

24. Co-autore. Casi e questioni di diritto privato per la pratica forense di Bessone M., "Contratti della pubblica amministrazione Convenzioni urbanistiche, sopravvenuta impossibilità di edificazione e difetto funzionale della causa del contratto", Giuffrè, Milano 1995, 324.

11. Contratti della pubblica amministrazione Convenzioni urbanistiche, sopravvenuta impossibilità di edificazione e difetto funzionale della causa del contratto, a cura di T. GALLETTO

1. Il caso

Si consideri la seguente vicenda.

Nell'ambito di una convenzione urbanistica la parte privata si era impegnata alla cessione gratuita di un terreno ed al pagamento di una somma di denaro quale corrispettivo dell'impegno della controparte pubblica (comune) di approvare un piano di lottizzazione che consentisse lo sfruttamento a scopo edificatorio di terreni appartenenti alla parte privata; per effetto della sopravvenienza di nuovi strumenti urbanistici si determinava la sopravvenuta impossibilità per il Comune di adempiere gli obblighi dello stesso assunti con la convenzione urbanistica, ma l'amministrazione pretendeva comunque l'adempimento del privato, sostenendo che l'intervenuta approvazione del piano di lottizzazione, ancorché quest'ultimo non fosse più concretamente realizzabile, fosse sufficiente a concretare l'obbligo per il privato di adempiere.

Il privato reagiva alla pretesa del comune sostenendo che l'obbligo da lui assunto era venuto meno, essendo sopravvenuto il difetto funzionale della causa del negozio bilaterale, che legittimava la dichiarazione di automatica risoluzione del contratto.

La Suprema Corte, dopo aver ripercorso i tratti fondamentali che connotano la materia degli accordi fra privati e p.a. nell'ambito urbanistico, ha confermato le statuizioni di merito che accoglievano le tesi del privato (Cass. Sez. 1, 30 gennaio 1985, n. 580, in *Riv. giur. edil.*, 1985, 1, 426 ss.).

2. Le questioni

Casi consimili necessariamente coinvolgono l'esame di delicate questioni, fra le quali si segnalano:

- a) l'individuazione della natura giuridica delle convenzioni urbanistiche stipulate dai privati con le pubbliche amministrazioni (in genere, comuni);
- b) i limiti dell'autonomia delle parti contraenti una convenzione urbanistica, con particolare riferimento alla deducibilità nel sinallagma negoziale dell'esercizio della pubblica funzione;
- c) i rimedi accordati dall'ordinamento alle parti contraenti in ipotesi di inadempimento delle convenzioni urbanistiche.

3. La natura giuridica delle convenzioni urbanistiche

Per quanto concerne l'indagine sulla natura giuridica delle convenzioni urbanistiche occorre subito rilevare che la letteratura sull'argomento offre un panorama di opinioni assai variegato, di complessa decodificazione.

Le soluzioni alle quali sono pervenuti gli autori che hanno indagato il tema sono disomogenee e spesso antitetiche: il quadro complessivo che ne risulta largamente connotato di ambiguità. (11 panorama dei più significativi contributi oggetto del volume «Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati» (a cura di) M. Costantino. In argomento è altresì molto utile la sintesi contenuta in A. GAMBARO, *La proprietà edilizia*, in *Trattato Rescigno*, 539 ss.; oggi la materia trova una esauriente trattazione nel volume di A. CANDIAN - A. GAMBARO, *Le convenzioni urbanistiche*, (Milano, 1992).

La giurisprudenza, per parte sua, rivela un approccio pragmatico che conduce a soluzioni sostanzialmente omogenee, seppure non completamente appaganti. In particolare, la S.C. assegna natura contrattuale alle convenzioni urbanistiche, affermando l'astratta compatibilità fra strumento contrattuale ed oggetto pubblico, evidenziando peraltro con chiarezza che proprio in ragione dell'incidenza del contratto sulla potestà pubblicistica (e perciò indisponibile) del Comune si tratterebbe di contratti di natura peculiare, la cui disciplina condizionata dalla connotazione pubblicistica di uno dei contraenti (in questo senso cfr. Cass., Sez. Un., 19 aprile 1984, n. 2567, in *Riv. giur. edil.*, 1985, 1, 448).

Le norme di diritto positivo che si occupano di convenzioni urbanistiche sono di tipo contenutistico e non definitorio, nel senso che in esse è dato rinvenire il contenuto essenziale delle convenzioni che debbono essere stipulate, senza peraltro che tali previsioni siano accompagnate da una precisa definizione e collocazione dello strumento giuridico che viene indicato allo scopo.

L'incertezza che connota ogni tentativo di qualificazione delle convenzioni urbanistiche emerge del resto con evidenza dall'esame della letteratura in materia. Qui si assiste ad un singolare fenomeno: i cultori di diritto amministrativo tendono a privilegiare la natura contrattuale delle convenzioni (in questo senso v. M. NIGRO, *Convenzioni urbanistiche e rapporti fra privati*, in *Convenzioni*, op. cit., 33 ss.), mentre i civilisti avvertono disagio ad avallare tale soluzione (in particolare la posizione di GAMBARO, op. cit., 541, è più sfumata, mentre CARRESI, *Il contratto*, Milano, 1987, esclude decisamente l'applicabilità della disciplina contrattuale alle convenzioni urbanistiche).

Qualora il piano dell'indagine si sviluppi attraverso l'esame degli elementi strutturali del negozio, diventa peraltro difficile negare che la convenzione urbanistica conclusa tra un privato ed un comune abbia le caratteristiche del contratto bilaterale.

4. Limiti all'autonomia delle parti contraenti, con particolare riferimento all'esercizio della pubblica funzione di pianificazione territoriale.

La sostanziale riconduzione in schemi privatistici dei rapporti convenzionali in materia urbanistica non impedisce che particolari regole operino in ipotesi in cui l'autorità comunale, pur in presenza di un piano di lottizzazione convenzionata approvato ed in corso di esecuzione, ritenga di fare uso della propria potestà pubblicistica in ordine all'assetto del territorio ed alla regolamentazione dell'attività urbanistica.

In questo caso dottrina e giurisprudenza concordano nel ritenere che la P.A. abbia la facoltà, a fronte di sopravvenute esigenze pubbliche ovvero nel riesaminare i criteri di valutazione dell'assetto urbanistico del territorio, di sciogliersi unilateralmente dai vincoli contrattuali derivanti dalla stipulazione della convenzione di lottizzazione, sia mediante la revoca dei provvedimenti di approvazione del piano di lottizzazione, sia mediante la revoca dei provvedimenti di approvazione del piano di lottizzazione sia attraverso la adozione di nuovi strumenti urbanistici sopraordinati al piano di lottizzazione che modifichino (o addirittura escludano) la realizzazione delle opere in esso previste.

La posizione del privato lottizzante, che è di diritto soggettivo perfetto sino a che persista il vincolo contrattuale con la P.A., destinata in questo caso ad affievolirsi in mero interesse legittimo, azionabile davanti al giudice amministrativo.

La giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria risulta allora circoscritta alle ipotesi nelle quali il privato, in caso di esercizio del potere con il quale la P.A. è legittimata a sciogliersi dal vincolo contrattuale, agisca per sottrarsi agli ulteriori obblighi contrattuali che gli incombessero, ovvero per ottenere dalla P.A. la ripetizione dell'indebito (sul punto v. Cass., Sez. Un., 25 luglio 1980, n. 4833). Si ritiene infatti che il sinallagma negoziale derivante dalla convenzione di lottizzazione sia assunto dalla P.A. *rebus sic stantibus*, con riferimento all'assetto del territorio esistente all'atto della stipula della convenzione, e che quindi l'esercizio dei poteri pubblicistici (per definizione indisponibili) consente alla P.A. di incidere sullo stesso contenuto della situazione soggettiva spettante al privato (in questo caso v. recentemente Cass. Sez. Un., 19 aprile 1984, n. 2567, cit.).

Con particolare riferimento all'ipotesi della sopravvenienza di nuove regole urbanistiche, impeditive del rispetto da parte della P.A. del vincolo risultante dalle obbligazioni assunte con la convenzione urbanistica è di rilevante importanza l'orientamento assunto dalla Suprema Corte nel caso qui commentato.

La motivazione della menzionata sentenza si articola nelle seguenti principali argomentazioni:

La convenzione con la quale un privato cede gratuitamente un terreno al Comune e assume l'obbligo di pagare un contributo al fine di consentire al Comune stesso la realizzazione di opere di urbanizzazione, per ottenere la licenza edilizia per fabbricati da costruirsi su suoli

contigui, in relazione al disposto dell'art. 10, ⁵⁰ comma, della legge 6 agosto 1967, n. 765, integra un negozio giuridico bilaterale costitutivo dell'obbligo dell'ente territoriale di rilasciare la detta licenza e, correlativamente, in caso di inadempienza, del diritto del privato di conseguire il risarcimento dei danni a titolo di illecito contrattuale (sent. 11 marzo 1980, n. 1614).

E pur vero che la mancata concessione della licenza può ricollegarsi all'esercizio, da parte del Comune, di una potestà amministrativa discrezionale, attuato mediante una variazione o modificazione dei programmi urbanistici, la quale risulti ostativa all'esecuzione dell'obbligo assunto, ma proprio in relazione a questa fattispecie è stato affermato che l'esercizio di tale potestà da un lato libera il Comune dal vincolo contrattuale assunto e, dall'altro, degrada a mero interesse legittimo i diritti soggettivi del privato (sent. delle Sez. Un. 25 luglio 1980, n. 4833; 12 giugno 1982, n. 3541; 6 aprile 1983, n. 2433; 26 febbraio 1984, n. 1157 e 19 aprile 1984, n. 2567); laddove è chiaro che, in tal caso, al privato resta preclusa la possibilità di esperire, davanti al giudice ordinario, una qualunque azione contrattuale (per ottenere l'adempimento dell'obbligo assunto dal Comune) o extracontrattuale (per ottenere il risarcimento del danno).

Nel caso concreto, però, il privato non ha esercitato alcuna delle predette azioni, ma ha semplicemente agito per ottenere la dichiarazione di illegittimità dell'ingiunzione notificatagli dal Comune, in base al rilievo che l'obbligo da lui assunto (di contribuire con l'esborso di denaro alla realizzazione delle opere di urbanizzazione) era venuto meno, essendo sopravvenuto il difetto funzionale della causa del negozio bilaterale. E tale azione è pienamente ammissibile, sia che venga proposta come azione di accertamento negativo, sia che venga proposta per paralizzare la pretesa dell'ente territoriale di ottenere, dal privato, l'adempimento di un obbligo rimasto senza causa.

Ora, di fronte all'azione del privato, il Comune si difende sostenendo che la causa del negozio non era venuta meno, perché il sopravvenuto strumento urbanistico non aveva posto nel nulla la già autorizzata lottizzazione del terreno, ma aveva, semplicemente, precluso la possibilità dello sfruttamento edilizio dello stesso: la causa del negozio, cioè, era l'autorizzazione alla lottizzazione (di fatto concessa e non revocata), mentre la concreta edificazione dei «lotti» costituiva solo il «motivo» del negozio. Ma una siffatta tesi è stata esclusa dai giudici del merito, che, analizzando il negozio dei suoi elementi strutturali, hanno correttamente rilevato che la «causa» di esso consisteva bensì nello scambio delle due prestazioni, ma la prestazione del Comune - secondo il reciproco intendimento delle parti - consisteva non tanto nell'autorizzare una qualunque «lottizzazione», quanto nell'approvare quello specifico piano di lottizzazione che consentiva alla proprietaria lo sfruttamento edilizio del suolo.

In altri termini, nel rapporto causale del negozio entrava non già una qualunque, generica prestazione del Comune, ma quella specifica che dava giustificazione del perché la proprietaria fosse indotta a cedere gratuitamente una parte del terreno e a impegnarsi al

pagamento di somme di danaro.

Così individuato e precisato il contenuto del rapporto sinallagmatico, secondo l'interpretazione della volontà delle parti contraenti effettuata dalla Corte del merito, ne discende, sul piano delle conseguenze giuridiche, che la prestazione specificamente assunta dal Comune è divenuta impossibile per effetto della sopravvenienza del nuovo strumento urbanistico che ha precluso la possibilità *dell'edificazione* di quei suoli. E se da un lato non vi è dubbio che il Comune ha agito nell'ambito della legalità, allorché ha esercitato una potestà riconosciutagli dall'ordinamento, non meno indubbio, dall'altro, è il fatto che la derivata impossibilità della prestazione (rilascio delle licenze edilizie), da parte ditale soggetto, ha integrato la fattispecie del «*difetto funzionale* (sopravvenuto) della causa del negozio» che legittima, appunto, la domanda del privato diretta, in definitiva, a ottenere la dichiarazione di automatica risoluzione del contratto. È noto, infatti, che il difetto sopravvenuto dalla causa del negozio si verifica (anche) nell'ipotesi in cui una delle due prestazioni sia divenuta impossibile dopo la stipulazione.

Come emerge dalla lettura del brano della sentenza sopra riportato, le vicende del vincolo contrattuale che si pone in essere mediante la stipula di una convenzione di lottizzazione possono essere peraltro peculiari, in quanto i diritti soggettivi che al privato conseguono dalla convenzione sono naturalmente condizionali al mancato esercizio da parte dell'ente pubblico della propria potestà discrezionale, capace di incidere sullo stesso contenuto della situazione giuridica soggettiva spettante al privato.

Comunque la collocazione sistematica delle convenzioni urbanistiche nell'ambito del contratto - sia pure con la particolarità che connotano le convenzioni - non sembra efficacemente contrastata dalle pur autorevoli opinioni contrarie.

Il diritto vivente, al quale occorre far riferimento ove si voglia offrire una soluzione capace di resistere nelle aule giudiziarie, ha da tempo riconosciuto il carattere contrattuale delle convenzioni urbanistiche, ed in particolare della convenzione di lottizzazione. Di questa circostanza occorre tenere debito conto, anche se non può essere sottaciuta la rilevanza delle diverse opinioni espresse della dottrina civilistica, alle quali si è fatto cenno in precedenza.

In conclusione può tuttavia affermarsi che - pur essendovi ancora molto da indagare - nell'attuale quadro delle opinioni espresse da dottrina e giurisprudenza la proposta di collocazione sistematica delle convenzioni urbanistiche nell'ambito della disciplina contrattuale appare la più aderente alla prassi.

In questa prospettiva trova coerente collocazione l'orientamento assunto dalla Suprema Corte nella soluzione del caso in esame, che può essere riguardato quale vero e proprio *leading case* in argomento.

5. I rimedi nell'ipotesi di inadempimento delle convenzioni urbanistiche

Un profilo che merita particolare attenzione è quello della individuazione degli strumenti di tutela offerti dall'ordinamento nell'ipotesi in cui il privato sia inadempiente rispetto agli obblighi da esso assunti con la convenzione urbanistica (ad esempio di realizzare opere di urbanizzazione).

In questa ipotesi l'intreccio di regole proprie del diritto amministrativo e del diritto civile è più marcato e necessita di un approfondimento.

Si discute, infatti, se il comune possa ottenere l'adempimento degli obblighi assunti dal privato con la convenzione urbanistica, attraverso l'emanazione di atti autoritativi.

Ferma l'applicabilità - ove ne ricorrano i presupposti - delle ordinarie sanzioni per violazione delle norme urbanistiche (alle quali possono conseguire anche sanzioni penali), si tende ad escludere che il comune possa agire anche in via di autotutela amministrativa, anche in ragione della natura sostanzialmente pattizia che viene attribuita alle convenzioni urbanistiche, e della conseguente difficoltà di riconoscere - in tale prospettiva - la permanenza di poteri autoritativi in capo al comune.

Tale affermazione di principio deve essere peraltro temperata avuto riguardo al contenuto particolare delle singole convenzioni urbanistiche, e, più precisamente, di lottizzazione.

Deve infatti essere rilevato che nella maggior parte delle convenzioni di lottizzazione viene esplicitamente previsto che in caso di inadempimento del privato nella esecuzione delle opere previste il comune possa sostituirsi al privato inadempiente, avvalendosi, per ottenere il rimborso delle spese affrontate, delle garanzie fideiussorie prestate dai privati ai sensi dell'art. 8, l. 765/1967.

Pertanto, nell'ipotesi in cui le garanzie finanziarie siano sufficienti a coprire i costi delle opere, il comune ha a disposizione strumenti di tutela diversi e più agevoli di quelli offertigli dal ricorso alla via giudiziaria. Al giudice civile, invece, il comune sarà costretto a ricorrere ogni qual volta le garanzie finanziarie non siano sufficienti a coprire il costo effettivo delle opere, e ciò allo scopo o di ottenere il rimborso delle spese eccedenti la garanzia finanziaria, o di ottenere la condanna giudiziale del proprietario lottizzatore o del concessionario all'esecuzione diretta delle opere: la scelta tra queste due possibilità dipenderà in gran parte - oltre che dalle disponibilità finanziarie del comune - dell'entità dello scarto esistente tra ammontare delle garanzie finanziarie ed entità delle spese necessarie per eseguire direttamente le opere.

Il ricorso alla tutela dell'autorità giudiziaria ordinaria sarà in ogni caso indispensabile in ipotesi di inadempimento agli obblighi convenzionali di cessione di aree destinate alla realizzazione di opere di urbanizzazione: qui il rimedio potrà consistere nella richiesta di esecuzione in forma specifica degli obblighi inadempiti ai sensi dell'art. 2932 cod. civ.

E interessante notare, ancora, come si stia affermando in giurisprudenza l'opinione che

appare corretta secondo la quale l'assunzione da parte di un privato dell'obbligo di eseguire le opere di urbanizzazione (normalmente nell'ambito di una convenzione di lottizzazione) costituisce una obbligazione *propter rem*, che si trasferisce in capo agli aventi causa per effetto della trascrizione della convenzione, obbligatoria per legge (in questo senso v. Cass. 26 novembre 1988, n. 6382, in *Riv. giur. edil.*, 1989, I, 50).

QUESTIONI

1. La clausola di una convenzione di lottizzazione con la quale un privato si obblighi a cedere gratuitamente al comune un piano di un realizzando edificio (contestualmente destinato a scuola materna, in virtù della medesima clausola) integra un'invalida promessa di donazione di bene futuro ovvero costituisce valida manifestazione di autonomia negoziale?

[Cass. 14 luglio 1989, n. 3322, in *Foro it.*, 1991, I, 604].

2. L'impegno assunto da un privato mediante atto unilaterale d'obbligo di eseguire opere di urbanizzazione su area di sua proprietà e di cederle al Comune integra una promessa unilaterale non vincolante perché non conforme al modello di cui all'art. 1987 cod. civ., ovvero pone in essere una valida obbligazione coercibile su iniziativa del Comune?

[Cass. 14 settembre 1991, n. 9597, in *Riv. giur. edil.*, 1992, I, 293].

3. Rientra nella giurisdizione del giudice ordinario la cognizione delle questioni attinenti ad obblighi assunti dal Comune nei confronti del privato nell'ambito di una convenzione urbanistica, avente ad oggetto l'esecuzione di opere di urbanizzazione, purché il vincolo contrattuale non sia divenuto efficace?

[Cass., Sez. Unite, 18 ottobre 1991, n. 11034, in *Foro it.*, 1992, I, 2177].