi, ad esempio, all'istituto delle convenzioni di lottizzazione, introdotto con legge 6 agosto 1967 n.765 (cd. Legge – ponte in materia urbanistica), attraverso il quale la p.a. definisce con i privati l'assetto urbanistico di parti anche significative del territorio comunale.

Presenta delle caratteristiche peculiari rispetto alla fattispecie generale ex art. 11, l. n. 241/90 anche l'accordo di cessione

volontaria del bene espropriando, atto conclusivo della procedura espropriativa in luogo del formale decreto di esproprio.

Quanto agli accordi tra soggetti pubblici, si annoverano, tra gli antecedenti normativi degli accordi ex art. 15, l. n. 241/90, le convezioni tra enti pubblici disciplinate all'art. 30 del D. lgs. n. 267/2000 per lo svolgimento coordinato di funzioni e servizi determinati, nonché l'istituto degli accordi di programma, oggi previsto all'art. 34 del T.U.E.L. *per la definizione e l'attuazione di opere, di interventi o di programmi di intervento che richiedano per la loro completa realizzazione l'azione integrata e coordinata di comuni, province, regioni, di amministrazioni statali o comunque di due o più tra i soggetti predetti.*

Accompagnano la progressiva diffusione dei su richiamati strumenti di concertazione e di amministrazione concordata, vivaci dispute dottrinali, invero mai sopite, sulla identità o difformità di natura e di disciplina tra accordi e contratti ed anche tra gli stessi accordi.

Pertanto, l'ampiezza del tema e la vastità della produzione scientifica sull'argomento impongono una trattazione circoscritta della materia agli aspetti di carattere processuale più strettamente

attinenti alla fase di esecuzione dell'accordo, prescindendo, ove possibile, dalle dispute sulla qualificazione privata o pubblica della relativa disciplina.

Il presente lavoro mira, dunque, ad indagare, nella prospettiva di entrambi i contraenti, a seconda delle fattispecie di volta in volta esaminate, gli strumenti di tutela giurisdizionale apprestati dall'ordinamento per la salvaguardia degli interessi coinvolti nella stipula dell'accordo.

A tal fine, nel primo capitolo si è ritenuto opportuno procedere, in via preliminare, ad una breve ricostruzione delle due ipotesi di riferimento generale per l'attività amministrativa previste agli articoli 11 e 15 della legge n. 241/1990, per poi esaminare le problematiche connesse alle ipotesi di violazione o illegittimità della determinazione che precede l'accordo integrativo del provvedimento, alla tutela dei diritti dei terzi, all'esercizio legittimo o illegittimo del potere di revoca da parte della p.a., all'ammissibilità di un potere amministrativo di recesso unilaterale dagli accordi tra pubbliche amministrazioni.

Nel secondo capitolo, si analizza, poi, la riconducibilità delle convenzioni di lottizzazione agli accordi sostitutivi di

provvedimento e le conseguenze derivanti dall'inadempimento degli obblighi scaturenti dalla convenzione, sia per la p.a. che per il privato lottizzante, tra cui l'esperimentabilità dell'azione di risoluzione per inadempimento.

Il terzo capitolo è, invece, dedicato all'approfondimento delle questioni processuali che possono insorgere nella fase di conclusione dell'accordo di cessione volontaria ex art. 45 del D.p.r. n. 327/2001.

L'indagine si conclude con l'analisi, nel quarto e ultimo capitolo, delle problematiche emerse sul tema della compromettibilità in arbitrato delle controversie insorte in sede di attuazione dell'accordo.

CAPITOLO I

GLI ACCORDI AMMINISTRATIVI NELLA LEGGE SUL PROCEDIMENTO: PROFILI PROCESSUALI.

1. La disciplina giuridica degli accordi amministrativi ex art. 11 Legge n. 241/90.

Per larga parte del secolo scorso, l'attività dei soggetti pubblici è stata caratterizzata prevalentemente dall'utilizzo di poteri autoritativi ed unilaterali nel perseguimento dell'interesse generale come definito dalla legge.

A partire dalla seconda metà degli anni ottanta, la tradizionale concezione dell'attività delle pubbliche amministrazioni, costruita come esercizio di poteri pubblici, si è evoluta verso una filosofia concordata dell'amministrare, ispirata alla concertazione come metodo costante di relazione e risoluzione dei conflitti tra istituzioni e parti sociali.

In questo rinnovato contesto, si è notevolmente diffuso il ricorso a strumenti di carattere negoziale per il conseguimento degli interessi pubblici tutelati dalle norme dell'ordinamento¹.

¹ Sull'evoluzione del modello consensuale nell'ordinamento amministrativo, Cammeo F., *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico*, in *Giur. It.*, 1990, IV, pp. 1 e ss; Sticchi Damiani E., *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 18 e ss.

Benché esistessero forme tipiche di accordo tra privati e amministrazione già prima dell'entrata in vigore della legge n. 241 del '90, è solo con l'intervento normativo in parola che si realizza l'istituzionalizzazione del modulo convenzionale nell'esercizio dell'attività amministrativa, per effetto di quanto disposto all'art. 11 della citata legge, che consente all'amministrazione di concludere accordi al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento ovvero in sostituzione di questo.

Il legislatore del 2005, novellando la fondamentale legge sul procedimento, ha poi esplicitato il *favor*, invero già manifesto, verso tali modelli nella previsione, di portata generale, contenuta all'art. 1, comma 1bis, della legge n. 241/90, secondo cui *“la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme del diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente”*.

Orbene, mentre nei contratti di diritto comune la p.a. agisce *iure privatorum* e, quindi, è equiparata al privato contraente, l'istituto degli accordi ex art. 11, legge n. 241/90, evidenzia, invece, una situazione del tutto distinta, che vede

l'amministrazione andare alla ricerca del consenso del privato per l'esercizio di un potere del quale è solita fare uso in forma unilaterale.

Presupposto indefettibile per la stipula degli accordi in parola è l'esistenza di un procedimento già avviato. Il comma 1 della citata norma dispone, infatti, che l'Amministrazione possa pervenire alla definizione dei predetti accordi con i soggetti interessati *“in accoglimento di osservazioni e proposte”* presentati nel rispetto delle modalità previste dalle disposizioni contenute nella stessa legge. Inoltre, il medesimo comma stabilisce che l'Amministrazione può concludere accordi senza pregiudizio dei diritti dei terzi. La ragione che ha spinto il legislatore ad utilizzare tale formula, ossequiosa del principio di relatività dei contratti ai sensi dell'art.1372 c.c., può essere rinvenuta (aderendo alla tesi pubblicistica della natura dell'accordo), nella possibilità che l'accordo sostitutivo, facendo leva sul carattere autoritativo del potere, possa produrre effetti lesivi nei confronti dei consociati al pari di un qualunque provvedimento amministrativo.

La formulazione dell'art. 11 prevede due differenti tipologie di accordi: gli accordi integrativi del provvedimento, attraverso cui la p.a. e il privato concordano il contenuto discrezionale del provvedimento finale² e gli accordi sostitutivi del provvedimento³ (resi atipici dalla legge 11 febbraio 2005 n. 15), nei quali quest'ultimo viene ad essere integralmente sostituito dall'accordo.

Alle due diverse fattispecie si applicano talune regole giuridiche comuni. Di particolare rilievo è il rinvio ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, quale insieme normativo che si applica anche agli accordi previsti dalla disposizione in commento. Tuttavia, è opportuno precisare che i principi del codice civile possono trovare applicazione

² Per tale definizione cfr., Cerulli Irelli V., *Corso di Diritto Amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 497. Elemento caratterizzante l'accordo integrativo è l'obbligo assunto dall'amministrazione di esercitare il potere attraverso l'emanazione di un provvedimento, il cui contenuto è in tutto o in parte determinato dal previo accordo con il privato; altra funzione, come ritenuto da alcuna dottrina, è quella di ampliare il contenuto discrezionale del provvedimento stesso, "*ossia conferire al provvedimento un contenuto che esso non avrebbe potuto comunque legittimamente assumere in carenza di un accordo con il privato*" (Teresi F., *Procedimento Amministrativo e accesso ai documenti*, Maggioli, Rimini, 1991, p.70).

³ Gli accordi cd. "sostitutivi" determinano la produzione degli effetti giuridici per i quali sarebbe necessaria l'emanazione del provvedimento unilaterale, senza alcuna ulteriore attività, relativa all'esercizio del potere, in capo all'amministrazione.

laddove non contrastino con la specifica disciplina legislativa dettata in rapporto alle singole figure negoziali.

E' sancito, inoltre, al comma 2, l'obbligo di stipulazione degli accordi *de quibus* per atto scritto, a pena di nullità.

Altra fondamentale previsione è quella che contempla il potere unilaterale della P.A. di recedere dall'accordo per "*sopravvenuti motivi di pubblico interesse*", fermo restando l'obbligo di "*provvedere alla liquidazione di un indennizzo*" in relazione degli eventuali pregiudizi verificatesi in danno al privato. Come osservato da autorevole dottrina, "*si tratta di una disposizione chiave, nell'architettura dell'istituto, perché disciplina uno dei nodi fondamentali della materia, costituito dalla necessità di conciliare la stabilità del rapporto con l'inesauribilità dell'azione amministrativa e con la sopravvenienza di un diverso interesse pubblico*"⁴.

Inoltre, occorre sottolineare che, a norma del terzo comma, gli accordi sostitutivi sono soggetti ai medesimi

⁴ Greco G., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 79.

controlli cui sono sottoposti i provvedimenti in luogo dei quali sono emanati, e quindi ad una verifica secondo i consueti vizi della violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere.

In ultimo giova menzionare che, alla caduta della riserva di legge in materia di accordi sostitutivi si unisce l'introduzione, nel corpo dell'art. 11, di un comma 4 bis (introdotto dall'art. 7, comma 1, lett. b) della legge n. 15 del 2005), in forza del quale la conclusione di accordi (sostitutivi o integrativi) da parte della p.a. deve essere necessariamente preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento⁵. Lo stesso legislatore giustifica tale innovazione attraverso la manifesta esigenza di garantire l'imparzialità ed il buon andamento dell'azione amministrativa.

La su richiamata previsione non è di poco conto se si considerano le implicazioni di carattere processuale che sorgono in caso di violazione o illegittimità della determina che ai sensi

⁵ In epoca anteriore alla novella, si era già posta la questione relativa alla necessità che l'accordo fosse preceduto da un atto formale, esplicativo delle ragioni che avevano indotto l'amministrazione a preferire lo strumento convenzionale a quello provvedimentoale. Sul punto, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2636, in www.giustizia-amministrativa.it, che aderisce alla tesi restrittiva secondo cui l'accordo dovrebbe essere sempre preceduto da una fase di scelta che dia conto, con una motivazione apposita, delle ragioni per cui l'amministrazione scende dal piano pubblicistico autoritativo a quello privatistico.

del citato comma 4bis deve necessariamente precedere l'accordo e di cui si tratterà in prosieguo.

Completa la disciplina dell'istituto la previsione contenuta all'art. 133 del D.Lgs. n. 104/2010 che nel disporre (all'art. 4 dell'Allegato 4) l'abrogazione del comma 5 dell'art. 11, ne recepisce interamente il contenuto, attribuendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di *“formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo e degli accordi tra pubbliche amministrazioni”*.

1.1 La natura giuridica degli accordi amministrativi nel sistema di tutela giurisdizionale.

Dopo aver ricostruito i tratti essenziali della disciplina dettata dall'art.11, occorre affrontare, sia pur a latere delle connesse implicazioni di ordine processuale, lo spinoso problema della natura giuridica degli accordi in parola.

Il dibattito dottrinale è noto e non può essere nemmeno riassunto in questa sede, data la sua ampiezza; ci si limiterà pertanto ad evidenziare i principali orientamenti emersi sul tema.

Parte della dottrina⁶ ha osservato che detti accordi sarebbero qualificabili come contratti di diritto comune, ad oggetto pubblico.

Secondo tale impostazione, dopo la stipula dell'accordo, la P.A. si colloca su di un piano di parità con il privato e, pertanto, salvo il diritto di recesso riconosciuto *ex lege*, non ha

⁶ La tesi della natura contrattuale degli accordi è sostenuta, tra gli altri, da Bruti Liberati E. , *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazioni e privati*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 70-80 e da Civitarese Matteucci S., *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 187-198, ma mentre il primo autore riconduce gli accordi nell'autonoma categoria dei contratti di diritto pubblico, il cui fondamento normativo sarebbe rappresentato dall'art. 11 della legge 241 del 1990, il secondo li inquadra nella categoria dei contratti di diritto civile sul presupposto "*dell'inesistenza nel nostro ordinamento di una figura di genere del contratto appartenente al diritto pubblico*".

alcuna possibilità di incidere sulla sorte del contratto, se non mediante gli strumenti predisposti dalla normativa civilistica, essendosi impegnata, al pari del privato, all'esecuzione dello stesso. La suesposta tesi fa leva, in particolare, sul rinvio operato dall'art. 11, l. n. 241/90 alle norme del codice civile, che confermerebbe la natura vincolante dell'accordo, escludendo la possibilità per l'amministrazione di sottrarsi agli obblighi derivanti dallo stesso, senza esporsi ad una responsabilità per inadempimento e all'esecuzione in forma specifica a norma dell'art. 2932 c.c.

La tesi della natura contrattuale e negoziale degli accordi in esame ha trovato parziale riconoscimento in alcune pronunce della giurisprudenza amministrativa. In particolare, nella nota sentenza della VI sezione del Consiglio di Stato del 15 maggio 2002, n. 2636 si rinviene l'affermazione secondo cui l'accordo esaurirebbe il potere discrezionale della p.a. o comporterebbe la consumazione della discrezionalità amministrativa⁷.

In altra fattispecie avente ad oggetto un'ipotesi di impugnazione di un protocollo aggiuntivo ad un patto territoriale che prevedeva la riduzione di un finanziamento

⁷ In *Cons. Stato*, 2002, p. 1141 (s.m.).

precedentemente stanziato, la IV sezione del Consiglio di Stato, con sentenza n. 7180 del 22 giugno 2004, nel negare la possibilità di contestare il contenuto del patto aggiuntivo, stante il suo carattere vincolante, ha precisato che potrebbe ipotizzarsi un'impugnativa del contratto d'area per errore del privato *“ma non potrebbe certamente ammettersi un'impugnativa fondata su pretesi errori della P.A. e quindi anche della banca concessionaria, come avviene quando ci si trova davanti all'impugnativa di un provvedimento amministrativo, dal momento che in tema di annullabilità di tali accordi (artt. 1425 e ss. c.c.) la disciplina codicistica si sostituisce senz'altro a quella dell'annullabilità propria dei provvedimenti amministrativi (art. 26 t.u. Cons. St.)”*⁸. Altra dottrina e giurisprudenza, hanno, viceversa, ritenuto che trattasi di accordi aventi natura sostanzialmente pubblicistica⁹.

⁸ In *Cons. Stato*, 2004, p. 2324.

⁹ La natura contrattuale degli accordi procedurali è negata, tra gli altri, da Sticchi Damiani E., *op. cit.*, p. 72 che parla di *“fattispecie bilaterale non contrattuale”*, da Fracchia F., *L'accordo sostitutivo. Studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Cedam, Padova, 1998, p. 168 che qualifica l'accordo sostitutivo quale *“atto amministrativo non provvedimentale”*, da Scoca F.G., *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Diritto Amministrativo*, 1995, p. 44, nonché Greco G., *op. cit.*, p. 116-140, autori, questi, che, di volta in volta, richiamano la figura dei patti, degli accordi o delle convenzioni di diritto pubblico per rimarcare l'autonomia della fattispecie consensuale in esame rispetto a quella generale del contratto disciplinato dal codice civile.

Da ciò deriva che la P.A., anche dopo la stipula dell'accordo, rimane titolare di un potere pubblicistico a fronte del quale il privato vanta una posizione di interesse legittimo. In altri termini, il diritto soggettivo del privato al rispetto dell'impegno assunto con l'accordo sarebbe suscettibile di affievolimento in caso di esercizio di un potere autoritativo in senso opposto. Pertanto, ferma restando la possibilità di recedere per motivi sopravvenuti, la p.a. potrebbe annullare in sede di autotutela l'accordo ove ne apprezzasse l'illegittimità. Un argomento a sostegno dell'orientamento in parola, si rinviene nel 4 comma dell'art. 11, che prevede la possibilità per la P.A. di recedere unilateralmente dall'accordo per sopravvenuti motivi di interesse pubblico; regola, questa, tipica del provvedimento, che si giustifica in quanto, pur in presenza di una caratterizzazione consensuale, si riconosce all'accordo natura pubblicistica.

Si è osservato, peraltro, che la predetta disposizione qualifica il ristoro per i pregiudizi subiti dal privato in seguito all'esercizio del potere di recesso in termini di indennizzo e non

già di risarcimento, evidenziando, così, che trattasi di un ristoro non collegato ad un comportamento illecito.

La tesi pubblicistica fa, inoltre, leva su elementi di tipo terminologico: l'utilizzo del termine "accordo" in luogo di "contratto" sarebbe sintomatico delle particolarità con le quali il legislatore avrebbe voluto caratterizzare l'istituto in esame. Da ultimo, si è anche osservato, l'accoglimento della tesi pubblicistica risolverebbe ogni problematica relativa alla legittimità costituzionale dell'art.11 alla luce della sent. n. 204/2004 della Corte Cost. che ripudia una giurisdizione amministrativa esclusiva estesa a condotte paritetiche e privatistiche della p.a., ponendo, correlativamente, l'accento sulla necessità che anche in materia esclusiva il sindacato debba riguardare l'esercizio di poteri autoritativi da parte della pubblica amministrazione.

In dottrina non manca, altresì, chi ha definito la natura giuridica degli accordi amministrativi come *tertium genus* rispetto a contratto e provvedimento. Aderendo a tale approccio ermeneutico, si può sostenere che trattasi di "*una categoria a sé stante, dominata da una disciplina che ha caratteri di*

specialità” ovvero “di atti aventi una natura giuridica mista e complessa, bilaterali, in certo qual modo negoziali e paritetici, ma comunque non propriamente contrattuali”. L’accordo ex articolo 11 introduce una nuova categoria generale di atti giuridici bilaterali e consensuali, che è suscettibile di una molteplicità di applicazioni che lambisce quella del contratto. Quale natura ibrida partecipa di entrambe le nature, pubblicistica e privatistica”¹⁰.

Dalla posizione assunta rispetto al problema della natura giuridica degli accordi in parola, discendono conseguenze diverse sotto il profilo della tutela giurisdizionale dei contraenti.

Si pensi al rilevante problema della configurabilità di una pretesa del privato alla stipulazione dell’accordo e, in particolare alla possibilità di attivare il rimedio dell’esecuzione in forma specifica dell’obbligo di contrarre in caso di mancata adozione, da parte della p.a., del provvedimento concordato.

A tal riguardo, se si aderisce alla tesi che privilegia la natura privatistica dell’accordo, dovrà ritenersi applicabile l’art. 2932 c.c. in tema di esecuzione di obbligo a contrarre, sicché,

¹⁰ Mengoli V., *Gli accordi amministrativi fra privati e pubbliche amministrazioni*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 28 e s.

nell'ipotesi in cui la p.a. non si sia avvalsa della potestà di recesso per sopravvenuti motivi di interesse pubblico riconosciuta *ex lege*, il contraente non inadempiente potrà ottenere una sentenza che produca gli stessi effetti del contratto non concluso. Viceversa, se si propende per la natura pubblicistica dell'accordo, qualora la p.a. receda unilateralmente, ancorché non sussistano ragioni di pubblico interesse, o non emani il provvedimento concordato, il privato potrà tutelare il proprio interesse legittimo all'emanazione del provvedimento dinnanzi al g.a., secondo lo schema tipico del silenzio-rifiuto.

Nel caso, invece, di accordo cd. "infedele" rispetto alle pattuizioni procedimentali, i fautori della tesi privatistica ritengono che il privato potrà ottenere una condanna ad adempiere o, in alternativa, l'annullamento della clausola difforme, diversamente dai sostenitori della teoria pubblicistica, secondo i quali se il provvedimento risulta difforme dal contenuto concertato, il privato potrà contestarlo sotto il profilo dell'eccesso di potere nell'ordinario termine di decadenza.

Alla questione della natura giuridica degli accordi ex art.11 sono, altresì, connesse le problematiche relative alla configurabilità di un diritto soggettivo alla adozione del provvedimento conforme al contenuto dell'accordo integrativo, alla tutela dei diritti dei terzi, alla natura e al regime giuridico del recesso, che saranno oggetto di approfondimento nei successivi paragrafi.

2. Il regime giuridico degli accordi tra amministrazioni pubbliche.

Strutturalmente diversi dagli accordi in precedenza esaminati, sono gli accordi tra amministrazioni “*per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune*”.

Invero, l’esercizio consensuale del potere amministrativo, a cui si è fatto cenno, rappresenta un’espressione avanzata del principio di coordinamento, inteso come svolgimento in via congiunta e collaborativa da parte di più soggetti pubblici di un’attività finalizzata ad uno scopo unitario, in vista del quale vengono accordate le singole competenze.

Il principio dell’esercizio consensuale della potestà amministrativa ha ricevuto, quindi, un nuovo ed imponente impulso dal novellato art. 120, comma 2, della Costituzione, che rappresenta un’esternazione del rilievo assunto dal principio di leale collaborazione.

La norma citata, infatti, nel disciplinare le modalità dell’esercizio del potere sostitutivo del Governo rispetto alle altre componenti della Repubblica ex art. 114 Cost. individua

nel principio di sussidiarietà ed in quello di leale collaborazione i criteri ai quali la legge deve ispirarsi per disciplinare i rapporti tra amministrazione sostituita e amministrazione sostituyente. Questo paradigma, però, non risulta funzionale soltanto rispetto alla regolamentazione di questa particolare relazione, ma con più ampio respiro abbraccia l'insieme di tutti i rapporti esistenti tra amministrazioni pubbliche.

Tale spunto è espresso dalla nota sentenza della Corte Costituzionale del 1° ottobre 2003, n. 303¹¹, che afferma la vigenza a livello costituzionale del principio di sussidiarietà dinamica desumibile dall'art.118 della Costituzione, utile per individuare la titolarità e le corrette modalità di esercizio non solo delle potestà amministrative, ma anche delle potestà legislative ripartite tra gli enti pubblici di rilievo costituzionale.

Nella pronuncia citata, la Corte chiarisce altresì che l'attrazione statale di funzioni regionali può trovare giustificazione solo se la valutazione dell'interesse pubblico sottostante all'assunzione di quelle funzioni sia proporzionata, non risulti affetta da irragionevolezza e, soprattutto, per quel che riguarda il tema in esame, sia oggetto di un accordo stipulato

¹¹ In *Foro Amm. CDS*, 2003, p. 2776.

con la Regione interessata. Dunque, la concezione procedimentale e consensuale della sussidiarietà e dell'adeguatezza si traduce nella necessità del metodo della leale collaborazione e del consenso tra i diversi livelli di Governo.

I principali referenti normativi degli accordi tra Pubbliche amministrazioni, si rinvengono nell'art. 27 della Legge n. 142/90 e successive modificazioni (poi confluito nell' art. 34 del D. Lgs. n. 267/2000), recante la disciplina degli accordi di programma e nell'art. 15 della L. n. 241/90.

Comune a tali accordi è la fondamentale funzione di raccordo tra le diverse amministrazioni e di coordinamento delle loro azioni. Altra preminente funzione è quella di semplificazione e snellimento dell'iter procedimentale. Occorre, tuttavia, precisare che a differenza delle disposizioni che disciplinano gli accordi di programma, l'art. 15 della legge n. 241 del '90 costituisce una norma di carattere generale.

Si ritiene, infatti, che l'art. 15 rappresenti il *genus* di tutti gli accordi tra amministrazioni rispetto al quale l'art. 34 del d. lgs. n. 267/2000 delinea una *species*¹². Dal rapporto di genere a

¹² Cfr. Contieri A., *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi.*, Napoli, 2000, p. 143.

specie deriva che le peculiarità degli accordi oggetto di normativa speciale derogano alla disciplina dettata dal citato art.15, il quale troverà applicazione solo in via subordinata.

Difatti, la previsione dell'art. 15 è di ampia portata, in quanto la norma parla genericamente di accordi finalizzati alla disciplina in collaborazione di attività di interesse comune, senza specificare oggetti, soggetti pubblici legittimati e procedure, limitandosi, quanto alla disciplina, ad operare un rinvio ai commi 2, 3 dell'art. 11 della legge 241/90: si tratta dunque di accordi organizzativi, stipulabili da tutti i soggetti pubblici, su ogni materia di loro competenza, senza procedure predeterminate.

Questi si caratterizzano, al contrario degli accordi integrativi e sostitutivi di provvedimento, per la sostanziale pariordinazione tra le parti. Inoltre, gli stessi possono sempre essere raggiunti, ovverosia *“anche al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 14”* (conferenza dei servizi).

Come detto, agli accordi in parola si applicano per espresso rinvio le medesime disposizioni dettate per gli accordi tra amministrazione e privati, ad eccezione del 4 comma dell'art. 11 (essendo stato escluso dal rinvio). Pertanto, non è consentito il

recesso unilaterale per ragioni di pubblico interesse. In altri termini, l'accordo vincola l'amministrazione a porre in essere l'attività amministrativa disciplinata mediante lo stesso. Tale vincolatività, comportante l'illegittimità degli atti e omissioni posti in essere in contraddizione con l'Accordo stesso, sembra doversi desumere, secondo la prevalente dottrina e giurisprudenza, sia dal principio di non contraddittorietà dell'azione amministrativa (derivazione del principio costituzionale del buon andamento), sia dal principio secondo cui la revoca di un atto amministrativo, dopo che lo stesso abbia esaurito i suoi effetti, è illegittima, ma anche dal principio di affidamento nella buona fede della pubblica amministrazione¹³.

Alcune conclusioni di carattere conclusivo si impongono riguardo all'ambito di operatività degli accordi oggetto di trattazione, in virtù del riscritto art. 29 della legge n. 241 del '90 ad opera della legge n. 69 del 2009, recante "*disposizioni per lo*

¹³ Cfr. Sticchi Damiani E., *op. cit.*, p.116; Ferrara R., *Gli accordi di programma*, Cedam, Padova, 1993, p. 70, il quale afferma che "*l'art. 15 della l. n. 241/1990, con una proposizione normativa di valenza generale, esclude che nel campo degli accordi fra amministrazioni pubbliche si possa pervenire al recesso unilaterale da parte di un soggetto pubblico nel caso di sopravvenuti motivi di pubblico interesse*".

sviluppo economico, la semplificazione, nonché in materia di processo civile”.

Invero il Legislatore del 2009 non ha innovato direttamente la disciplina degli accordi come sopra descritta, ma ne ha ampliato l’ambito di incidenza.

Difatti, il nuovo comma 1 dell’art. 29, che definisce l’ambito di applicazione della legge sul procedimento, ha incluso le disposizioni di cui agli articoli 11 e 15 tra quelle che si applicano a tutte le amministrazioni pubbliche e come tali vincolanti per le Regioni e gli enti locali. Inoltre, le disposizioni concernenti gli obblighi per la pubblica amministrazione di garantire la partecipazione dell’interessato (ossia tutte quelle del capo III, tra le quali gli art. 11 e 15) sono state ritenute attinenti ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all’art. 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione, con la conseguenza che i livelli previsti dalla legislazione statale rappresentano livelli minimi e come tali ammettono deroghe solo in *bonam partem* verso i cittadini.

Diversamente dalla fattispecie ex art. 15 della l. n. 241/90, l’art. 34 del D.Lgs. n. 267/2000 detta una disciplina

particolarmente dettagliata degli accordi di programma. La norma contempla specifiche tipologie di interventi, individua quali amministrazioni possono far parte dell'accordo e ne scandisce il procedimento.

In particolare, mentre l'art.15 della legge n. 241/90 non contiene alcuna specificazione circa i soggetti legittimati ed il relativo ruolo procedurale, l'art. 34 del d.lgs. n. 267/2000 contiene prescrizioni dettagliate e limitative. A tal riguardo, competente all'indizione della conferenza di servizi istruttoria è il Presidente della Regione, della Provincia, o il Sindaco, individuati in base ad un giudizio di prevalenza del relativo interesse rispetto a tutti gli interessi in gioco. Oltre al soggetto titolare dell'iniziativa, è possibile individuare altre due categorie soggettive: i soggetti interessati direttamente, ovvero quei soggetti dotati di competenze necessariamente coinvolte nel risultato da raggiungere; i soggetti interessati indirettamente, ovvero quelle pubbliche amministrazioni che possono avere un qualche interesse a partecipare all'accordo. La mancata partecipazione dei primi comporta la nullità (o inefficacia assoluta) dell'accordo, quella dei secondi la inopponibilità

dell'accordo alla P.A. assente. Per quanto concerne l'ambito oggettivo ed il contenuto dell'accordo, esso riguarda la definizione, programmazione, progettazione di opere e interventi ovvero la loro attuazione.

All'opinione di chi ritiene che le norme in questione riguardino istituti distinti, si contrappone la tesi prevalente, in dottrina e giurisprudenza, che propende per un rapporto di specialità e non di incompatibilità, nel quale l'art. 15 rappresenta la figura generale degli accordi tra amministrazioni e l'art. 34 ne è una sottocategoria, caratterizzata dai soggetti, per lo più enti locali, e dalla tipologia di interventi, ovvero opere pubbliche di rilevanza politico-sociale¹⁴; *“e poiché l'art. 15 rinvia, quanto a disciplina, all'art. 11, cc. 2 e 3, risulta altresì dimostrato, sia pure con i dovuti distinguo e le eccezioni del caso, l'inquadramento nella più generale figura dell'art. 11”*¹⁵.

¹⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 5 gennaio 2001, n.25 in *Cons. Stato*, 2001, I, p.13.

¹⁵ Greco G., *op. cit.*, p. 179.

3. La tutela del contraente privato in caso di illegittimità o violazione della determinazione amministrativa che precede l'accordo.

Come precedentemente rilevato, l'adesione alla tesi privatistica o pubblicistica in merito alla natura giuridica degli accordi amministrativi implica una differente tecnica di tutela anche in caso di illegittimità o di violazione della determinazione amministrativa che deve necessariamente precedere l'accordo, ai sensi del comma 4 bis del citato art. 11.

La *ratio* sottesa alla novella si rinviene per lo più “*nella finalità di trasparenza circa le ragioni che orientano per la scelta dell'accordo e, al contempo, in quelle di salvaguardia delle finalità pubblicistiche comunque sottese all'attività negoziale dell'amministrazione, quali la tutela dell'interesse pubblico e delle ragioni dei controinteressati, dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa*”¹⁶.

Sulla natura della determina preliminare introdotta dal Legislatore del 2005, va preliminarmente osservato che la stessa assolve alla duplice funzione di esplicitare le ragioni che hanno

¹⁶ Monteferrante L., *La nuova disciplina degli accordi procedurali: profili di tutela giurisdizionale*, in www.giustamm.it.

indotto l'amministrazione ad optare per lo strumento consensuale e di accertare preventivamente il rispetto dei vincoli legali e costituzionali all'azione amministrativa, sicché è stata da taluni qualificata alla stregua di un atto di giudizio in ordine ad una possibilità di agire in forma consensuale¹⁷.

Prima di addivenire alla stipula dell'accordo, sia esso integrativo o sostitutivo di provvedimento¹⁸, l'amministrazione è, pertanto, chiamata a valutare se la proposta avanzata dall'interessato sia o meno lesiva dei diritti dei terzi, se rispetti i principi di imparzialità e buon andamento e, altresì, se soddisfi le finalità di interesse pubblico perseguite dall'ordinamento.

Si è ritenuto, pertanto, che la determinazione in questione assuma al contempo un'efficacia accertativa, circa l'inesistenza di limiti legali all'azione, e costitutiva, in quanto idonea a produrre l'effetto di rendere il potere amministrativo giuridicamente disponibile attraverso un atto consensuale.

¹⁷ Monteferrante L., *op. ult. cit.*

¹⁸ Stando alla lettera della norma che non distingue tra l'una e l'altra tipologia, operando un generico rinvio al comma 1 dell'art.11, si è ritenuto che la determinazione preliminare sia sempre necessaria, sia in caso di accordi sostitutivi che di accordi integrativi di provvedimento, sebbene in quest'ultima ipotesi taluni autori ne abbiano valutato in chiave critica l'opportunità, sul presupposto che la stessa costituirebbe un inutile aggravio procedimentale.

Quanto ai requisiti minimi richiesti per la sua legittimità, va osservato che mentre nella provvisoria formulazione del comma 4° bis dell'art. 11 si prevedeva che la determinazione dovesse esplicitare l'oggetto dell'accordo, la sua forma, la copertura finanziaria dell'impegno da assumere e il fine perseguito, nel testo approvato dalla riforma non si ravvisa alcuna disposizione che descriva il contenuto della determinazione preventiva.

Tuttavia, è opinione condivisa da unanime dottrina che la determinazione che precede l'accordo debba, a pena di illegittimità, quantomeno indicare le ragioni per le quali l'amministrazione ha ritenuto più idoneo l'utilizzo dello strumento consensuale rispetto a quello provvedimentoale, nonché il fine che si intende raggiungere con l'accordo medesimo, allo scopo di consentire un sindacato in ordine al rispetto dei canoni fondamentali di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione.

Ciò premesso, occorre analizzare le ipotesi in cui la determinazione sia del tutto assente ovvero, ancorché adottata, risulti illegittima, o ancora, pur essendo perfettamente legittima,

presenti un contenuto difforme dall'accordo successivamente stipulato.

Nel primo caso, si evidenzia che la mancata adozione della determina preliminare inficia la validità dell'accordo comunque stipulato, determinandone la nullità ancorché questo sia concluso in forma scritta. L'affermazione trova conforto nella formulazione letterale della norma che subordina la stipula dell'accordo alla previa manifestazione della volontà pubblica di adesione alla proposta, espressa mediante una formale determinazione "*dell'organo competente ad emanare il provvedimento*". Sulla scorta di tale osservazione si è giunti, inoltre, a ritenere che essa rilevi alla stregua di un requisito legale dell'oggetto, ai sensi dell'art. 1346 c.c., quale coelemento essenziale dell'accordo, in quanto rende giuridicamente possibile e quindi lecita la posizione di un precetto in ordine all'esercizio del potere¹⁹.

Si discute anche dell'eventualità che l'amministrazione sia comunque tenuta ad adottare una determinazione, ancorché negativa, a fronte della proposta del privato e a prescindere dalla successiva stipula dell'accordo. Benché il tenore letterale della

¹⁹ Monteferrante L., *op. cit.*, p. 7.

norma sembri escludere tale eventualità, essendo la determina prevista come necessaria *“in tutti i casi in cui l’amministrazione conclude accordi”*, nella prassi si registra la tendenza a riconoscere al contraente privato la possibilità di svolgere un sindacato di legittimità sull’inerzia o sul rifiuto dell’amministrazione medesima.

Al riguardo, giova richiamare l’orientamento giurisprudenziale (in materia di convenzioni per la realizzazione di impianti eolici) secondo cui *“ai sensi del comma 4 bis (introdotto dalla L. 15/2005) dell’art. 11 della L. 241/90, la stipulazione di tali accordi deve essere necessariamente preceduta dalla determinazione dell’organo che sarebbe competente all’adozione del provvedimento sostituito dall’accordo ovvero il cui contenuto è predeterminato dall’accordo a seconda che si tratti di accordi sostitutivi o procedurali. L’accordo ex art. 11 L. 241/90 deve pertanto essere necessariamente preceduto da un atto amministrativo adottato dall’autorità competente all’esito di un procedimento amministrativo cui si applica l’art. 2 L. 241/90 con conseguente obbligo per la P.A. di concluderlo con adozione di un*

*provvedimento espresso. Trattandosi di accordo necessariamente preceduto da atto amministrativo, è pertanto ammissibile il rimedio giurisdizionale di cui all'art. 21 bis L. 1034/71 avverso il silenzio serbato dall'organo competente ad adottare la determinazione preliminare all'accordo ex art. 11*²⁰.

Altra questione è se a fronte di un'eventuale illegittimità della deliberazione preventiva, quest'ultima possa essere impugnata autonomamente dal privato, in quanto immediatamente lesiva o, viceversa, trattandosi di atto interno della pubblica amministrazione, la sua illegittimità potrà essere fatta valere solo quando produrrà di riflesso l'invalidità derivata del successivo accordo.

Al riguardo non vi è uniformità di vedute in dottrina, che appare divisa sul rilievo - esterno o meramente interno - da attribuirsi alla determinazione in parola e, conseguentemente, sulla soluzione da offrirsi al quesito.

Invero, coloro che sottolineano la valenza esterna della determinazione preventiva (che, peraltro, avrebbe trovato conferma nella formulazione provvisoria della norma che

²⁰ Tar Puglia, Bari, sez. I, 2 aprile 2008, n. 754 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

prevedeva la comunicazione della determinazione all'interessato) ne ammettono l'autonoma impugnazione, a differenza di quanti sostengono che la stessa rileverebbe quale atto meramente interno dell'amministrazione, sulla falsariga della determinazione a contrarre prevista per la stipula dei contratti ad evidenza pubblica dall'art. 11 comma 2, del d. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Questa ultima, come è noto, viene qualificata come atto interno alla pubblica amministrazione, essendo destinata all'organo legittimato a manifestare all'esterno la volontà contrattuale dell'amministrazione; può essere liberamente revocata e a fronte della stessa non sono ravvisabili posizioni soggettive suscettibili di tutela. Tuttavia, trattandosi di un elemento indefettibile del procedimento di formazione del contratto, la sua mancanza o la sua nullità possono inficiare la validità del contratto successivamente stipulato, determinandone la nullità o, comunque, l'illegittimità.

Invero l'accostamento tra le due figure benché suggestivo appare improprio se solo si consideri la diversa natura e, conseguentemente, la diversa funzione assolta dai due atti all'interno delle rispettive serie procedimentali, sicché la

principale obiezione alla tesi in parola mira a sottolineare come a differenza della delibera a contrarre che può anche essere emanata da un organo diverso rispetto a quello chiamato alla stipulazione del successivo contratto, la determinazione preventiva alla stipula dell'accordo deve provenire, secondo il chiaro disposto legislativo, dallo stesso organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento.

Ciò premesso, va dato atto che la prevalente dottrina e giurisprudenza propendono, a ben vedere, per il carattere non immediatamente lesivo della determinazione preventiva e conseguentemente escludono che la stessa possa essere fatta oggetto di autonoma impugnazione, potendo cagionare l'invalidità derivata dell'accordo che la presuppone.

Quanto al vizio che colpisce l'accordo in caso di illegittimità della determinazione preliminare, si osserva che nell'ottica di quanti privilegiano la natura privatistica dell'accordo, l'eventuale vizio della determinazione preventiva proveniente dall'organo legittimato a concludere l'accordo si sostanzia in un vizio del consenso suscettibile di essere fatto valere con l'azione di annullamento, mentre aderendo alla tesi

pubblicistica che qualifica gli accordi alla stregua di provvedimenti amministrativi, potrebbe essere fatta valere l'annullabilità dell'accordo per difetto o invalidità dell'atto presupposto.

Non sembra, di contro, configurabile né un difetto assoluto di volontà negoziale che produrrebbe la nullità dell'accordo, né un difetto di legittimazione inteso come carenza di potere rappresentativo essendo l'organo legittimato a concludere l'accordo il medesimo ad emettere sia il provvedimento che la determinazione.

Occorre comunque tenere ben distinta dai casi sopra esaminati l'ipotesi in cui la determinazione, ancorché esistente e perfettamente legittima, sia seguita da un accordo difforme dalla stessa.

In caso di accordo "infedele" rispetto alle pattuizioni procedurali, giova rammentare che mentre una parte della dottrina sostiene che l'accordo difforme dalla determinazione sia impugnabile sotto il profilo dell'eccesso di potere ogniqualvolta non risultino adeguatamente motivate le ragioni per le quali l'amministrazione abbia inteso discostarsi dalla determinazione,

l'altra pone l'accento sulla natura privatistica dell'accordo e, conseguentemente sulla possibilità di attivare dinnanzi al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione rimedi privatistici come la condanna ad adempiere e l'esecuzione in forma specifica.

4. La tutela del terzo negli accordi tra amministrazione e privati.

L'analisi della disciplina degli accordi amministrativi ex art. 11 della legge n. 241/90 impone di esaminare, sotto il profilo della tutela giurisdizionale, la posizione del terzo rispetto all'accordo concluso *inter alios*.

Sull'impossibilità per l'accordo di estinguere o limitare i diritti dei terzi, al di fuori di una specifica disposizione normativa, è chiara la previsione del comma 1 della citata norma, ove è prescritto che l'accordo non può pregiudicare i diritti dei terzi, nonché la regola enunciata all'art.1372 c.c., che sancisce il principio di relatività degli effetti del contratto, sicché, ove l'accordo dovesse costituire, modificare o estinguere diritti soggettivi di terzi, superando il limite di cui al comma 1 dell'art. 11, lo stesso risulterebbe nei loro confronti inefficace, ovvero nullo²¹.

Il tenore letterale dell'inciso che fa salvi i diritti dei terzi, ossequioso del principio civilistico in virtù del quale un contratto non può pregiudicare o comunque provocare effetti nella sfera giuridica di soggetti che non hanno partecipato alla sua

²¹ Greco G., *op. cit.*, p. 282.

conclusione, ha, pertanto, indotto la prevalente dottrina a ritenere che all'accordo lesivo di diritti soggettivi dei terzi si applichi la sanzione dell'inefficacia, per applicazione analogica dell'art. 1372 c.c.²²

In altri termini, *“si tratterebbe di un'inefficacia soggettiva dell'accordo amministrativo, relativamente alla parte lesiva dei diritti dei terzi, che lascerebbe valido, ed efficace per la restante parte l'accordo amministrativo stesso”*²³.

Non sarebbe, dunque, necessaria un'azione di nullità per violazione di norme imperative ai sensi dell'art. 1418 c.c., potendo il terzo ottenere una pronuncia dichiarativa di inefficacia dell'accordo dinnanzi al g.a. in sede di giurisdizione esclusiva²⁴.

Salva l'ipotesi in cui l'accordo leda diritti soggettivi dei terzi, la posizione giuridica del terzo rispetto all'accordo si sostanzia, di regola, in un interesse legittimo di natura oppositiva rispetto alla conclusione dell'accordo medesimo o (più

²² Cfr., Mengoli V., *op.cit.*, p. 76.

²³ Mengoli V., *op. ult. cit.*, p.76.

²⁴ Sul tema v. anche, Cangelli F., *Riflessioni sul potere discrezionale della pubblica amministrazione negli accordi con i privati*, in *Dir. Amm.*, 2000, p. 131, che ipotizza la possibilità di adire il giudice ordinario per la disapplicazione dell'accordo limitatamente alla parte lesiva dei diritti in parola.

raramente) di natura pretensiva rispetto alla sua puntuale esecuzione.

In quanto titolare di una situazione giuridicamente protetta dall'ordinamento, il terzo può agire in giudizio per la tutela delle proprie legittime pretese, ferma restando la necessità di individuare, ai fini dell'ammissibilità del gravame, l'atto – accordo o determinazione preliminare – che concreta la lesione.

In altri termini, occorre stabilire se, in caso di lesione di interessi legittimi, sia impugnabile da parte del terzo direttamente l'atto con il quale l'amministrazione si determina all'adesione, oppure l'accordo stesso.

Al riguardo, giova rammentare che mentre l'accordo sostitutivo produce per definizione gli effetti giuridici propri del provvedimento in luogo del quale è concluso, assumendo rilevanza non solo tra le parti, ma anche esterna, l'accordo preliminare, producendo effetti obbligatori tra le parti, non potrà avere rilevanza esterna, se non nei limiti e dal momento in cui l'amministrazione adempia nell'emanazione del provvedimento.

Ciò posto, come la migliore dottrina insegna, *“l'impugnazione riguarderà l'accordo in sé considerato, in caso*

*di accordo sostitutivo, mentre riguarderà il provvedimento finale in caso di accordo endoprocedimentale*²⁵.

Si ritiene, pertanto, che l'accordo integrativo, a differenza dell'accordo sostitutivo, non sia suscettibile di autonoma impugnazione da parte del terzo che ne lamenti il carattere lesivo, in quanto la lesione della sfera giuridica del terzo si concretizza con l'adozione del provvedimento che definisce la fattispecie procedimentale, avverso il quale andrà proposta impugnazione nell'ordinario termine decadenziale di 60 giorni.

Viene fatta salva in ogni caso la possibilità per il terzo di proporre l'azione risarcitoria a tutela di quei diritti ed interessi legittimi che si assumono lesi per effetto dell'accordo.

In tal caso, soggetti passivi del giudizio sarebbero entrambe le parti contraenti, chiamate a rispondere in solido tra loro, a meno che non si individui una responsabilità prevalente dell'una o dell'altra²⁶.

²⁵ Greco G., *op. cit.*, p. 282.

²⁶ Cfr. Mengoli V., *op. cit.*, p. 78.

5. La tutela del contraente privato in caso di recesso della p.a.

Motivo di ulteriore riflessione, sotto il profilo della tutela giurisdizionale del contraente privato, suscita la previsione normativa che attribuisce all'amministrazione il potere di recedere unilateralmente dall'accordo stipulato ai sensi dell'art. 11, L. n.241/90, *“salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatesi in danno del privato”*.

Secondo quanto disposto dal 4° comma della citata norma, il recesso è contemplato in caso di *“sopravvenuti motivi di interesse pubblico”*, sicché a fronte di un esercizio legittimo del potere di recedere dall'accordo da parte dell'amministrazione, al privato spetterà certamente un indennizzo per i danni subiti.

A diverse considerazioni sul piano sostanziale e processuale conduce l'eventualità del recesso esercitato illegittimamente dalla p.a., ovvero in difetto dei presupposti di pubblico interesse o mediante l'adozione successiva di provvedimenti incompatibili con il contenuto dell'accordo.

A tal riguardo, un primo profilo problematico da esaminare attiene al rapporto intercorrente tra la previsione normativa in parola e quella di più ampia portata prevista all'art. 21 *quinquies* della legge n. 241/90, che disciplina l'istituto della revoca.

La questione rileva principalmente sotto il profilo dei presupposti che giustificano la decisione di recedere dall'accordo, sicché va stabilito se gli stessi debbano necessariamente consistere in un mutamento della situazione di fatto (come sembra suggerire il dato letterale della norma) o, viceversa, possano consistere anche in una diversa valutazione della situazione originaria, che si manifesta nell'esercizio dello *jus poenitendi*.

Benché parte della dottrina qualifichi il recesso di cui all'art. 11, comma 4, quale esercizio di un diritto potestativo, ex art. 1373 c.c., escludendo, così, che possa rinvenirsi tra le due fattispecie su richiamate una relazione di genere a specie, la tesi prevalente definisce il recesso in termini di “revoca onerosa”,

esaltandone la valenza provvedimentale e il carattere di doverosità dello stesso²⁷.

Aderendo all'ipostazione in parola, che privilegia il rapporto di specialità tra le due figure, si giunge a ritenere, che limitatamente alla materia degli accordi, il legislatore abbia voluto circoscrivere l'esercizio del potere di revoca alla sola ipotesi di revoca – abrogazione, dovendosi reputare insufficiente, ai fini del legittimo recesso, una rinnovata - e differente, rispetto a quella originariamente effettuata – valutazione dell'interesse pubblico²⁸.

Alla conclusione in parola si perviene non solo in virtù del tenore letterale della norma, ma anche in ragione della necessità di garantire la stabilità del vincolo contrattuale, che risulterebbe compressa dall'esercizio del recesso in forma di *ius poenitendi*.

Ciò premesso, come rilevato dalla dottrina maggioritaria, “*nel caso di emanazione di uno specifico provvedimento di*

²⁷ Cfr. Greco G., op. cit., p. 240; In tal senso v. anche Cerulli Irelli V., *Corso di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 130 che ascrive il recesso al potere di autotutela, definita “legata” ovvero subordinata a rigorosi presupposti di esercizio, ritenendo, in sostanza, che si tratterebbe dell'esercizio del potere di revoca; Bruti Liberati E., op. cit., p. 185-192, per il quale la revoca è esercizio di un potere amministrativo, fermo restando che esso “*si presenta non tanto come revoca di un precedente atto dell'amministrazione ma come recesso da un contratto*”.

²⁸ Cfr. Casetta, E., *Manuale di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 563.

recesso (revoca- abrogazione) in difetto dei presupposti di pubblico interesse, o mediante l'adozione successiva di provvedimenti incompatibili con il contenuto dell'accordo, si deve ritenere che il provvedimento di recesso debba essere soggetto al sindacato del giudice amministrativo per i vizi di violazione di legge (difetto dei motivi sopravvenuti di pubblico interesse) o di eccesso di potere per sviamento (difetto della funzione tipica del potere di recesso)”²⁹.

In caso di recesso illegittimo, sarà, peraltro, certamente ammissibile il rimedio risarcitorio a carico dell'amministrazione, dovendosi osservare che, ove così non fosse, l'amministrazione “sarebbe addirittura obbligata, in forza del principio di economicità dell'azione amministrativa a svincolarsi sempre e comunque in assenza di ragioni di pubblico interesse, per conseguire il risparmio economico derivante dalla mancata corresponsione dell'indennizzo ”³⁰.

Altra questione (connessa a quella in esame) è se possa essere riconosciuto all'amministrazione il potere di modificare in

²⁹ Mengoli V., *op. cit.*, p. 164.

³⁰ Mengoli V., *op. ult. cit.*, p. 166.

via unilaterale il rapporto al fine di adeguare l'assetto contrattuale alle mutate esigenze di pubblico interesse.

Posto che la disciplina normativa non prevede alcun obbligo di rinegoziazione in presenza di mutamenti di fatto, si rileva che secondo parte della dottrina un simile dovere potrebbe, comunque, farsi discendere dall'applicazione del principio di buona fede contrattuale.

In particolare, si è ritenuta possibile la rinegoziazione anche sulla scorta del rilievo secondo cui tale potere *“si dovrebbe considerare già ricompreso nel potere di recesso stesso”*, in quanto *“se è possibile svincolarsi da un accordo a maggior ragion deve essere possibile rinegoziarlo e modificarlo”*, fermo restando che *“qualora lo squilibrio degli interessi si rilevi eccessivamente oneroso per il privato, egli potrà sempre, esercitando la propria autonomia negoziale, non concludere il nuovo accordo amministrativo, costringendo l'amministrazione ad un vero e proprio recesso”*³¹.

Privilegiando la natura negoziale dell'accordo, altra dottrina sostiene invece che, in mancanza di una espressa previsione di legge, debba escludersi la possibilità per

³¹ Mengoli V., *op. ult. cit.*, p. 188.

l'amministrazione di imporre unilateralmente la modificazione del rapporto in virtù di esigenze sopravvenute, essendo all'uopo necessario che la modificazione sia concordata tra le parti. Tuttavia, nulla vieta che l'amministrazione possa riservarsi l'esercizio di tale potere per mezzo di specifica pattuizione³².

³² Sul punto v. Greco G., *op. cit.*, p. 247.

5.1. Il recesso unilaterale negli accordi orizzontali: rimedi processuali.

Come è noto, il Legislatore nel disciplinare gli accordi tra amministrazioni pubbliche ex art. 15 della legge n. 241/90 mediante rinvio all'art. 11, ha escluso dal richiamo il comma 4 della disposizione in parola, che attribuisce all'amministrazione il potere di recedere dall'accordo concluso con il privato, sussistendone i presupposti di legge.

Stante il vuoto normativo, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza si sono interrogate sulla possibilità per le amministrazioni contraenti di svincolarsi unilateralmente dall'accordo, ovvero di sciogliersi dal vincolo contrattuale al di fuori dell'ipotesi di mutuo dissenso.

Si è posto, in altri termini, il problema di stabilire se sia o meno ammissibile un potere di recesso unilaterale dagli accordi stipulati tra soggetti pubblici e, conseguentemente, se sia esercitabile un potere di revoca.

Sul punto, la dottrina concorda nel ritenere che il legislatore abbia disciplinato la figura degli accordi tra pubbliche

amministrazioni non soltanto per rinvio, ma anche per “omesso rinvio”.

Di qui, mentre taluni escludono *tout court* l'ammissibilità di un potere amministrativo analogo, per natura e funzione a quello disciplinato dal comma 4 dell'art. 11³³, altri opinano nel senso dell'inoperatività, rispetto a detti accordi, dei presupposti e delle conseguenze giuridico patrimoniali contemplati dalla norma non richiamata, ferma restando la possibilità di fare ricorso all'istituto della revoca, nella sua configurazione ordinaria³⁴.

Invero, entrambe le argomentazioni, prestano il fianco a rilievi critici, dovendosi osservare, da un lato, che l'esclusione della facoltà di recesso espone l'amministrazione contraente all'assunzione di un vincolo indissolubile, dall'altro, che l'astratta configurabilità di un potere di revoca in capo ai soggetti contraenti compromette irrimediabilmente il vincolo contrattuale “*rebus sic stantibus*.”

Al riguardo, è stato, altresì, evidenziato che trattandosi di accordi tra soggetti portatori di interessi pubblici, impedisce

³³ Cfr. Comporti G. D., *Il coordinamento infrastrutturale*, Giuffrè, Milano, 1996 p. 322.

³⁴ Cfr. Greco G., *Commento all'art. 15 l. n. 241/1990*, in AA.VV., *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti*, Giuffrè, Milano, 1991, p.286.

l'esercizio del potere di revoca l'impossibilità di accordare prevalenza all'interesse di cui è portatore uno solo dei contraenti.

Nella prassi, la decisione amministrativa di sciogliersi unilateralmente – a causa di una sopravvenienza – dal rapporto giuridico derivante dalla stipulazione dell'accordo appare censurabile dinanzi al giudice amministrativo da parte delle altre pubbliche amministrazioni contraenti, alle quali è dato anzitutto dedurre la sussistenza di uno o più vizi di legittimità.

Deve sottolinearsi, tuttavia, che l'eventuale successivo annullamento giurisdizionale di una tale decisione amministrativa (viziata) non costituisce affatto garanzia dell'effettiva realizzazione di quanto dedotto nell'accordo.

Invero, anche a seguito dell'annullamento – per un vizio di legittimità – del “recesso” da un accordo di diritto pubblico intercorso tra due o più Amministrazioni, la p.a. “recedente” potrebbe comunque restare inerte rispetto alla realizzazione degli obiettivi (comuni) a cui l'accordo era finalizzato.

A fronte di detto inadempimento, alle altre parti pubbliche stipulanti non resterebbe altra via di tutela se non quella di adire il giudice amministrativo attraverso un'azione risarcitoria,

dovendosi escludere – secondo parte della giurisprudenza – la proponibilità di un’azione volta ad ottenere un esercizio coattivo delle competenze che l’Amministrazione inadempiente si era obbligata ad esercitare attraverso la stipulazione dell’accordo³⁵.

Sulla questione giuridica dell’ammissibilità di un potere amministrativo di recesso da un accordo tra soggetti pubblici si è espresso di recente il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, in due interessanti pronunce³⁶, che si soffermano sul tema della tutela delle situazioni giuridiche soggettive nascenti dalla conclusione e dalla esecuzione di un accordo tra soggetti pubblici.

Pur muovendo dalla considerazione che un accordo tra due o più soggetti pubblici “*sia modificabile solo mediante una nuova determinazione espressa da tutte le Amministrazioni contraenti*”, e sempre che, naturalmente, queste decidano di addivenire ad una “*nuova sistemazione concordata dell’assetto degli interessi sottostanti all’azione amministrativa*”, in virtù

³⁵ Sulla non coercibilità in forma specifica delle prestazioni (non pecuniarie) dedotte in un accordo intercorso tra due o più pubbliche Amministrazioni v. Tar Lombardia, Brescia, 11 aprile 2005, n. 303, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁶ Tar Lombardia, Milano, II, 20 novembre 2008, n. 5751 e 14 gennaio 2009, n. 90, in www.giustizia-amministrativa.it.

dell'inscindibilità degli interessi pubblici sottesi all'azione consensuale delle pubbliche amministrazioni, il Tribunale perviene, nelle pronunce in parola, ad una ricostruzione delle garanzie procedurali e processuali attivabili da parte di una p.a. che intenda sciogliersi da un accordo di collaborazione ex art. 15 l. n. 241/90.

In particolare, si osserva, in via di estrema sintesi, che secondo il Giudice lombardo, il contraente pubblico intenzionato a sciogliersi dall'accordo stipulato con altre amministrazioni, per sopravvenuti motivi di interesse pubblico, dovrà anzitutto convocare le altre parti in modo da esporre loro le ragioni poste alla base della richiesta di modificazione o di estinzione dell'assetto in precedenza concordato. Queste ultime saranno tenute a prendere posizione espressa rispetto alla richiesta di rivisitazione dell'accordo avanzata da uno dei contraenti, potendo, viceversa, la p.a. interessata ricorrere al giudice amministrativo avverso il silenzio-rifiuto delle controparti.

Le amministrazioni chiamate ad esprimersi sulla richiesta di rinegoziare l'accordo ben potranno opporre un diniego, specificandone puntualmente le motivazioni. In tal caso, la p.a.

interessata a modificare o estinguere il rapporto – non potendo far ricorso agli ordinari strumenti di autotutela amministrativa – potrà far valere, dinanzi al giudice amministrativo, l’eventuale illegittimità dei dinieghi opposti, invocando, qualora ce ne siano i presupposti, la violazione del principio di “leale collaborazione”³⁷.

³⁷ Si riportano di seguito alcuni passi significativi della citata sentenza T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 14 gennaio 2009, n. 90: *“l’amministrazione che intende recedere dall’accordo potrà censurare in sede giurisdizionale il rifiuto delle altre parti di modificare l’assetto degli interessi originariamente concordato, qualora tale rifiuto non sia conforme al principio di leale cooperazione tra gli enti pubblici che deve informare i rapporti tra le amministrazioni pubbliche per effetto della sentenza 303/2003 della Corte Costituzionale”*; la p.a. interessata a recedere *“dovrà sollecitare pertanto le altre amministrazioni contraenti (...), le quali, se riterranno di non convenire con le modifiche richieste, dovranno specificare quali sono gli interessi pubblici che ostano all’assetto degli interessi proposto (...); se la p. a. intenzionata a sciogliersi dall’accordo “non converrà con gli argomenti delle controparti, potrà non revocare unilateralmente l’accordo (...), ma adire il giudice amministrativo per far valere la illegittimità degli altrui dinieghi a modificare l’assetto di interessi concordato”*.

CAPITOLO II

CONVENZIONI DI LOTTIZZAZIONE E TUTELA DEI CONTRAENTI

1. Le convenzioni di lottizzazione nell'evoluzione dell'ordinamento. Cenni sulla genesi dell'istituto.

Le convenzioni urbanistiche³⁸ sono espressione concreta del processo di evoluzione in chiave contrattualistica dell'attività amministrativa di pianificazione territoriale.

In particolare, le convenzioni di lottizzazione rappresentano il prototipo delle diverse convenzioni urbanistiche tra amministrazione e privati, quali strumenti per lo sviluppo concordato dell'assetto urbano.

Come è noto, le convenzioni in parola sono state introdotte nel nostro ordinamento dalla legge 6 agosto 1967 n.765, nel tentativo di far fronte alla mancata attuazione delle previsioni contenute nella legge urbanistica n.1150 del 1942 ovvero alla mancata realizzazione di opere di urbanizzazione primaria e secondaria dovuta al ritardo nell'adozione degli strumenti di attuazione dei p.r.g. da parte dei comuni.

³⁸ Per approfondimenti sul tema v., tra gli altri, Falcon G.D., *Le convenzioni pubblicistiche*, Giuffrè, Milano, 1984.

Tale legge, recante modifiche e integrazioni alla legge urbanistica n. 1150/42, introduceva elementi importanti di chiarificazione e razionalizzazione della materia urbanistica quali: i meccanismi messi in atto per obbligare gli enti locali alla formazione degli strumenti urbanistici; lo snellimento delle procedure per la loro formazione; la definizione di limiti precisi al potere di deroga dei comuni e l'inasprimento delle sanzioni previste per gli inadempimenti.

Prima dell'approvazione della summenzionata legge, nota come legge ponte, la lottizzazione (art. 13 L. n. 1150/42) si configurava come una semplice suddivisione degli isolati in lotti fabbricabili, secondo la tipologia indicata nel piano particolareggiato di esecuzione di attuazione del piano regolatore generale .

Nella prassi ben pochi comuni si dotarono di Piani Regolatori Generali e, conseguentemente, di Piani particolareggiati di esecuzione, se non alla fine degli anni '60, quando l'istituto della lottizzazione si venne configurando come il normale mezzo per realizzare un intervento di trasformazione edilizia acconsentito dalla P.A in virtù di una sorta di

compromesso con il privato. Ciò avveniva attraverso una serie di atti regolamentari (prescrizioni nei provvedimenti con cui le lottizzazioni venivano autorizzate, atto di impegno della parte privata, stipula di una convenzione tra il privato e l'amministrazione), finalizzati a frenare la rapida espansione urbanistica creatasi in assenza di strumenti di pianificazione. In questa ottica, la convenzione di lottizzazione si afferma come strumento urbanistico bilaterale tra pubblico e privato.

Difatti, l'art. 8 della legge 765/1967, modificando l'art. 28 della legge urbanistica del 1942, diede la possibilità ai comuni, dotati di P.R.G. o di Piani di fabbricazione, di autorizzare la lottizzazione dei terreni a scopo edilizio, subordinandola alla stipula di una convenzione, mediante la quale il soggetto privato assume nei confronti della P.A. una serie di obblighi imprescindibili.

In tal modo, da semplice ripartizione in lotti di aree edificabili, secondo quanto previsto dalla legge 1150/1942, la lottizzazione assume, a tutti gli effetti, la natura di piano esecutivo della pianificazione urbana generale.

La trasformazione del territorio, in questo modo, si svolge con il concorso di due volontà, quella pubblica e quella privata.

Lo schema che porta alla formazione della suddetta convenzione presuppone in primo luogo la predisposizione da parte del privato di un piano di assetto urbanistico del territorio da sottoporre all'approvazione della pubblica amministrazione.

La proposta privata deve superare due passaggi obbligatori: le prescrizioni del P.R.G., cui il piano di lottizzazione deve attenersi e la volontà del Comune che, nell'ambito delle proprie funzioni, compie le scelte discrezionali ritenute maggiormente utili all'interesse pubblico.

All'uopo, assume significativa rilevanza la convenzione, il cui scopo è quello di garantire che l'area lottizzata venga dotata di tutti i servizi necessari alla vita di quartiere.

Quanto al contenuto obbligatorio della convenzione, la norma citata dispone che la stessa, da trasciversi a cura del proprietario, debba prevedere la cessione gratuita, entro termini prestabiliti, delle aree necessarie alla realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria, nei limiti di legge, l'assunzione a carico del proprietario degli oneri relativi alle

opere di urbanizzazione primaria e di una quota parte delle opere di urbanizzazione secondaria, attinenti alla lottizzazione o di quelle opere che siano necessarie per allacciare la zona ai pubblici servizi; deve, inoltre, contemplare anche termini, non superiori ai dieci anni, entro i quali deve essere ultimata l'esecuzione delle opere e congrue garanzie finanziarie per l'adempimento degli obblighi derivanti dalla convenzione.

D'altro canto, l'amministrazione si "obbliga" a non utilizzare il potere di pianificazione urbanistica per modificare l'assetto del territorio come concordemente definito e a rilasciare i permessi di costruire ad esso conformi.

La lottizzazione diviene così piano urbanistico di attuazione, alternativo al piano particolareggiato, che si caratterizza, oltre che per il profilo dell'iniziativa ad opera del soggetto privato, anche per essere piano esecutivo di urbanizzazione, costituente cioè, tramite il convenzionamento, un programma di realizzazione concreta delle relative opere per mezzo del pagamento di contributi o dell'esecuzione diretta delle

opere stesse, ed altresì mediante cessione delle aree in tutto o in parte necessarie all'urbanizzazione³⁹.

La stipula e la trascrizione della convenzione si configurano quali condizioni di efficacia del provvedimento di autorizzazione, in quanto determinano l'efficacia e l'operatività del piano di lottizzazione⁴⁰.

La convenzione viene, pertanto, definita come “*atto giuridico complesso, risultante da una pluralità di atti giuridici in sé apparentemente autonomi, ma preordinati ad una finalità unitaria*”⁴¹, ossia la realizzazione dell'interesse pubblico all'urbanizzazione dell'area sottoposta a lottizzazione.

³⁹ In tal senso, Cons. St., IV, 16 marzo 1999, n. 286, in *Foro Amm. CDS*, 1999, III, 627 (s.m.).

⁴⁰ Cfr., Cons. St., IV, 11 marzo 2003, n. 1315 in *www.giustizia-amministrativa.it*; V, 8 luglio 1997, n. 772, in *Riv. Giur. Ed.*, 1998, I, 116.

⁴¹ Mengoli, V., *op. cit.*, p. 270.

2. La riconducibilità delle convenzioni di lottizzazione al novero degli accordi tra amministrazione e privato.

Prima dell'emanazione della legge sul procedimento amministrativo ad opera del legislatore del '90, e dunque, della previsione e istituzionalizzazione di una tipologia generale di accordi tra pubblica amministrazione e privato, la qualificazione giuridica dalla fattispecie in esame si rivelava particolarmente complessa.

In particolare, le diverse posizioni assunte dalla dottrina al riguardo sono riconducibili, da un lato, alle teorie cd. privatistiche, che attribuivano alle convenzioni natura di contratto di diritto privato, atto a vincolare le parti rispetto a quanto in esse convenuto, dall'altro, alle teorie cd. pubblicistiche, per le quali, in ragione delle peculiarità dell'oggetto della convenzione, le stesse erano qualificabili come contratti di diritto pubblico⁴².

All'indomani dell'emanazione della legge sul procedimento, altrettanto dibattuta è stata la configurabilità delle convenzioni in parola in termini di accordo ai sensi dell'art. 11

⁴² Per una ricostruzione delle posizioni di dottrina e giurisprudenza sul punto cfr. Travi A., *Piano di lottizzazione e comparti edificatori*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1996, 147ss.

della l. 241/90, stante la disposizione di cui al successivo art. 13, che, nel definire l'ambito di operatività delle norme dettate in tema di partecipazione (tra cui il richiamato art. 11), ne escludeva l'applicabilità ai procedimenti di pianificazione e di programmazione⁴³.

Senza voler ricostruire in questa sede i termini del dibattito⁴⁴, ci si limita a riferire che, superate le incertezze iniziali, le convenzioni di lottizzazione sono state ricondotte, dalla prevalente dottrina e giurisprudenza, nell'alveo degli accordi sostitutivi di provvedimento (nella specie, piano regolatore particolareggiato) disciplinati all'art. 11 della legge 241 del 1990, non senza diversità di vedute rispetto a quanti ne sostenevano l'assimilabilità alla diversa fattispecie degli accordi endoprocedimentali⁴⁵, pure disciplinati dalla suddetta norma. Come è noto, infatti, nell'un caso (accordi sostitutivi di

⁴³ Sul punto cfr. Cass. civ., SS.UU., 15 dicembre 2000, n. 1262, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 2484, secondo cui i piani di lottizzazione non sono considerabili "atti di pianificazione e programmazione", dal momento che non sono "provvedimenti di pianificazione generale programmatica espressione di scelte politiche" bensì "strumenti di pianificazione di tipo attuativo e di carattere servente del P.R.G" e come tali non implicano scelte di programmazione.

⁴⁴ Sul tema v., tra gli altri, Giovannello A., *La controversa natura giuridica delle convenzioni di lottizzazione*, in *Appalti Urbanistica Edilizia*, 1996, 1081.

⁴⁵ Cfr., in tal senso, Cons. St., IV, 22 febbraio 1993, n.180 in *Foro Amm.*, 1993, 365 (s.m.).

provvedimento) il provvedimento viene ad essere integralmente sostituito dall'accordo (nei soli casi espressamente previsti dalla legge, sino alla riforma del 2005), nell'altro (accordi procedimentali) l'amministrazione e il privato concordano il contenuto discrezionale del provvedimento finale che deve, ineludibilmente, recepirlo. All'esito di un ampio dibattito, è prevalsa dunque, la prima delle opzioni ermeneutiche prospettate, oggi supportata da costante e consolidata giurisprudenza⁴⁶.

Di qui, l'applicabilità alle stesse della disciplina di cui al citato art. 11 come modificato dalla L. n. 15/2005 e, conseguentemente, in forza del richiamo in esso contenuto, dei principi civilistici in materia di obbligazioni e contratti, in quanto compatibili.

Dalla qualificazione giuridica delle convenzioni di lottizzazioni in termini di accordi sostitutivi di provvedimento, derivano, sul piano giuridico, una serie di rilevanti conseguenze

⁴⁶ In termini, Cass. civ., SS.UU., 15 dicembre 2000, n. 1262 cit., ove si legge che *“le convenzioni di lottizzazione (...) rientrano pienamente nel paradigma concettuale, del quale hanno anzi agevolato l'elaborazione, anticipandone lo schema di riferimento, dei così detti accordi sostitutivi del provvedimento disciplinati dall'art. 11 della L. n. 241/90 sul procedimento amministrativo”*. Cfr. anche Cass. civ., SS.UU., 17 gennaio 2005, n.732, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 1.

in ordine all'eventuale inadempimento delle obbligazioni assunte
e alla tutela del privato lottizzante.

3. Rilievi sulla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

La controversa natura giuridica delle convenzioni di lottizzazione ha reso non sempre pacifica la determinazione del perimetro della giurisdizione amministrativa in *subjecta materia*, specie con riguardo alle controversie nascenti nella fase di esecuzione della convenzione medesima.

All'uopo, giova rammentare che, secondo i principi sanciti dalla Corte Costituzionale nella nota sentenza 6 luglio 2004, n. 204, è legittimo il riconoscimento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo quando le controversie riservate alla sua cognizione, ancorché relative anche a diritti soggettivi, comprendano lo scrutinio di rapporti intersoggettivi nei quali l'amministrazione conservi ed eserciti poteri autoritativi.

Orbene, anche assumendosi la persistenza di un potere pubblicistico di tal segno nell'espletamento del procedimento formativo della convenzione urbanistica, è stato osservato che non sempre, nel momento esecutivo della stessa, si ravvisa l'esercizio di un potere autoritativo, potendo talvolta apparire che la reazione dell'amministrazione all'inadempimento del privato

consegua all'applicazione di norme contrattuali o della disciplina civilistica posta a tutela della parte non inadempiente⁴⁷.

Di qui, l'interrogativo sulla coerenza della giurisdizione esclusiva del g.a. in un ambito caratterizzato dall'assenza di funzioni autoritative con i principi affermati dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 204/04.

Sul punto, si sono espresse di recente le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con sentenza del 3 febbraio 2011, n.2546⁴⁸, ove si legge che *“spetta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la cognizione della controversia, promossa dal privato nei confronti del Comune, avente ad oggetto l'adempimento o, in subordine, la risoluzione di una convenzione di lottizzazione, detta giurisdizione trovando fondamento normativo nella L. 7 agosto 1990, n. 241, art. 11, comma 5, il quale, nel devolvere al Giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva sulle controversie relative alla formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi conclusi, nel pubblico interesse, dalla p.a. con gli interessati, al fine di*

⁴⁷ Cfr. Mangialardi G., *La giurisdizione del giudice amministrativo sulla esecuzione delle convenzioni urbanistiche*, in *Urbanistica e Appalti*, 2012, 6, 688.

⁴⁸ In www.neldiritto.it.

determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero, se previsto dalla legge, in sostituzione di questo configura un'ipotesi di giurisdizione esclusiva correlata non ad una determinata materia, bensì ad una determinata tipologia di atto, quale che sia la materia che ne costituisce oggetto, anche se si tratti di accordo transattivo, concluso tra il privato ed il Comune, a seguito della instaurazione di un contenzioso, accordo che si configura, del pari, quale atto che si inserisce all'interno del procedimento amministrativo”⁴⁹.

La Corte di Cassazione ha, inoltre, precisato che l'art. 11, comma 5, della L. 241/1990 (confluito nell'art. 133, comma 1, lett. a, n. 2 del c.p.a.) è applicabile, quale norma sulla giurisdizione, anche agli accordi stipulati anteriormente alla sua entrata in vigore, sicché la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo viene individuata indipendentemente dalla portata dell'art. 34 del D. Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, in relazione ad ipotesi di preesistente giurisdizione amministrativa nella materia urbanistica.

Una recente conferma dell'orientamento espresso dalla Suprema Corte di Cassazione nella citata pronuncia si rinviene

⁴⁹ In senso conforme Cass. Civ., SS.UU., 20 novembre 2007, n. 24009.

anche nella giurisprudenza del Consiglio di Stato che, con sentenza del 2 febbraio 2012, n. 216⁵⁰, afferma il principio secondo cui la giurisdizione del giudice amministrativo sulla esecuzione delle convenzioni urbanistiche, nonché sull'accertamento di eventuali violazioni ed irrogazione delle conseguenti sanzioni previste, sancita dagli artt. 7 e 133 c.p.a., trova piena applicazione anche per i giudizi pendenti alla data di entrata in vigore del codice del processo amministrativo, non solo, ai sensi dell'art. 5 c.p.c. (secondo cui la giurisdizione si individua tenendo conto dello stato di fatto e di diritto esistente al tempo della domanda), ma anche perché già prevista dall'art. 11, L. n.241/1990.

Il richiamo alla giurisdizione esclusiva ex art. 11 della legge n. 241 del 1990, in materia di convenzioni di lottizzazione, legittima, dunque, il ricorso a strumenti di diritto privato per la tutela dei contraenti in caso di inadempimento o di violazione dell'accordo e nei limiti che si espliciteranno di seguito.

⁵⁰ In *Urb. e App.* 2012, 685.

4. Recesso e potestas variandi della P.A. : profili processuali.

Preliminarmente, giova precisare che nell'oggetto e nei contenuti possibili della convenzione non può, in alcun modo, essere annoverato il potere di pianificazione urbanistica, il cui esercizio è rimesso al Comune; potere, di fronte al quale, le clausole convenzionali cessano di produrre effetti e le posizioni soggettive dei proprietari stipulanti la convenzione si trasformano in interessi legittimi.

In altri termini, nella materia della disciplina dell'assetto del territorio, la potestà pubblicistica, che il comune esercita in una posizione di supremazia rispetto ai lottizzatori, non viene meno anche in presenza di una convenzione urbanistica di lottizzazione fra proprietari dell'area e amministrazione comunale.

La convenzione urbanistica non consente, infatti, sul piano esecutivo, di ritenere il Comune privato del potere, ad esempio, di negare un'istanza di concessione - nonostante l'impegno assunto con la convenzione - ove tale rifiuto derivi dall'esercizio della potestà urbanistica che il Comune ha in ordine alla revoca o

alla modificazione degli strumenti urbanistici allorquando sopravvengano nuove valutazioni ed esigenze che motivino il Comune stesso ad assumere scelte che sono discrezionali in relazione ad interessi pubblici (di igiene, estetica, funzionalità, ecc.) non interessati dai patti della convenzione stessa e dai criteri edificatori con essi stabiliti. Pertanto, a fronte di esigenze sopravvenute, l'amministrazione, nonostante gli impegni assunti, ha facoltà di liberarsi del vincolo contrattuale, in considerazione della cosiddetta *potestas variandi*, che la giurisprudenza riconosce da tempo in capo al Comune, in ragione della necessità di perseguire l'interesse pubblico nella maniera più idonea a garantirne il soddisfacimento⁵¹.

Ciò posto, secondo autorevole dottrina, il recesso unilaterale della pubblica amministrazione per sopravvenute

⁵¹ Sul punto cfr. Cons. Stato, IV, 25 luglio 2001, n. 4073, in Foro Amm., 2001, 78, secondo cui “*in tema di pianificazione urbanistica, legittimamente 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 le determinano; infatti lo ius variandi relativo alle prescrizioni di piano regolatore generale include anche lo ius poenitendi relativo ai vincoli precedentemente assunti, rispetto ai quali il Comune non può ritenersi permanentemente vincolato e ciò vale anche per quelli originati da una preesistente convenzione di lottizzazione*”.

ragioni di interesse pubblico verrebbe addirittura a configurarsi come doveroso⁵².

La tesi trova riconoscimento anche nella più recente giurisprudenza amministrativa di primo grado, ove si afferma il principio secondo cui “ *la natura della convenzione di lottizzazione di accordo sostitutivo del provvedimento autorizza l'amministrazione, nell'esercizio della facoltà accordatale dall'art. 11 comma 4, l. 7 agosto 1990 n. 241, a sciogliersi dall'accordo per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ed a regolare unilateralmente ed autoritativamente i rapporti e le attività oggetto della convenzione*⁵³; riconoscendo pertanto tale *ius variandi di fronte a sopravvenute esigenze pubbliche, a fortiori non può precludersi all'Amministrazione la facoltà di modificare la convenzione di fronte ad una errata applicazione della normativa vigente*”⁵⁴. -

Altra questione è se, a fronte delle preesistenti aspettative ingenerate nel privato, spetti a questo una qualche forma di

⁵² Cfr. Morbidelli G., (voce) *Pianificazione territoriale urbanistica*, in *Enc. Giur.*, XXIII, Roma, 1990.

⁵³ Cfr. Tar Lombardia ,Milano, II, 29 novembre 2007, n. 6519, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁴ Tar Lombardia, Milano, II, 18 gennaio 2011, n.104, in www.giustizia-amministrativa.it.

ristoro, a seguito del legittimo e giustificato esercizio della suddetta *potestas variandi*.

Superando le rimostranze di quella parte della giurisprudenza che, facendo prevalere le ragioni di pianificazione generale e di governo del territorio, escludeva, in passato, persino la sussistenza in capo alla p.a. di un obbligo di motivazione delle scelte dalla stessa effettuate o ammetteva un indennizzo nei confronti del privato solo se espressamente previsto dalla convenzione, è possibile affermare (anche alla luce dell'intervenuta riforma del procedimento amministrativo, operata con legge n. 15 del 2005) che, in caso di recesso per sopravvenuti motivi di interesse pubblico, al contraente privato dovrà essere corrisposto un indennizzo.

A prevederlo è la stessa disposizione di cui all'art.11 della l. 241/90, laddove espressamente chiarisce che il potere di recedere unilateralmente dall'accordo per sopravvenuti motivi di pubblico interesse è subordinato all'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatesi in danno del privato. L' intervento di riforma in parola ha, inoltre, previsto all'art. 21 quinquies che

“per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge”.

Da ciò deriva, ad ulteriore conferma di quanto pocanzi esposto, che la p.a., in presenza di idonee cause giustificative, è sempre titolare di un potere di sospensione dell'efficacia dei propri atti.

Tali regole giuridiche, applicate alla materia delle convenzioni di lottizzazione, quali accordi sostitutivi di provvedimento, consentono di ritenere che qualora la p.a. disattenda, legittimamente, le prescrizioni della convenzione va corrisposto al contraente privato un indennizzo, da quantificarsi in termini di danno emergente. Viceversa, in caso di recesso illegittimo da parte del Comune, al lottizzante residua il diritto di accedere alla tutela risarcitoria per il ristoro dei pregiudizi subiti, anche in forma di lucro cessante.

Va, altresì, rilevato che, in caso di recesso legittimo della p.a., è stata esclusa, dalla prevalente dottrina e giurisprudenza, la possibilità per il privato di agire per la declaratoria di nullità della cessione gratuita dell'area di sua proprietà e, conseguentemente, per la retrocessione del bene, dal momento che l'area in questione è già passata in mano pubblica al fine della realizzazione delle opere di urbanizzazione⁵⁵. Del pari, si ritiene non esperibile l'azione di arricchimento senza causa ex art. 2014 c.c., dovendosi l'arricchimento del Comune considerarsi giustificato sotto il profilo causale, quando è dipeso dal doveroso adeguamento alla normativa urbanistica⁵⁶.

In ordine alla possibilità del privato di agire per la risoluzione del contratto per inadempimento ai sensi dell'art. 1453 c.c., qualora il comune non adempia agli obblighi assunti, è stato osservato che, laddove il recesso del Comune dalla convenzione sia legittimo, il privato lottizzante potrà far valere la risoluzione per impossibilità sopravvenuta, liberandosi così dagli

⁵⁵ Cfr. Mengoli V., *op. cit.*, p. 298; In termini, Cass. Civ., II, 28 agosto 2000, n. 11208, in *Urb. e App.*, 2000, 1215.

⁵⁶ Cfr. Cass. Civ., I, 8 giugno 1995, n. 6482.

obblighi assunti nella convenzione, pur senza ottenere la retrocessione delle aree passate in proprietà al Comune⁵⁷.

Sul tema, si è recentemente pronunciata la IV Sezione del Consiglio di Stato, chiamata a prendere posizione, con sentenza del 4 maggio 2010 n. 2568⁵⁸, sulla possibilità per il privato lottizzante di esperire l'azione di risoluzione ex art. 1453 c.c. della convenzione di lottizzazione anche nell'ipotesi in cui l'inadempimento dell'amministrazione consista in un provvedimento amministrativo (nella specie un'omissione provvedimento) non impugnato.

Al riguardo, il Consiglio di Stato, sul rilievo che la convenzione di lottizzazione costituisce un'ipotesi di accordo sostitutivo di provvedimento ex art. 11 della L. n. 241 del 1990 e che, per tale sua natura composita, presenta intrecci di posizioni sostanziali di diritto soggettivo ed interesse legittimo, ha ritenuto esperibile l'azione di risoluzione anche a fronte di un "inadempimento provvedimento" cui la parte privata non abbia tempestivamente reagito con l'azione impugnatoria.

⁵⁷ Cfr. Mengoli V., *op. ult. cit.*, p. 299.

⁵⁸ In www.giustizia-amministrativa.it.

Facendo applicazione di tali principi, il Consiglio di Stato ha quindi concluso nel senso che non fosse pregiudiziale l'esperimento di un'azione di annullamento avverso gli atti di diniego di concessioni edilizie promesse in sede di convenzione di lottizzazione ai fini dell'esperimento dell'azione di risoluzione ex art. 1453 c.c.

Discussa è, inoltre, la possibilità per il privato di ottenere una tutela in forma specifica nei confronti del Comune che non ottemperi alle disposizioni pattuite in convenzione.

In proposito, si è obiettato che *“la condanna dell'amministrazione comunale all'adempimento degli obblighi assunti con la convenzione presuppone in capo allo stesso comune l'esistenza di veri e proprio obblighi giuridici, relativi soprattutto al rilascio di permessi di costruire conformi alla convenzione medesima, sicché solo ammettendo un tale obbligo sarebbe possibile qualificare l'esercizio dello ius variandi dell'amministrazione come vero e proprio inadempimento, a fronte del quale ottenere dinnanzi al g.a. la tutela in forma specifica, ossia la condanna ad un facere corrispondente, in tal*

*caso, all'adempimento dell'obbligo di rilascio del permesso di costruire conforme alla stipulata convenzione*⁵⁹.

Sulla scorta dei rilievi che precedono, la dottrina reputa inammissibile, da parte del privato, l'azione di adempimento che, nella specie, si tradurrebbe nella condanna ad un *facere* infungibile, la quale, in quanto eccezionale, prevede una espressa previsione di legge⁶⁰.

⁵⁹ Spena M.C., *Esercizio del potere in forma consensuale in materia urbanistica e ius poenitendi della P.A.*, in Riv. Giur. Ed., 2006, 1257ss.

⁶⁰ Spena M.C., *op. ult. cit.*, 1259.

5. Inadempimento del privato e tutela giurisdizionale.

Ontologicamente diversa è, invece, la posizione del privato che non ottemperi alle prescrizioni della convenzione. In tal caso, trovano applicazione i principi del codice civile in materia di obbligazioni e di contratti, in quanto compatibili.

Di conseguenza, se è il comune che contesta ai lottizzanti l'inadempimento degli obblighi di fare previsti nella convenzione, viene in rilievo la disciplina dell'inadempimento del contratto di cui all'art. 1453 del codice civile e dell'esecuzione in forma specifica degli obblighi di fare di cui all'art. 2931 c.c.

In altri termini, il comune potrà ottenere dal giudice l'esecuzione coattiva della convenzione. Qualora, invece, una disposizione della convenzione preveda espressamente che il comune ha *"la facoltà di provvedere direttamente all'esecuzione delle opere urbanizzazione in sostituzione dei lottizzanti inadempienti e a spese dei medesimi"*, siffatto rimedio dovrà ritenersi concorrente con l'azione di adempimento.

A tali conclusioni è pervenuta, di recente, la I Sezione del Tar Toscana, che, con sentenza del 16 settembre 2009, n. 1446⁶¹, ha affrontato il tema della natura giuridica della convenzione di lottizzazione e statuito in merito alle conseguenze processuali e sostanziali dell'inadempimento della convenzione medesima, ribadendo, da una lato, la qualificazione delle suddette convenzioni in termini di accordi sostitutivi di provvedimento e dall'altro l'applicabilità alla medesima delle disposizioni citate in tema di giurisdizione, nonché, in quanto compatibili, dei principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti.

In particolare, si legge nella citata pronuncia che “ *in caso di inadempimento da parte del lottizzante (o di un suo avente causa) dell'obbligo di eseguire le prescritte opere di urbanizzazione, l'Amministrazione deve poter disporre di tutti i rimedi offerti dall'ordinamento ad un qualsiasi creditore per poter realizzare coattivamente il proprio interesse, e quindi anche dell'azione di adempimento; questa azione, appartenendo all'area della cosiddetta tutela specifica o satisfattoria diretta ad assicurare al creditore il raggiungimento del preciso interesse sottostante al diritto di cui è titolare, consente*

⁶¹ In www.lexitalia.it.

all'Amministrazione di ottenere l'assetto di interessi programmato dal negozio giuridico attraverso il comando giurisdizionale che integra la fonte dell'obbligazione con effetti propri e principalmente con l'effetto di assoggettare il debitore all'esecuzione forzata”.

Propende per l'ammissibilità nel giudizio amministrativo della domanda di una pronuncia costitutiva ex art. 2932 c.c. in caso di inadempimento delle obbligazioni derivanti da una convenzione di lottizzazione, anche il Tribunale amministrativo regionale per il Veneto che, nella sentenza 13 luglio 2011, n. 1219⁶², così si esprime: *“la convenzione di lottizzazione ha natura tipicamente negoziale, e non ha pertanto i requisiti di esecutorietà ex art. 21 ter, L. n. 241/1990: sicché, 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 ex art. 2932, Cod. Civ., dovendo comunque l'ordinamento garantire la piena tutela effettiva delle posizioni soggettive paritetiche, incluse naturalmente quelle degli Enti*

⁶² In www.giustizia-amministrativa.it.

*pubblici*⁶³. D'altro canto, l'art. 11, L. n. 241/1990 attribuisce, senza alcuna limitazione, al giudice amministrativo la decisione delle controversie per l'esecuzione degli accordi conclusi”.

⁶³ In senso conforme, Tar Veneto, II, 11 giugno 2009, n. 1731, in www.giustizia-amministrativa.it.

CAPITOLO III

ASPETTI DI TUTELA NEGLI ACCORDI AMMINISTRATIVI IN MATERIA ESPROPRIATIVA

1. L'accordo di cessione volontaria del bene espropriando: aspetti di regime.

A norma dell'articolo 42 della Costituzione, la proprietà privata, riconosciuta e garantita dalla legge, *“può essere, nei casi previsti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale”*.

Dello stesso tenore è l'articolo 834 del codice civile, laddove espressamente chiarisce che *“nessuno può essere privato in tutto o in parte dei beni di sua proprietà, se non per causa di pubblico interesse, legalmente dichiarato, e contro il pagamento di una giusta indennità”*.

Analogamente, la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali del 1950, nonché la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea firmata a Nizza nel 2000, proclamano il diritto di ogni persona al rispetto dei propri beni, prevedendo, al contempo, che nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei

casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa.

Dall'analisi delle disposizioni citate è possibile trarre una prima considerazione di carattere generale: la disciplina nazionale e sovranazionale dettata a tutela della proprietà contempera la salvaguardia dell'interesse privato con la tutela dell'interesse pubblico, garantendo, da un lato, la proprietà come diritto del singolo e prevedendo, dall'altro, possibili limitazioni a tale diritto in ragione di preminenti interessi pubblici.

Posto, dunque, che l'interesse generale assume un ruolo predominante rispetto a quello particolare, laddove una determinata opera, ad esempio, sia prevista come necessaria per la collettività, la pubblica amministrazione potrà e dovrà rimuovere gli ostacoli alla sua realizzazione, ricorrendo, se del caso, all'esercizio del potere di espropriazione, nei casi ed entro limiti previsti dalle norme giuridiche dell'ordinamento.

L'esercizio di tale potere, restrittivo della sfera giuridica del destinatario, produce l'effetto traslativo della proprietà (o di altro diritto reale), che passa dal soggetto espropriato al

beneficiario dell'espropriazione (espropriante o pubblica amministrazione).

Come è noto, la disciplina dell'espropriazione per pubblica utilità è dettata dal D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, recante il Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità, rivisitato dal D.lgs. 27 dicembre 2002, n. 302.

In particolare, l'art. 8 del citato Testo unico prevede che il Decreto di esproprio possa essere emanato qualora l'opera da realizzare sia prevista nello strumento urbanistico vigente, o in un atto di natura ed efficacia equivalente, sempre che sia intervenuta la dichiarazione di pubblica utilità del bene e sia stata determinata, anche se in via provvisoria, l'indennità di esproprio.

Una variante alla procedura ordinaria si verifica nell'ipotesi di cessione volontaria del bene⁶⁴, ovvero quando, in luogo del decreto di esproprio, si raggiunga un accordo in ordine all'ammontare dell'indennità o al trasferimento del bene espropriando.

⁶⁴ Sulla cessione volontaria v., in generale, Fantini S., *Gli accordi in materia di espropriazione*, in *Giust. civ.*, 1999, II, p.53; Carbone L., *Accordi sostitutivi e cessione volontaria del bene espropriando*, in *Giorn. Dir. Amm.* 1995, p. 55 ss.

L'istituto in parola assolve ad una funzione cosiddetta deflativa del procedimento ablatorio, atteso che il consenso dell'espropriato al trasferimento del bene all'amministrazione alle condizioni pattuite, permette di evitare la fase di determinazione dell'indennità di esproprio definitiva, nonché i possibili contenziosi in ordine all'ammontare della stessa⁶⁵.

Nella prassi, la tendenza a regolare pattiziamente non solo la determinazione dell'indennità, ma lo stesso trasferimento della proprietà si era diffusa già sotto la vigenza della legge fondamentale n. 2359/1865, sebbene solo con l'art. 12 della legge n. 865/71 il legislatore positivizzò tale figura, incidendone la diffusione mediante la previsione di un meccanismo premiale di maggiorazione dell'indennità.

Si trattava in sostanza di leggi che erano imposte dalla necessità di rilanciare il settore dell'edilizia pubblica e che in questa ottica si preoccupavano di agevolare l'amministrazione nel raggiungimento di tale obiettivo sia consentendole interventi espropriativi a bassi costi, mediante meccanismi indennitari insensibili alle plusvalenze acquisite nel tempo dai terreni

⁶⁵ Cfr. Caringella F., *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 2218.

edificabili, sia semplificando il sistema di determinazione dell'indennità, agganciandone il quantum a parametri prestabili⁶⁶.

Invero l'istituto disciplinato dal legislatore del '71 va tenuto distinto dal cd. "accordo amichevole sull'indennità", già previsto dall'art. 28 della legge 25 giugno 1865, n. 2359, attraverso il quale l'indennità veniva fissata di comune accordo dal soggetto espropriante e dal proprietario espropriando (con l'eventuale intervento conciliativo del sindaco), in quanto, essendo lo stesso privo di efficacia traslativa, occorreva concludere il procedimento con l'emanazione del decreto di espropriazione.

Con la normativa dell'art. 12 della legge 865 del 1971 si stabilisce, invece, che, nel termine di 30 giorni dalla notifica dell'indennità provvisoria, i proprietari espropriandi - oltre alla possibilità di accettare l'indennità provvisoria offerta, dandone comunicazione al Presidente della Giunta regionale e all'espropriante (in caso di silenzio essa si intende rifiutata) - hanno il diritto di convenire con l'espropriante la cessione dell'immobile per un prezzo che non può superare del 50% il

⁶⁶ Leone G. – Marotta A., *Espropriazione per pubblica utilità*, in *Trattato di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1997, XXVII, p. 360.

tetto della indennità provvisoria; a tale convenzione si riconosce efficacia traslativa, con la conseguenza che non è più necessaria l'emanazione del decreto di espropriazione.

Attualmente, la cessione volontaria trova la sua fonte generale nell'art. 45⁶⁷ del D.p.r. n. 327 del 2001, nonché nelle altre disposizioni del medesimo testo unico riferibili a tale istituto, tra le quali, l'art. 20, commi 9-11, norma che regola il presupposto legale della cessione volontaria, dettando una specifica disciplina in tema di determinazione dell'indennità provvisoria. Pertanto, qualora la cessione del bene intervenga a seguito dell'accettazione dell'indennità provvisoria, la conclusione del procedimento

⁶⁷ 1. *Fin da quando è dichiarata la pubblica utilità dell'opera e fino alla data in cui è eseguito il decreto di esproprio, il proprietario ha il diritto di stipulare col soggetto beneficiario dell'espropriazione l'atto di cessione del bene o della sua quota di proprietà.*

2. *Il corrispettivo dell'atto di cessione :*

a) *se riguarda un'area edificabile, è calcolato ai sensi dell'articolo 37, con l'aumento del dieci per cento di cui al comma 2 dell'articolo 37;*

b) *se riguarda una costruzione legittimamente edificata, è calcolato nella misura venale del bene ai sensi dell'articolo 38;*

c) *se riguarda un'area non edificabile, è calcolato aumentando del cinquanta per cento l'importo dovuto ai sensi dell'articolo 40, comma 3;*

d) *se riguarda un'area non edificabile, coltivata direttamente dal proprietario, è calcolato moltiplicando per tre l'importo dovuto ai sensi dell'articolo 40, comma 3. In tale caso non compete l'indennità aggiuntiva di cui all'articolo 40, comma 4.*

3. *L'accordo di cessione produce gli effetti del decreto di esproprio e non li perde se l'acquirente non corrisponde la somma entro il termine concordato.*

espropriativo seguirà l'iter procedurale ivi descritto. Ne consegue che, dopo un'eventuale proposta, corredata da una relazione esplicativa, che la p.a. avanza al proprietario nel rispetto dei criteri stabiliti dalla legge, informandone i soggetti coinvolti, la stessa adotterà una deliberazione provvisoria, notificata a mezzo ufficiale giudiziario, con invito all'interessato di manifestare le proprie determinazioni in proposito nel termine di 30 giorni. Allo scopo di indurre i proprietari ad accettare le indennità offerte e a stipulare l'accordo di cessione per la definizione dell'ammontare dell'indennità di espropriazione, sono previsti premi a favore di proprietari che decidono per l'accettazione.

In presenza di un rifiuto, dopo l'esperimento di un accordo attraverso una commissione di conciliazione, la p.a. definisce in via risolutiva l'indennità e, in caso di mancata accettazione da parte del privato, ordina il deposito della somma presso la Cassa Depositi e Prestiti. Contro tale deliberazione, i soggetti coinvolti possono proporre opposizione alla stima mediante citazione alla competente Corte di Appello, entro il termine di 30 giorni decorrente dalla comunicazione dell'importo dell'indennità. Trascorso il termine per la proposizione dell'opposizione alla

stima, l'indennità rimane fissata nella somma risultante dalla perizia. Qualora, invece sia stata condivisa la determinazione dell'indennità di espropriazione e sia stata depositata la documentazione attestante la piena e libera proprietà del bene, il beneficiario dell'esproprio ed il proprietario provvedono a stipulare l'atto di cessione del bene. Nel caso in cui il proprietario, percepita la somma, si rifiuti di stipulare l'atto di cessione del bene, può essere emesso senza altre formalità il decreto di esproprio, salve le conseguenze risarcitorie dell'ingiustificato rifiuto di addivenire alla stipula.

Come più volte osservato dalla giurisprudenza amministrativa, l'accordo amichevole sull'ammontare dell'indennità di esproprio non comporta la cessione volontaria del bene, ma è semmai un accordo preliminare finalizzato alla stipula del negozio di cessione destinato a perdere efficacia se, nel termine di scadenza della dichiarazione di pubblica utilità, non intervenga la cessione o comunque un valido decreto di esproprio⁶⁸.

⁶⁸ Cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. IV, 16 marzo 2012, n. 1414, in www.giustizia-amministrativa.it.

2. La natura giuridica dell'accordo di cessione.

La dottrina e la giurisprudenza si sono a lungo interrogate circa la configurabilità dell'accordo di cessione come contratto di diritto privato, sottoposto alle regole del Codice Civile, o come accordo a oggetto pubblico, sostitutivo di provvedimento, ai sensi dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990, anche in ragione delle diverse implicazioni di carattere processuale che derivano dalla riconducibilità dell'istituto all'una o all'altra figura negoziale.

In via preliminare, ci si è chiesti quale fosse la reale consistenza della posizione costituita in capo al privato.

Nonostante il proprietario disponga di un vero e proprio diritto potestativo alla cessione, per il perfezionamento della stessa non è sufficiente la mera manifestazione di concludere il relativo atto, essendo l'amministrazione precedente obbligata a manifestare il proprio consenso. Si deve dunque ritenere che il diritto potestativo del privato si configuri come un particolare diritto di credito ad ottenere da parte del beneficiario l'adempimento ad un obbligo legale a stipulare con lui l'atto di cessione.

Le argomentazioni a sostegno della tesi favorevole alla qualificazione della cessione volontaria in termini di contratto di diritto privato, assimilabile alla compravendita, si fondano sull'asserita valenza autonoma dell'accordo di cessione rispetto agli atti del procedimento. Ciò a cagione del fatto che l'art. 45 del T.U. configura un vero e proprio diritto soggettivo del proprietario a stipulare la cessione del bene o della quota di sua proprietà.

Detto indirizzo esclude che la cessione volontaria possa essere inquadrata nel novero degli accordi sostitutivi di provvedimenti amministrativi di cui all'art. 11 della legge 241 del 1990, essenzialmente, in considerazione e della specialità della materia espropriativa, e dell'espressa previsione normativa (*ante legem* 11 febbraio 2005, n. 15) che consentiva l'applicabilità dell'art. 11 esclusivamente nei casi previsti dalla legge.

Secondo una diversa tesi intermedia, la cessione volontaria, pur potendo essere inquadrata nel novero degli accordi sostitutivi di provvedimento, non sarebbe configurabile come contratto di diritto pubblico, stante il disposto del comma 2

del citato art. 11, secondo cui agli accordi *de quibus* si applicano i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili; di tal che, ad essa si applicherebbe il regime dell'art. 11 della legge n. 241/90.

Da ultimo, la prevalente dottrina e giurisprudenza hanno riconosciuto la natura di contratto ad oggetto pubblico della cessione volontaria sulla scorta di talune decisive considerazioni.

In primo luogo, va rilevato che le riforme apportate alla legge 241/90 ad opera del legislatore del 2005 consentono di superare taluni rilievi posti dalla dottrina favorevole alla prima delle soluzioni prospettate.

Invero, da un lato, è stata eliminata la previsione contenuta nel primo comma dell'art. 11, secondo la quale gli accordi possono sostituire il provvedimento finale solo quando la legge lo preveda, dall'altro è stato introdotto il quarto comma bis dell'art. 11 medesimo, il quale dispone che in tutti i casi in cui una P.A. conclude accordi nelle ipotesi previste al primo comma la stipulazione dell'accordo è preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente dell'adozione del provvedimento.

Inoltre, è stato evidenziato che l'elemento del prezzo, nella cessione volontaria, diversamente dalla compravendita, non discende da una libera contrattazione tra le parti, ma è ancorato ai criteri legali di determinazione dell'indennità di espropriazione, dai quali non è possibile discostarsi⁶⁹.

La giurisprudenza ha, peraltro, chiarito in più occasioni che non rileva, ai fini della qualificazione giuridica della fattispecie in esame, la circostanza che promotore dell'espropriazione possa essere un soggetto privato (altra argomentazione a sostegno della natura privatistica della cessione), dovendosi quest'ultimo intendere quale soggetto che agisce per conto dell'autorità procedente⁷⁰.

Infine, un ulteriore elemento che vale a distinguere la cessione volontaria da un comune contratto di compravendita è ravvisabile sul piano degli effetti.

A differenza della cessione volontaria, il contratto di compravendita produce il trasferimento della proprietà, ma non l'estinzione dei diritti dei terzi.

⁶⁹ In termini, Cass. civ., I, 13 settembre 2007, n.19169, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 10.

⁷⁰ In tal senso, v. anche Carbone V., *op. cit.*, p. 95.

All'uopo, occorre precisare che, l'equiparazione, sotto il profilo degli effetti, tra cessione volontaria e decreto di esproprio, pur sostenuta, sotto la vigenza della precedente disciplina, dalla prevalente dottrina e giurisprudenza, è oggi incontrovertibilmente sancita dall'art. 45, comma 3, del T.U. del 2001, a norma del quale la cessione volontaria produce gli effetti del decreto di esproprio, fatta salva, si è ritenuto, la previsione relativa al solo decreto di esproprio secondo cui l'acquisto della proprietà da parte dell'espropriante è sospensivamente condizionato alla notifica e alla esecuzione del decreto stesso.

Va, tuttavia, osservato che l'istituto della cessione volontaria, ferma restando la natura di contratto di diritto pubblico e l'equiparazione, in termini effettuali, al decreto di esproprio (art. 45, comma 3), presenta elementi di divergenza rispetto alla previsione dell'art. 11 l. n. 241/90, ravvisabili nei seguenti elementi: innanzitutto l'accordo-cessione può vedere come controparte del privato non necessariamente una p.a., ma anche un soggetto privato che agisca quale *longa manus* dell'amministrazione; in secondo luogo l'evidenziato limite alla libertà negoziale delle parti fa sì che il consenso non possa

sostituire il contenuto discrezionale di un atto amministrativo, essendo riconosciuta alle parti la libertà di valutare solo le concrete caratteristiche del bene e non la natura così come i valori di mercato ma non già l'indennità; infine gli accordi di cui all'art. 11 l. n. 241/90 si concludono senza pregiudizio dei diritti dei terzi, così come previsto nella norma, contrariamente a quel che avviene con la cessione volontaria che comporta l'estinzione dei diritti reali parziari e dei diritti personali sul bene trasferito.

Invero, la tesi pubblicistica ritenuta prevalente, non inquadra la cessione volontaria nell'ambito dell'art. 11 della l. n. 241/90, ritenendo che, mentre gli accordi ex art. 11 sono liberi sia nell'*an* che nel *quomodo*, la cessione volontaria lo sia solo nell'*an*.

Il rilievo è condiviso dal Tar Campania, Salerno, con sentenza del 12 luglio 2011, n. 1269⁷¹, secondo *“il quale la cessione volontaria degli immobili assoggettati ad espropriazione e la determinazione amichevole della relativa indennità non possono derogare in alcun modo ai prestabiliti parametri legali, e la funzione stessa di tale cessione è quella di rappresentare un modo tipico di chiusura del procedimento di*

⁷¹ In www.giustizia-amministrativa.it.

esproprio, secondo modalità ritenute necessarie dalla legge in forza di una relazione legale e predeterminata di alternatività della cessione volontaria rispetto al decreto ablatorio, e non già di mera sostituzione di questo, che ne consenta l'inquadramento tra gli accordi sostitutivi di cui alla l. 241/1990, art. 11, co.1, i quali sono liberi nell'an e nel quomodo, a differenza degli accordi espropriativi che sono, invece, liberi soltanto nell'an".

Aperture verso la tesi pubblicistica emergono anche nella più recente giurisprudenza della Cassazione⁷², in base alla quale la cessione volontaria costituisce un contratto ad oggetto pubblico i cui elementi costitutivi, indispensabili a differenziarla dal contratto di compravendita di diritto comune, sono:

- a) l'inserimento del negozio nell'ambito di un procedimento di espropriazione per pubblica utilità, nel cui contesto la cessione assolve alla peculiare funzione dell'acquisizione del bene da parte dell'espropriante, quale strumento alternativo all'ablazione d'autorità;
- b) la preesistenza non solo di una dichiarazione di pubblica utilità ancora efficace, ma anche di un sub-procedimento di

⁷² Cass. civ., II, 22 maggio 2009, n. 11955.

determinazione dell'indennità e delle relative offerta ed accettazione;

c) il prezzo del trasferimento volontario correlato ai parametri di legge stabiliti, inderogabilmente, per la determinazione dell'indennità di espropriazione.

In conseguenza, ove non siano riscontrabili le predette caratteristiche, al negozio traslativo immobiliare non possono collegarsi gli effetti dell'estinzione dei diritti reali o personali gravanti sul bene medesimo poiché non è possibile escludere che la p.a. abbia perseguito una finalità di pubblico interesse tramite un ordinario contratto di compravendita.

2.1. Problematiche relative alla disciplina applicabile.

Dall'assimilazione, sotto il profilo degli effetti, della cessione bonaria al decreto di esproprio discende, in primo luogo, l'applicazione all'accordo di cessione delle disposizioni sulla retrocessione, come espressamente previsto dall'art. 45, comma 4, del T.U. del 2001, sicché, se il bene oggetto di esproprio è stato ceduto all'espropriante da un soggetto che non ne era proprietario, il terzo reale titolare del bene, non può proporre azione di rivendicazione nei confronti dell'espropriante cessionario, dovendo far valere il proprio diritto sull'indennità di espropriazione ricevuta dall'espropriato cedente.

Secondariamente, va osservato che la cessione volontaria, al pari del decreto d'esproprio, determina l'acquisto del bene a titolo originario, il quale entra a far parte del patrimonio del nuovo titolare indipendentemente dai diritti dei terzi⁷³.

Questa conclusione presuppone che si aderisca alla tesi, largamente condivisa, ma non del tutto pacifica, secondo cui l'acquisto mediante decreto di esproprio sia a titolo originario.

⁷³ In tal senso, Sorace D., *Espropriazione per pubblica utilità*, in *Dig. disc. Pubbl.*, Torino, 1991, VI, p. 189; Contra, Silvestri E., (voce) *Trasferimenti coattivi*, in *Enc. dir.*, Milano, 1992, XLIV, p. 986.

La natura di contratto ad oggetto pubblico non esclude tuttavia, secondo la giurisprudenza, l'applicazione di talune regole contrattuali di diritto comune, stante, peraltro, il disposto, già richiamato, dell'art. 11, comma 2, della legge 241 del '90.

In particolare, la giurisprudenza maggioritaria ha ritenuto applicabili all'istituto in esame le norme del Codice Civile in ordine alla formazione del contratto e alla revocabilità della proposta fino al momento dell'accettazione⁷⁴, oltre che, la regola civilistica della nullità parziale e della sostituzione automatica di clausole contrarie a norme imperative (art. 1419 c.c.).

Da ciò deriva (oltre alla necessità della forma scritta ai fini della stipulazione dell'accordo⁷⁵) che la determinazione del prezzo di cessione con criteri diversi da quelli legali imperativi non inficia la validità dell'intero accordo, ma comporta la nullità parziale della sola clausola relativa al prezzo, la quale ben può essere sostituita con un prezzo determinato sulla base dei criteri legali.

⁷⁴ Cfr. Cass., I, 29 gennaio 1997, n. 922, in *Foro It.*, 1997, I, 1848.

⁷⁵ Sul requisito della forma scritta v. Cass. civ., I, 27 aprile 2011, n. 9390, secondo cui in tema di espropriazione forzata per pubblico interesse, o pubblica utilità, *“il negozio di cessione volontaria posto in essere da un'amministrazione comunale è soggetto all'osservanza di tutti gli adempimenti richiesti dall'evidenza pubblica per le pubbliche amministrazioni, primo fra tutti il requisito della forma scritta a pena di nullità”*.

Cospicua parte della dottrina reputa poi che non sussistano particolari problemi in ordine alla possibilità di far ricorso ai normali mezzi di impugnazione del contratto.

I contraenti ben possono allora agire in giudizio per la dichiarazione di nullità o per l'annullamento del contratto, trattandosi di azioni che si basano su vizi dell'atto, compatibili quindi con la funzione della cessione volontaria.

Sulla proponibilità dell'azione di nullità per contrarietà a norme imperative o per illiceità della causa ex art. 1418 c.c., la Corte di Cassazione, nella già citata sentenza n. 19169/2007⁷⁶, si esprime in termini negativi, affermando che in tema di espropriazione per pubblica utilità, riguardo alla cessione volontaria o all'accordo amichevole sull'indennità, la nullità del contratto ex art. 1418 c.c., per contrarietà a norme imperative o per illiceità della causa, dei motivi e dell'oggetto, non è neppure ipotizzabile *“trattandosi di accordi tipici previsti dall'ordinamento; né può ipotizzarsi l'illiceità, o contrarietà a norme imperative, dell'indennità determinata con accordo amichevole (sul presupposto nella fattispecie, della violazione dei criteri legali di determinazione, per essere stato il suolo*

⁷⁶ V. sub nota 69.

oggetto dell'esproprio erroneamente considerato agricolo, mentre era in realtà edificabile), giacché l'indennità, come qualsiasi prestazione pecuniaria, non è mai per sua natura illecita, o contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume, rilevandosi l'illiceità di essa dalla controprestazione che assuma i connotati di una condotta contra legem” .

In tema di nullità del negozio di cessione volontaria, altra giurisprudenza ha precisato che *“ai sensi del combinato disposto degli artt. 1325 n. 3 e 1418, comma 2, c.c. il negozio di cessione volontaria di area oggetto di occupazione appropriativa già perfezionatasi a seguito dell'irreversibile trasformazione del suolo e del decorso del termine di occupazione legittima, senza emanazione del decreto di esproprio, è nullo per difetto dell'elemento essenziale dell'oggetto, né è configurabile la sua conversione, ex art. 1424 c.c., in altro negozio destinato ad assolvere ad analoga anche se più ristretta funzione, limitata alla determinazione dell'indennità spettante al proprietario del suolo, atteso che la funzione della cessione volontaria è costituita dal trasferimento dell'immobile e dalla determinazione*

*dell'indennità, e non già dal risarcimento del danno conseguente all'occupazione*⁷⁷.

Sotto il profilo processuale, in passato, la questione della natura giuridica dell'accordo di cessione assumeva preminente rilievo in sede di individuazione dell'organo giudiziario competente a conoscere delle relative controversie, posto che il comma 5 dell'art. 11 attribuiva alla giurisdizione amministrativa la decisione delle cause aventi ad oggetto la "formazione, conclusione ed esecuzione" degli accordi *de quibus*. Al riguardo, sotto la vigenza della precedente disciplina la giurisprudenza della Cassazione era orientata nell'escludere la riconducibilità degli accordi di cessione previsti dall'art. 12 l. n. 865/71 all'istituto di cui all'art. 11 l. n. 241/90, argomentando soprattutto in base al carattere non discrezionale del contenuto consensualmente stabilito e in base alla specialità della materia espropriativa.

Successivamente, a fronte dell'esplicita previsione dell'art. 53, comma 1, del T.U. che devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche le controversie aventi per

⁷⁷ Cass. civ., sez. I, 19 gennaio 2006, n. 1040, in *Giust. civ. Mass.* 2006, 1, 75.

oggetto gli accordi stipulati nell'ambito della procedura di esproprio (ferma restando l'attribuzione al giudice ordinario delle controversie riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa) la questione ha perso di pregio.

Da quanto esposto deriva che rientrano nella giurisdizione ordinaria ai sensi dell'art. 45, comma 2, le vertenze riguardanti la determinazione o la corresponsione del prezzo, mentre confluiscono dinanzi al giudice amministrativo tutte le altre, tra cui quelle concernenti la conclusione dell'accordo, l'annullamento o la declaratoria di nullità, il recesso e la tutela risarcitoria.

Atteso che la cessione volontaria è un accordo che sostituisce il decreto di esproprio nell'ambito di una procedura ablativa, occorre, ai fini della conclusione dello stesso, che venga emanata la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera, quale momento iniziale del procedimento espropriativo.

Diversamente, il negozio posto in essere in assenza di una efficace dichiarazione di pubblica utilità verrebbe a qualificarsi

alla stregua di un comune contratto di compravendita, peraltro, secondo i più, annullabile per errore sulla natura del contratto.

D'altro canto, il termine finale per la stipula dell'accordo è costituito, a norma del citato art. 45, comma 1, dalla data di esecuzione del decreto di esproprio, in quanto è con l'esecuzione del decreto che si produce l'effetto traslativo del bene, sicché l'atto di cessione stipulato successivamente all'esecuzione del decreto sarebbe a tutti gli effetti nullo per mancanza dell'oggetto. Quest'ultima previsione legislativa si configura come un elemento di novità rispetto alla precedente disciplina (art. 5 bis, comma 2, l. n. 359/1992), che consentiva alla parte ablata di convenire la cessione *“in ogni fase del procedimento espropriativo”*.

La dilatazione dello spazio temporale di operatività della cessione volontaria fino alla esecuzione del decreto di esproprio, e dunque anche dopo la sua adozione, se, da un lato, appare coerente con il principio secondo cui l'acquisto della proprietà del bene in capo al beneficiario si realizza solo all'esito dell'esecuzione del provvedimento (art.23, comma 1, lett. f), dall'altro, ha suscitato non poche perplessità sull'utilità

dell'accordo di cessione come strumento di semplificazione della
procedura di esproprio.

Capitolo IV

TUTELA ARBITRALE E ACCORDI

AMMINISTRATIVI

La compromettibilità in arbitrato delle controversie insorte in sede di esecuzione degli accordi.

Come è noto, l'art. 6, comma 2, della legge n. 205 del 21 luglio 2000 ha stabilito che *"le controversie concernenti i diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto"*.

La disposizione è stata recepita dall'art. 12, comma 1, c.p.a. (come modificato dall'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 195 del 2011), con l'aggiunta dell'inciso *"ai sensi degli artt. 806 e seguenti del codice di procedura civile"*.

La disciplina dell'arbitrato rituale di diritto contenuta negli artt. 806 e ss. del codice di procedura civile, si fonda sugli istituti del compromesso e della clausola compromissoria, entrambe riconducibili all'autonomia negoziale ed aventi natura contrattuale, nonché sulla transigibilità e disponibilità delle controversie insorte (artt. 806, 807 c.p.c. e 1966 c.c.).

L'art. 11, comma 2, della Legge n. 241/90 dispone, altresì, che agli accordi ivi disciplinati si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili.

Dalla lettura in combinato disposto delle su richiamate disposizioni di legge emerge che, laddove sorga questione su un diritto soggettivo che si assume lesa da un atto o un comportamento della pubblica amministrazione (non riconducibile all'esercizio di un potere autoritativo), nella fase di esecuzione dell'accordo con la stessa stipulato, non vi sono ragioni ostative alla deferibilità ad arbitri della relativa controversia.

Diverso è il caso in cui venga in rilievo una posizione di interesse legittimo del privato, stante la preclusione normativa, invero implicita, che ne esclude la cognizione da parte di arbitri. La scelta del legislatore di limitare la risoluzione arbitrale alle sole controversie vertenti su diritti appare influenzata dal principio della natura indisponibile della funzione amministrativa che da sempre ha dominato il tema dell'arbitrabilità delle controversie in cui sia parte una pubblica amministrazione.

Da esso si è fatto discendere che le controversie concernenti il rapporto potestà - interesse legittimo non sono compromettibili ad arbitri e che le clausole compromissorie evidentemente stipulate sono nulle, proprio per il difetto della disponibilità della *res litigiosa* (artt. 806 c.p.c. e 1966 c.c.).

Posto che l'indisponibilità riguarda unicamente la potestà pubblica, alla luce del nuovo sistema normativo, ogni diritto soggettivo comunque rientrante nella giurisdizione del giudice esclusiva del giudice amministrativo è compromettibile per arbitri se è disponibile, sempre che la legge non disponga diversamente.

Come la migliore dottrina insegna, *“dovendosi trattare di controversi concernenti diritti soggettivi, l'ambito preferenziale dell'arbitrato non potrà che essere quello dell'esecuzione dell'accordo; col solo (ma rilevante) limite dell'esercizio di ulteriori atti amministrativi in detta fase, con correlativa insorgenza di interessi legittimi. Si tratterà, dunque, di azioni di adempimento di prestazioni materiali o negoziali, non implicanti, appunto, esercizio di poteri amministrativi. Di azioni di condanna al pagamento dell'indennità di recesso o di altre*

indennità. Di azioni di risoluzione, di rescissione, ecc. e, ovviamente, anche di azioni risarcitorie”⁷⁸.

Tanto premesso, occorre valutare se, in caso di accordo sul contenuto discrezionale provvedimento, il privato, qualora l'amministrazione non si determini all'emanazione del successivo provvedimento che ne recepisce il contenuto, ovvero resti inerte, sia titolare di una posizione di diritto soggettivo all'emanazione del provvedimento conforme o, viceversa, di mero interesse legittimo.

Invero, riconoscendo in capo al privato una situazione di diritto soggettivo all'emanazione del provvedimento conforme al contenuto dell'accordo deve ritenersi astrattamente configurabile la competenza arbitrale a conoscere della relativa controversia. Ad avviso di chi scrive, il percorso argomentativo che conduce al riconoscimento in capo al privato di una situazione di diritto soggettivo all'emanazione del provvedimento concordato può muovere anche da premesse che prescindono dalla natura privatistica o pubblicistica dell'accordo.

Va considerato che in generale sussiste un vero e proprio dovere dell'amministrazione di concludere il procedimento

⁷⁸ Greco G. op. cit., p. 292.

(avviato ad istanza di parte) mediante l'adozione di un provvedimento espresso (art. 2 legge n. 241/09), essendo l'amministrazione, viceversa, esposta ad una responsabilità di natura risarcitoria.

Con riguardo agli accordi amministrativi, l'inerzia della p.a. non può qualificarsi quale manifestazione di volontà in senso contrario rispetto a quanto concordato con il privato, dovendo l'amministrazione motivare la diversa volontà in ragione della sussistenza di sopravvenuti interessi pubblici.

Sicché, fino a quando l'amministrazione non si sia espressamente determinata in senso contrario all'adozione del provvedimento che recepisce l'accordo, esplicitandone le ragioni, deve riconoscersi in capo al privato una posizione di diritto soggettivo perfetto all'emanazione del provvedimento conforme.

Sulla scorta dei rilievi che precedono, dovrà ammettersi la validità della clausola compromissoria che devolva ad arbitri la controversia relativa al risarcimento dei danni a seguito dell'ingiustificata mancata emissione del provvedimento concordato.

All'uopo, giova richiamare l'orientamento espresso dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con sentenza 10 dicembre 2001, n. 15608⁷⁹, relativamente ad una controversia introdotta dal privato contro la p.a. per dedurre l'inadempimento di un accordo stipulato tra le parti e volto a determinare il contenuto discrezionale del provvedimento amministrativo :

“L'art. 6, comma 2, della legge n. 205 del 2000, dispone che "Le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto". La norma integra in positivo l'art. 806 c.p.c. in quanto consente espressamente la deferibilità ad arbitri di controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione (senza ulteriori specificazioni) del giudice amministrativo, in tal modo superando la tradizionale esclusione, da parte della giurisprudenza di questa S.C. (v., per tutte, S.U. sent. n. 7643-95), dell'arbitrabilità delle controversie devolute alla giurisdizione amministrativa (superamento solo parziale, poiché l'esclusione permane per le controversie aventi ad oggetto interessi legittimi), dalla quale conseguiva l'invalidità del

⁷⁹ In *Giust.civ. Mass.*, 2001, 2125.

compromesso o della clausola compromissoria che avessero diversamente previsto. Si verte, quindi, in tema di norma attinente alla validità del compromesso o della clausola compromissoria e, conseguentemente, del giudizio arbitrale instaurato in base alle suindicate convenzioni e del lodo in esito ad esso pronunciato. La questione concernente la deferibilità o meno ad arbitrato della controversia in ragione della sua devoluzione al giudice amministrativo non integra peraltro, come già rilevato, questione di giurisdizione degli arbitri, ma questione di merito, concernente la validità del compromesso o della clausola compromissoria (sent. n. 527-00; n. 1240-00; n. 1320-00). Non pertinente è pertanto il richiamo al novellato art. 5 c.p.c. - inteso nel senso che, per esigenze di economia processuale, debbono trovare applicazione nei giudizi pendenti le norme sopravvenute le quali, diversamente regolando la giurisdizione, la attribuiscono, nel caso, al giudice davanti al quale la domanda è stata proposta (sent. n. 5299-97) - in quanto postula che debba essere risolta questione attinente alla giurisdizione. Né, d'altra parte, può riconoscersi alla norma racchiusa nell'art. 6, comma 2, della legge n. 205 del 2000

efficacia sanante dell'originaria invalidità del compromesso o della clausola compromissoria stipulati anteriormente all'entrata in vigore della nuova normativa. Alla verifica della validità o meno del patto compromissorio vanno infatti applicati i principi in materia di successione delle norme nel tempo propri dei contratti, di tal che tale verifica va compiuta in riferimento alle norme vigenti al momento del perfezionamento del patto, salvo che la norma sopravvenuta non rechi espressa previsione circa la sua applicazione retroattiva. Ma l'art. 6, comma 2, della legge n. 205 del 2000 non contiene una clausola di retroattività, e non pertinente è il richiamo alla giurisprudenza di queste S.U. formatasi in riferimento all'art. 31-bis della legge n. 109 del 1994 (sent. n. 580-99; n. 73-00; n. 88-00), in quanto fondata sul determinante rilievo che tale ultima disposizione recava l'espressa previsione dell'applicazione della nuova disciplina anche ai giudizi in corso”.

BIBLIOGRAFIA

BRUTI LIBERATI E., *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazioni e privati*, Giuffrè, Milano, 1996.

CAMMEO F., *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico*, in *Giur. It.*, 1990, IV.

CANGELLI F., *Riflessioni sul potere discrezionale della pubblica amministrazione negli accordi con i privati*, in *Dir. Amm.*, 2000.

CARBONE L., *Accordi sostitutivi e cessione volontaria del bene espropriando*, in *Giorn. Dir. Amm.* 1995.

CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2005.

CASSETTA E. , *Manuale di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2008.

CERULLI IRELLI V., *Corso di Diritto Amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2001.

CIVITARESE MATTEUCCI S., *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Giappichelli, Torino, 1997.

COMPORI G. D., *Il coordinamento infrastrutturale*, Giuffrè, Milano, 1996.

CONTIERI A., *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi.*, Napoli, 2000.

FALCON G. D., *Le convenzioni pubblicistiche*, Giuffrè, Milano, 1984.

FANTINI S., *Gli accordi in materia di espropriazione*, in *Giust. civ.*, 1999.

FERRARA R., *Gli accordi di programma*, Cedam, Padova, 1993.

FRACCHIA F., *L'accordo sostitutivo. Studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Cedam, Padova, 1998.

GIOVANNELLO A., *La controversa natura giuridica delle convenzioni di lottizzazione*, in *Appalti Urbanistica Edilizia*, 1996.

GRECO G., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Giappichelli, Torino, 2003.

GRECO G., *Commento all'art. 15 l. n. 241/1990*, in AA. VV., *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti*, Giuffrè, Milano, 1991.

LEONE G. – MAROTTA A., *Espropriazione per pubblica utilità*, in *Trattato di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1997, XXVII.

MANGIALARDI G., *La giurisdizione del giudice amministrativo sulla esecuzione delle convenzioni urbanistiche*, in *Urbanistica e Appalti*, 2012.

MAVIGLIA C., *Accordi con l'amministrazione pubblica e disciplina del rapporto*, Giuffrè, Milano, 2002.

MENGOLI V., *Gli accordi amministrativi fra privati e pubbliche amministrazioni*, Giuffrè, Milano, 2003.

MONTEFERRANTE L., *La nuova disciplina degli accordi procedurali: profili di tutela giurisdizionale*, in www.giustamm.it.

MORBIDELLI G., (voce) *Pianificazione territoriale urbanistica*, in *Enc. Giur.*, XXIII, Roma, 1990.

SCOCA F. G., *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Diritto Amministrativo*, 1995.

SILVESTRI E., (voce) *Trasferimenti coattivi*, in *Enc. dir.*, Milano, 1992, XLIV.

SORACE D., *Espropriazione per pubblica utilità*, in *Dig. disc. Pubbl.*, Torino, 1991.

SPENA M.C., *Esercizio del potere in forma consensuale in materia urbanistica e ius poenitendi della P.A.*, in *Riv. Giur. Ed.*, 2006.

STICCHI DAMIANI E., *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Giuffrè, Milano, 1992.

TERESI F., *Procedimento Amministrativo e accesso ai documenti*, Maggioli, Rimini, 1991.

TRAVI A., *Piano di lottizzazione e comparti edificatori*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1996.