

OSSERVATORIO GIURISPRUDENZIALE

in materia di

ACCORDI AMMINISTRATIVI

○ **C.d.S., Sez. IV, n. 2040/2011.**

La giurisprudenza si è oramai orientata nell'affermare, all'interno delle convenzioni di urbanizzazione, la prevalenza del profilo della libera negoziazione.

Infatti, si è affermato (Consiglio di Stato, sez. V, 10 gennaio 2003, n. 33; Consiglio di Stato, sez. IV, 28 luglio 2005, n. 4015) che, sebbene sia innegabile che la convenzione di lottizzazione, a causa dei profili di stampo giuspubblicistico che si accompagnano allo strumento dichiaratamente contrattuale, rappresenti un istituto di complessa ricostruzione, non può negarsi che in questo si assista all'incontro di volontà delle parti contraenti nell'esercizio dell'autonomia negoziale retta dal codice civile.

Tale ricostruzione assume particolare valenza quando, come nel caso in specie, si assuma che alcuni dei contenuti dell'accordo vengono imposti dalla pubblica amministrazione in termini non modificabili dal privato, visto che, anche in questo caso, ciò non esclude che la parte che abbia sottoscritto la convenzione, conoscendone il contenuto, abbia inteso aderirvi restandone vincolata, fatto salvo il ricorso agli strumenti di tutela in caso di invalidità del contratto. Ne deriva che l'argomento sostenuto nel ricorso in primo grado, ossia che le clausole convenute, in quanto aggiuntive rispetto agli oneri di urbanizzazione, riferiti ad opere e servizi menzionati dalla normativa, non siano consentite, con conseguente nullità delle stesse, non può essere sostenuto, trattandosi di determinazione pattizia rimessa alla contrattazione tra i due diversi soggetti coinvolti. In tal senso, i contenuti della concessione edilizia e le determinazioni ivi contenute rispecchiano la volontà espressa dalle parti e non appaiono in contrasto con clausole imperative dell'ordinamento civile, non potendo così essere incise dal meccanismo di automatica sostituzione individuato dal giudice di prime cure.

○ **T.A.R. Puglia-Bari, Sez. II, n. 205/2011.**

Se è vero che le convenzioni urbanistiche hanno natura contrattuale, e di conseguenza deve opinarsi non consentita la modifica autoritativa degli obblighi determinati anche col consenso del privato, deve però considerarsi - come affermato dalla giurisprudenza amministrativa che si è interessata del problema (CdS, Sez. V, 4 gennaio 1993) - come la convenzione sia un contratto di natura peculiare, talché sarebbero comunque possibili variazioni introdotte in virtù della iniziativa di parte pubblica in sede di emanazione di un nuovo strumento urbanistico generale, implicando quest'ultimo la revisione generale dell'intero assetto urbanistico del territorio comunale. Si è pure detto che il contrattualismo, nella lettura della Cassazione, non giunge sino al punto di riconoscere che la convenzione vincoli la p.a. a conservare l'assetto urbanistico previsto dalla convenzione stessa: vi è cioè la possibilità di una riedizione del potere pianificatorio da parte dell'Ente pubblico, da esercitarsi, perché non debordi nell'arbitrio, in sede di esame e definizione di problematiche di ordine generale, quale può essere, ad esempio, la revisione dell'assetto del territorio. In tali e limitati casi di riesercizio del potere, la posizione soggettiva del cittadino è di interesse legittimo e non di diritto soggettivo.

○ **T.A.R. Lombardia-Brescia, Sez. I, n. 193/2011.**

Nelle convenzioni urbanistiche non opera uno stretto sinallagma tra le prestazioni delle parti, nel senso che non vi è una misura stabilita per legge delle prestazioni che i privati devono assumere in cambio dello sfruttamento delle facoltà edificatorie (vd. CdS, Sez. IV, 28 luglio 2005, n. 4015; TAR-Brescia, Sez. I, 21 aprile 2010, n. 1580). I privati possono quindi negoziare liberamente obbligandosi a cedere aree anche in quantità notevolmente superiore al livello minimo degli standard urbanistici. In questa materia i parametri sono infatti qualitativi (adeguata dotazione di strutture al servizio dei nuovi edifici) e non quantitativi (la legge prevede soltanto la soglia minima delle aree a standard).

○ **C.d.S., Sez. IV, n. 3262/2012.**

Non si ravvisano motivi per discostarsi dal consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui la tendenziale assolutezza ed inesauribilità (nel rispetto del quadro ordinamentale legislativo) del potere pianificatorio comunale in materia urbanistica si salda alla considerazione per cui l'obbligo di specifica motivazione, in funzione limitativa del potere discrezionale di cui dispone la p.a. in sede di pianificazione urbanistica, sussiste solo a fronte di situazioni meritevoli di particolare tutela, tra cui l'esistenza di un piano di lottizzazione approvato e convenzionato, ovvero di un giudicato di annullamento di un diniego di concessione edilizia o dichiarativo dell'obbligo di sottoscrivere una convenzione. Se in sede di pianificazione generale del territorio la discrezionalità, di cui l'Amministrazione dispone per quanto riguarda le scelte in ordine alle destinazioni dei suoli, è talmente ampia da non richiedere una particolare motivazione al di là di quella ricavabile dai criteri e principi generali che ispirano il piano regolatore generale, si può derogare a tale regola solo in presenza delle (esemplificativamente indicate) specifiche situazioni di affidamento qualificato del privato a una specifica destinazione del suolo (*ex multis* ancora di recente: Consiglio di Stato, sez. IV, 16 gennaio 2012, n. 119). Ciò armonicamente a quanto in passato affermato dalla Corte regolatrice della giurisdizione, secondo cui (Cassazione civile, Sez. Un., 12 giugno 1982, n. 3541): “le cosiddette convenzioni edilizie, stipulate nell'ambito dei piani di lottizzazione ad iniziativa privata, di cui all'art. 28 della l. 17 agosto 1942 n. 1150 (nel testo modificato dalla l. 6 agosto 1967 n. 765), pur avendo natura contrattuale, con effetti vincolanti anche nei confronti del comune, non escludono, né interferiscono sulla potestà pubblicistica di quest'ultimo in materia di disciplina dell'assetto del territorio e di regolamentazione urbanistica. Pertanto, è ammissibile il rifiuto della licenza o concessione edilizia da parte dell'autorità comunale, nonostante l'impegno assunto con detta convenzione, tanto nel caso in cui tale rifiuto derivi dall'esercizio del potere autoritativo di revoca dell'approvazione del piano o di modifica dello strumento urbanistico primario, in relazione a nuove valutazioni od esigenze sopravvenute, quanto nel caso in cui derivi da scelte discrezionali in relazione ad interessi pubblici (di igiene, estetica, funzionalità etc.), non coinvolti dai patti della convenzione stessa e dai criteri edificatori con essi stabiliti.”

Il Collegio ritiene di dovere riaffermare il principio per cui la potestà immanente di autotutela spettante alla pubblica amministrazione può risolversi nella rivalutazione di elementi pur non nuovi, in quanto in passato sussistenti, eppure non adeguatamente ponderati al momento dell'adozione delle determinazioni revocate. D'altro canto, si

ribadisce che per pacifica giurisprudenza del Consiglio di Stato è incontestabile “la persistenza, pur nell'ambito di un rapporto convenzionale di lottizzazione, di un potere discrezionale dell'ente pubblico, in presenza del quale la posizione soggettiva del privato non può configurarsi altrimenti che in termini di interesse legittimo” (Consiglio Stato, sez. IV, 04 maggio 2010, n. 2568).

In proposito il Collegio rimarca che la domanda di indennizzo presuppone e trova fondamento nell'avvenuto riconoscimento della legittimità del provvedimento di revoca, dal quale scaturisce comunque un'obbligazione indennitaria da atto lecito a carico dell'Amministrazione, a norma di quanto disposto dall'art. 21-quinquies, l. 7 agosto 1990 n. 241, che prevede l'obbligo per la stessa di provvedere all'indennizzo dei pregiudizi in danno sofferti dai soggetti direttamente interessati dal provvedimento, senza che al fine del sorgere dell'obbligazione indennitaria occorra la dimostrazione della sua colpevolezza. Si è in particolare evidenziato in passato che *“l'indennizzo spettante al soggetto direttamente pregiudicato dalla revoca di un provvedimento va circoscritto al danno emergente, come espressamente stabilito nel comma 1-bis dell'art. 21-quinquies della l. 8 agosto 1990 n. 241, ma nel danno emergente debbono essere ricomprese le spese di partecipazione alla procedura per lesione della pretesa a non essere coinvolto in trattative inutili”* (Consiglio Stato, sez. V, 06 ottobre 2010, n. 7334). La circostanza che la parte non abbia compiutamente elencato le “voci” del pregiudizio subito non appare possa condurre al rigetto della domanda, trattandosi di elementi che, ove storicamente comprovati, possono costituire oggetto di dimostrazione anche in corso di giudizio ed in ordine ai quali, comunque, l'appellante non è venuto meno agli oneri di indicazione, chiarendo le “voci” delle spese sostenute. E d'altro canto, attraverso una sorta di progressiva neutralizzazione di ogni profilo colposo e di tendenziale oggettivizzazione della rilevanza del danno, il modello indennitario tratteggiato dall'art. 21-quinquies, l. n. 241 del 1990 delinea una fattispecie (riconducibile al modello dogmatico della responsabilità da atto lecito dannoso) in cui l'atto di revoca rileva di per sé quale fattore cui conseguono risvolti patrimoniali a carico della p.a. in relazione agli eventuali pregiudizi che dovessero verificarsi a carico degli amministrati, al di fuori non solo di qualsivoglia profilo di illegittimità intrinseca del provvedimento, ma anche indipendentemente da ogni concreto profilo dei canoni comportamentali di correttezza, buona fede e di tutela dell'affidamento, di guisa che non sarebbe corretto applicare al predetto petitum i canoni vigenti enucleati dalla giurisprudenza in merito alla dimostrazione del danno subito relativamente alle pretese di natura risarcitoria.

Il Collegio ritiene di dovere accogliere la domanda di liquidazione dell'indennizzo discendente dal ritiro della stipulata convenzione di lottizzazione, rapportandolo al danno emergente da questi subito, da determinarsi in contraddittorio tra le parti (*"in sede di quantificazione del danno il giudice amministrativo, in assenza di opposizione delle parti, può applicare d'ufficio la norma di cui all'art. 34, comma 4, d.lgs. n. 104/2010"*) entro il termine di giorni 90 dalla pubblicazione della presente decisione. Tale indennizzo dovrà essere quantificato tenendo conto di tutte le spese affrontate dal privato in epoca antecedente alla revoca (e successive alla stipula della convenzione) adeguatamente documentate, ivi compresi gli eventuali oneri di progettazione sostenuti, le eventuali opere edilizie già erette, le eventuali penali sopportate in ipotesi di avvenuta stipula di contratti preliminari con futuri acquirenti delle villette, ma anche di quelle che, sebbene antecedenti alla stipula della convenzione predetta siano finalisticamente riconducibili alla medesima (eventuali spese di consulenza legale, compenso per la stipulazione del rogito, etc...). Tutte le questioni che dovessero insorgere nella fase di conformazione alla presente decisione potranno formare oggetto di incidente di esecuzione e risolte, se del caso, tramite Commissario *ad acta*. La Sezione si riserva, nella sede e con i poteri propri del giudizio di ottemperanza, non solo di provvedere alla liquidazione del predetto indennizzo in caso di mancato accordo sul *quantum* di esso, ma anche di valutare la condotta successivamente tenuta dalle parti ai fini dell'eventuale riconoscimento della risarcibilità degli eventuali danni cagionati dalla omessa tempestiva quantificazione ed erogazione dell'indennizzo medesimo.

○ **T.A.R. Lombardia-Milano, Sez. II, n. 2469/2012.**

Ad avviso del Collegio, la previsione dell'onere di cessione della proprietà di un'area da destinare a standard, correlato al rilascio di un titolo edilizio, configura un accordo integrativo del procedimento riconducibile all'art. 11, l. n. 241/1990.

A conferma di tale conclusione si richiama la giurisprudenza della Corte di Cassazione, la quale qualifica quale accordo ex art. 11, l. n. 241/1990 la convenzione stipulata fra un comune e un privato con la quale quest'ultimo, al fine di conseguire il rilascio di un permesso di costruire, si obblighi ad un "facere" o a determinati adempimenti nei confronti dell'ente pubblico (cfr. Cassazione civile, Sez. Un., 20 aprile 2007, n. 9360). Ad avviso della Cassazione, tale convenzione *"non solo non costituisce un contratto di diritto privato ma neppure ha specifica autonomia e natura di fonte negoziale del regolamento dei contrapposti interessi delle parti stipulanti, configurandosi come atto intermedio del procedimento amministrativo volto al conseguimento del provvedimento finale, e dal quale*

promanano poteri autoritativi della p.a.”. Da tali premesse la Corte di Cassazione deduce, quindi, che le controversie relative a detta convenzione si risolvono in controversie attinenti allo stesso provvedimento concessorio, devolute in quanto tali alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (Cassazione civile, Sez. Un., 20 aprile 1998, n. 4016). Né sussistono, nel caso di specie, problemi di forma, avendo gli atti in questione la forma scritta, così come prescritto dall’art. 11, c. 2, l. n. 241/1990 ed altresì dall’art. 1350 c.c. e 1351 cc. per i contratti preliminari di compravendita immobiliare cui l’accordo in esame è sostanzialmente equiparabile.

Come questa Sezione ha già affermato, laddove, come accade nel caso di specie, gli impegni assunti dai privati con l’amministrazione siano sorretti da un’autonoma fonte negoziale, essi hanno forza di legge tra le parti, così come previsto all’art. 1372 c.c., a prescindere quindi dalla loro doverosità in base alla legge o alle previsioni dello strumento urbanistico. Invero, poiché si verte in tema di diritti disponibili, ben può la parte promittente liberamente assumere impegni patrimoniali a prescindere da un obbligo normativo o, comunque, più onerosi rispetto a quelli astrattamente previsti dalla legge (Tar Lombardia-Milano, sent. n. 2193/2011 e n. 196/2010; cfr. altresì Cons. Stato, sez. V, 29 settembre 1999, n. 1209; Cons. Stato, sez. IV, 28 luglio 2005, n. 4015; 13 luglio 2010, n. 4545). Né, comunque, può ritenersi che la doverosità o meno dell’obbligo di cedere l’area in forza della legge o delle previsioni dello strumento urbanistico incida sulla causa del contratto, attenendo piuttosto ai motivi della cessione.

Accertata la sussistenza, in capo alla resistente, dell’obbligo giuridico di cedere a titolo gratuito la proprietà dell’area in questione ed essendo pacifico l’inadempimento della società resistente, sussistono i presupposti richiesti all’art. 2932 del codice civile affinché il giudice possa pronunciare una sentenza di carattere costitutivo, che produca gli effetti del contratto non concluso.

○ **C.d.S., Sez. IV, n. 4321/2012.**

Il carattere conformativo dei vincoli non dipende dalla collocazione degli stessi in una specifica categoria di strumenti urbanistici, ma soltanto dai requisiti oggettivi, di natura e struttura, dei vincoli stessi, ricorrendo in particolare tale carattere ove siano inquadrabili nella zonizzazione dell’intero territorio comunale o di parte di esso, sì da incidere su di una generalità di beni, nei confronti di una pluralità indifferenziata di soggetti, in funzione della destinazione dell’intera zona in cui i beni ricadono ed in ragione delle sue caratteristiche intrinseche o del rapporto, per lo più spaziale, con un’opera pubblica; di contro, se il vincolo

incide su beni determinati, in funzione non già di una generale destinazione di zona ma della localizzazione di un'opera pubblica, la cui realizzazione non può coesistere con la proprietà privata, deve essere qualificato come preordinato alla relativa espropriazione..... Passando alla porzione di suoli di proprietà dell'odierna appellata, i quali sono stati assoggettati a "verde privato" con obbligo di corresponsione di "contributo straordinario", secondo la previsione di quest'ultimo istituto contenuta nell'art. 20 delle N.T.A, il Collegio ritiene di dover osservare che: *"È proprio la natura "facoltativa" degli istituti perequativi de quibus, nel senso che la loro applicazione è rimessa a una libera scelta degli interessati, a escludere che negli stessi possa ravvisarsi una forzosa ablazione della proprietà nonché, nel caso del contributo straordinario, che si tratti di prestazione patrimoniale imposta in violazione della riserva di legge ex art. 23 Cost.. Dalle considerazioni fin qui svolte risulta anche alquanto ridimensionata l'ulteriore questione di quali siano le specifiche disposizioni di legge (nazionale o regionale) individuabili quale "copertura" legislativa delle prescrizioni urbanistiche oggetto del presente contenzioso: si è visto, infatti, che queste ultime trovano il proprio fondamento in principi ben radicati nel nostro ordinamento, con riguardo da un lato al potere pianificatorio e di governo del territorio (quale disciplinato dalla legislazione urbanistica fin dalla legge 17 agosto 1942, nr. 1150) e dall'altro alla facoltà di stipulare accordi sostitutivi di provvedimenti"*.

○ **C.d.S., Sez. IV, n. 351/2013.**

Ai sensi dell'art. 1341 del codice civile non può ravvisarsi la nozione di "contraente debole" in una impresa che liberamente stipula con l'amministrazione una convenzione di lottizzazione. Merita accoglimento l'eccezione secondo la quale le clausole convenute nella convenzione urbanistica, in quanto aggiuntive rispetto agli oneri di urbanizzazione riferiti ad opere e servizi menzionati dalla normativa, non sarebbero consentite e di conseguenza nulle?

A tal proposito, sebbene possa dirsi ormai definitivamente superato l'orientamento giurisprudenziale, fondato su affermazioni di natura presuntiva, secondo il quale *"l'operato della pubblica amministrazione è diretto a perseguire interessi di tipo generale ed è caratterizzato da imparzialità e giustizia, non essendovi pertanto la necessità di tutelare il contraente debole la clausola negoziale compromissoria inerente una disciplinare di concessione non è disciplinata dall'art. 1341 c.c."* (T.A.R. Lombardia Milano, Sez. III, 11-03-2003, n. 432), non può certamente ravvisarsi la nozione di "contraente debole" in una impresa che liberamente stipula con l'amministrazione una convenzione di lottizzazione

dalla quale ricava consistenti benefici. Quanto a quest'ultimo profilo può richiamarsi un breve passaggio motivazionale contenuto in una recente decisione della Sezione (n. 2040/2011) che il Collegio condivide pienamente e che ben si attaglia alla fattispecie in esame, essendosi ivi precisato che “la giurisprudenza si è oramai orientata nell'affermare, all'interno delle convenzioni di urbanizzazione, la prevalenza del profilo della libera negoziazione. Infatti, si è affermato (Consiglio di Stato, sez. V, 10 gennaio 2003, n. 33; Consiglio di Stato, sez. IV, 28 luglio 2005, n. 4015) che, sebbene sia innegabile che la convenzione di lottizzazione, a causa dei profili di stampo giuspubblicistico che si accompagnano allo strumento dichiaratamente contrattuale, rappresenti un istituto di complessa ricostruzione, non può negarsi che in esso si assista all'incontro di volontà delle parti contraenti nell'esercizio dell'autonomia negoziale retta dal codice civile. La detta ricostruzione assume particolare valenza quando, come nel caso in specie, si assuma che alcuni dei contenuti dell'accordo vengono imposti dalla pubblica amministrazione in termini non modificabili dal privato, visto che, anche in questo caso, ciò non esclude che la parte che abbia sottoscritto la convenzione, conoscendone il contenuto, abbia inteso aderirvi restandone vincolata, salvo il ricorso agli strumenti di tutela in caso di invalidità del contratto. Ne deriva che l'argomento sostenuto nel ricorso in primo grado, ossia che le clausole convenute, in quanto aggiuntive rispetto agli oneri di urbanizzazione riferiti ad opere e servizi menzionati dalla normativa, non siano consentite, con conseguente nullità delle stesse, non può essere sostenuto, trattandosi di determinazione pattizia rimessa alla contrattazione tra i due diversi soggetti coinvolti.”.

Nel giudizio amministrativo la differenza tra la verifica e la consulenza tecnica di ufficio consiste nell'essere la prima un mero accertamento disposto al fine di completare la conoscenza dei fatti che non siano desumibili dalle risultanze documentali, mentre la seconda si estrinseca in una valutazione tecnica di determinate situazioni da utilizzare ai fini della decisione, con una valenza non meramente ricognitiva e circoscritta ad un fatto specifico.”(Cons. Stato, sez. IV, 08-03-2012, n. 1343).

○ **T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. I, n. 165/2013.**

Il rimedio previsto dall'art. 2932 c.c. al fine di ottenere l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto deve ritenersi applicabile non solo nelle ipotesi di contratto preliminare non seguito da quello definitivo, ma anche in qualsiasi altra ipotesi dalla quale sorga l'obbligazione di prestare il consenso per il trasferimento o la

costituzione di un diritto.

Ogni residuo dubbio sulla generale ammissibilità dell'azione costitutiva di cui all'art. 2932 c.c. è stato definitivamente fugato dalla decisione n. 28/2012 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato laddove si afferma che *“(...) il rimedio previsto dall'art. 2932 c.c. al fine di ottenere l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto deve ritenersi applicabile non solo nelle ipotesi di contratto preliminare non seguito da quello definitivo, ma anche in qualsiasi altra ipotesi dalla quale sorga l'obbligazione di prestare il consenso per il trasferimento o la costituzione di un diritto, sia in relazione ad un negozio unilaterale, sia in relazione ad un atto o ad un fatto dai quali detto obbligo possa sorgere ex lege. (...). Non vi è pertanto motivo per ritenere che non possa essere oggetto dell'azione ex art. 2932 c.c. il mancato adempimento da parte del privato dell'obbligo (...) di cessione delle aree indicate, tale adempimento non essendo peraltro mi-nimamente condizionato ad eventuali contrapposti adempimenti da parte del Comune ricorrente. Né può addursi, a fondamento della pretesa inammissibilità dell'azione in questione, la sua asserita natura speciale ed eccezionale, in quanto mista, cognitiva ed esecutiva insieme, derogatoria pertanto della normale separazione tra azione cognitoria e azione esecutiva. Invero, tale natura non la rende incompatibile (né è stata fornita alcuna significativa argomentazione al riguardo) con la struttura del processo amministrativo come delineato dal relativo codice, tanto più che, da un lato, non solo è espressamente prevista un'azione (di ottemperanza), anch'essa caratterizzata dalla coesistenza in capo al giudice di poteri di cognizione ed esecuzione insieme e, d'altro lato, non può neppure sostenersi la tesi di un'eventuale “tipicità” delle azioni proponibili nel processo amministrativo, tipicità che sarebbe in stridente ed inammissibile contrasto, oltre che con i fondamentali principi di pienezza ed effettività della tutela, ex art. 1 c.p.a., con la stessa previsione dell'art. 24 della Costituzione”*.

○ **Adunanza Plenaria C.d.S. n. 28/2012.**

L'Adunanza plenaria afferma il seguente principio di diritto: *“Rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la controversia concernente l'osservanza degli obblighi assunti dal privato nei confronti dell'ente locale, in connessione con l'assegnazione di aree comprese in un piano di zona, volti alla realizzazione di opere di urbanizzazione ed alla cessione gratuita all'ente delle aree stradali e dei servizi. In tale ambito è esperibile dinanzi a detto giudice l'azione di cui all'art. 2932 c.c.”*.