



PROFILI DELLE CONVENZIONI DI LOTTIZZAZIONE NEL QUADRO DELL'AMMINISTRAZIONE PER ACCORDI

RENATO MARTUSCELLI

SOMMARIO: 1. - I moduli consensuali come strumenti alternativi all'esercizio di poteri autoritativi e le convenzioni di lottizzazione. – 2. Applicabilità dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990. – 3. Il principio di legalità. – 4. . La trascrizione. – 5. La tutela giurisdizionale. – 6. La legislazione regionale.

1. Nella materia urbanistica ha trovato il proprio terreno di coltura il modello dell'amministrazione per accordi ¹.

Quello dei moduli convenzionali in urbanistica – o, più semplicemente, delle convenzioni urbanistiche – è un tema di grande interesse, perché, oltre a presentare una indiscutibile rilevanza pratica e un notevole interesse storico, in quanto investe l'evoluzione del concetto stesso della proprietà fondiaria e dei poteri pubblici di conformazione della stessa, è un argomento trasversale, che spazia dal diritto amministrativo, al diritto privato, al diritto processuale, sotto l'aspetto, in particolare, del riparto delle giurisdizioni².

La materia urbanistica ha tradizionalmente costituito – e costituisce tuttora – il laboratorio nel quale si sperimenta il nuovo modo di amministrare: non più – o non

¹ L'ambito in cui il principio partecipativo in diritto amministrativo ha trovato la sua più ampia attuazione è costituito dal procedimento amministrativo. Resta fondamentale l'opera di A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940. Più recentemente, cfr. AA.VV., *La disciplina generale del procedimento amministrativo*, Atti del XXXII Convegno di studi di scienza dell'Amministrazione, Varenna, 16-18 settembre 1986, Milano, 1989; F. TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra riforme legislative e trasformazioni dell'Amministrazione*, Atti del Convegno Messina-Taormina 25-26 febbraio 1988, Milano, 1990.

Sulla partecipazione cfr. G. BARONE, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milano 1969; M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002; R. CARANTA – L. FERRARIS – S. RODRIGUEZ, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 2005; G. VIRGA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 1998; M. SANINO, *Procedimento amministrativo e attività contrattuale della Pubblica amministrazione*, Torino, 2003.

² Cfr. V. MAZZARELLI, *Convenzioni urbanistiche*, Bologna, 1979; ID., *Convenzioni urbanistiche*, in *Enc. Dir.*, V° aggiornamento, Milano, 2001, p. 294 ss.; A. CANDIAN e A. GAMBARO, *Le convenzioni urbanistiche*, Milano, 1992; M. COSTANTINO (a cura di), *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, Milano, 1978; P. URBANI – S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Amministrazione e privati nella pianificazione urbanistica. Nuovi moduli convenzionali*, Torino, 1995; ID., *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Torino, 2004.



solo – per provvedimenti autoritativi ma con accordi tra amministrazione e privati, con i quali viene definito il contenuto dell'azione amministrativa.

Il modello dell'amministrazione per accordi può essere fatto risalire proprio alle convenzioni di lottizzazione, che ne costituiscono l'esempio più antico e più diffuso, conosciuto fin dall'800 (il piano di Haussmann, che incluse per la prima volta in una previsione pianificatoria le opere di urbanizzazione), la cui rilevanza è andata crescendo dopo le modificazioni introdotte con l'art. 8 della legge 6 agosto 1967, n. 765 all'art. 28 della legge urbanistica del 1942. L'equiparazione – così operata - del piano di lottizzazione al piano particolareggiato ne ha prodotto la trasformazione in vero e proprio strumento urbanistico; di qui l'importanza della convenzione che, nella sostanza, costituisce lo stesso piano di lottizzazione.

Il modello convenzionale, dopo aver fatto ingresso nella legislazione urbanistica con la legge n. 765 del 1967 (appunto sotto forma di convenzione di lottizzazione), è stato poi ampiamente utilizzato dalla normativa che a tale legge ha fatto seguito.

Può farsi riferimento, in particolare, alla legge 22 ottobre 1971, n. 865, dove sono previste convenzioni per la realizzazione dei Piani per Insediamenti Produttivi e sono disciplinate le convenzioni per la realizzazione dei Piani di Zona di Edilizia Economico-Popolare di cui alla legge n. 167 del 18 aprile 1962;

Può poi ricordarsi la legge 28 gennaio 1977, n. 10, sull'edificabilità dei suoli (cosiddetta "legge Bucalossi") ed, in particolare: agli artt. 7 e 8, che disciplinano gli interventi di edilizia abitativa convenzionati con il Comune secondo una convenzione-tipo approvata dalla Regione; all'art. 9, in materia di interventi di restauro, risanamento conservativo e di ristrutturazione, anche in questo caso a fronte dell'impegno di praticare prezzi di vendita e canoni di locazione concordati con il Comune; all'art. 11, ove è consentito al privato di impegnarsi a realizzare direttamente le opere di urbanizzazione con le modalità e garanzie stabilite dal Comune, scomputando i relativi costi dagli oneri di urbanizzazione altrimenti dovuti ex art.5 della stessa legge.

Si rinviene, ancora, la legge 5 agosto 1978, n. 457, dove all'art. 27 sono disciplinati gli interventi di restauro e di ristrutturazione edilizia convenzionati con il Comune, anche in questa ipotesi con particolare riferimento ai prezzi di cessione o di locazione degli alloggi ed alla partecipazione agli oneri di urbanizzazione.

Altresì, la legge 28 febbraio 1985, n. 47, meglio nota come legge sul condono edilizio, all'art. 29 prevede forme di convenzionamento fra Comune e privati per il recupero di insediamenti abusivi esistenti alla data del 1° ottobre 1983.

Ed ancora, il modello convenzionale è stato impiegato dal legislatore nell'art. 18 del T.U. Edilizia (d.P.R. n. 380/2001), laddove si disciplina la materia della convenzione tipo, approvata dalla Regione, con la quale, ai fini della concessione relativa agli interventi di edilizia abitativa di cui al precedente articolo 7, sono stabiliti i criteri nonché i parametri, definiti con meccanismi tabellari per classi di comuni, ai



quali debbono uniformarsi le convenzioni comunali nonché gli atti di obbligo in ordine ai profili ivi indicati.

Le convenzioni e accordi amministrativi rappresentano una fenomenologia giuridica non solo italiana, considerati i *contrats administratifs* dell'esperienza francese, i *verwaltungrechtliche Verträge* dell'esperienza tedesca, i *public contracts* e i *government contracts* dell'esperienza inglese e statunitense.

E' ovvio che l'amministrazione concordata o negoziata, nella quale cioè la p.A. si pone come soggetto posto non in posizione di supremazia, ma piuttosto collocato nell'ambito di rapporti di equiordinazione con il privato³, ha determinato pure un intreccio tra branche dell'ordinamento ritenute tradizionalmente separate, nel quale si assiste alla trasposizione nel campo pubblicistico di strumenti propri di quello privatistico, con il curioso fenomeno di vedere rivitalizzato quell'istituto contrattuale che nel suo terreno di originaria elezione è considerato da tempo in crisi. Di qui la dottrinale ammissione⁴ di un rinnovato pan contrattualismo: laddove però il contratto, che peraltro assume in diritto pubblico diverse sinonimiche denominazioni, trova nuovi terreni di elezione in ambiti ordinamentali ad esso inizialmente non consoni, cosa che ineluttabilmente incide sulla sua stessa conformazione, sulla individuazione della reale natura di detta fattispecie - e cioè se essa conservi le caratteristiche proprie del provvedimento amministrativo ovvero assuma i connotati tipici del contratto di stampo civilistico, sia pure utilizzato al fine di amministrare⁵ -, sulla sua disciplina.

Dal punto di vista dogmatico andavano emergendo due distinte linee interpretative circa la natura della fattispecie: quella che continuava a ritenere che nelle convenzioni urbanistiche vi sia un *quid* di negoziale o contrattuale, quella che invece poneva in primo piano gli atti costitutivi dei procedimenti. Passaggio ulteriore è stato quello, oggetto di qui a poco di più ampia trattazione, che ha condotto alla introduzione di modelli precostituiti che si impongono *ex lege* alla successiva

³ Di qui la stessa definizione delle "convenzioni amministrative" quale testo concordato tra una pubblica amministrazione e una controparte contenente la determinazione consensuale di reciproci impegni, assunti mediante la comune sottoscrizione: cfr. G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984, p. 13.

⁴ Cfr. C. DONISI, *commento all'art.1321*, in *Codice Civile*, Napoli, 2^a ed., 1991, p. 259.

⁵ Anche se per alcuni (cfr. V. MAZZARELLI, *Convenzioni e accordi amministrativi - III Convenzioni urbanistiche*, in *Enc. Giur.*, vol. IX, Roma, 1998, p. 1) trattasi di problema da ritenere addirittura insolubile, sono state prospettate ben tre interpretazioni: che le convenzioni siano contratti; che siano negozi non rigorosamente ascrivibili tra i contratti; che siano accordi inseriti in procedure amministrative (altra cosa dunque dai contratti e negozi interprivati). V. sul tema, per tutti, M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative, Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981, p. 100; F. TRIMARCHI BANFI, *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in *Politica dir.*, 1993, p. 237 ss.; F. G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in AA.VV., *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, S. AMOROSINO (a cura di), Milano, 1995, p. 255 ss.



contrattazione, e ciò con riguardo ai molteplici settori in cui si diparte la disciplina urbanistica dell'edilizia abitativa (edilizia economica e popolare, edilizia sociale, appunto le lottizzazioni, riuso dell'edificato sono i principali), con quantificazione sempre più rigorosa degli oneri di urbanizzazione, intesi come una sorta di prestazione corrispettiva rispetto a quella dovuta dall'amministrazione.

Sul piano della regolamentazione della fattispecie, l'enucleazione da parte del legislatore di un preciso regime giuridico delle convenzioni e degli accordi amministrativi ha ridimensionato fortemente il problema susposto della disciplina (ed anche, occorre riconoscerlo, della natura giuridica) degli accordi tra p.A. e cittadini. Si è posta però la questione, di specifico interesse rispetto al tema che ci occupa, dell'applicabilità dell'art. 11 l.cit. alle lottizzazioni convenzionate.

2. Le convenzioni urbanistiche, pur avendo costituito il modello originario dell'amministrazione per accordi, una volta che questa ha trovato una apposita disciplina legislativa nell'art. 11 della l. n. 241 del 1990 (e successive modificazioni), debbono ritenersi assoggettate a tale disciplina generale, salva ovviamente l'applicabilità della normativa (statale e regionale) che le riguardino specificamente⁶.

La riconducibilità delle convenzioni urbanistiche alla categoria degli accordi di cui all'art. 11 della l. n. 241 del 1990 è stata contestata, sul piano del diritto positivo, in relazione a due diverse disposizioni contenute nella legge stessa.

Innanzitutto, è stato sostenuto che, poiché il comma 1 dell'art. 11 prevede la conclusione di accordi nel caso in cui sia già in corso un procedimento nel quale siano state presentate dagli interessati osservazioni e proposte, l'accordo non sarebbe ammissibile allorché - come accade per le convenzioni urbanistiche - un procedimento siffatto non sia stato avviato.

L'assunto non può essere condiviso in quanto la richiamata disposizione si limita a descrivere una modalità procedimentale in funzione del possibile esercizio di un potere dell'amministrazione in relazione al contenuto del provvedimento individuato mediante accordo.

Ma a questa modalità procedimentale non è ragionevolmente attribuibile alcun connotato qualificante e nessuna rilevanza differenziatrice rispetto ad ipotesi in cui l'atto di iniziativa prefiguri già esso il contenuto della determinazione amministrativa che l'istante e destinatario dell'atto è disposto ad accettare.

Essenziale è soltanto che l'accordo assolva la funzione di individuazione convenzionale del contenuto di un provvedimento che l'amministrazione deve emettere a conclusione di un procedimento preordinato all'esercizio di una pubblica

⁶ Cfr. P. URBANI, *Urbanistica consensuale*, Torino, 2000; N. AICARDI, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e caratteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1997, 45; E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, 1996, p. 269 ss.



funzione amministrativa: il che avviene, appunto, nelle convenzioni attraverso le quali gli enti locali esercitano il potere di regolazione dell'attività di trasformazione edilizia del territorio.

L'altra obiezione fa leva sull'art. 13, comma 1, della l. n. 241 del 1990, per il quale "le disposizioni contenute nel presente capo non si applicano nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione".

Sennonché, una corretta interpretazione della disposizione in questione, anche sul piano della coerenza sistematica, induce a ritenere che l'esclusione in essa stabilita si riferisca esclusivamente a provvedimenti di pianificazione generale che siano espressione di scelte politiche, rispetto ai quali appare senz'altro incompatibile il ricorso all'accordo, nel quale tali scelte non possono certamente estrinsecarsi; diverso è il caso delle lottizzazioni o degli altri settori dove le convenzioni urbanistiche sono più frequenti, che costituiscono strumenti di pianificazione di tipo attuativo, aventi carattere servente rispetto alle previsioni dello strumento urbanistico generale e che, pertanto, non implicano scelte politiche di pianificazione.

Del resto, sarebbe privo di fondamento razionale sostenere che, intervenuta la scelta da parte del legislatore di prevedere l'ammissibilità degli accordi e di dettarne la disciplina, da questa siano esclusi proprio quegli accordi (le convenzioni urbanistiche attuative) che avevano determinato l'emersione delle problematiche relative agli accordi e l'esigenza della loro disciplina⁷.

Come si è già accennato, il primo modello legale di convenzione urbanistica è quello introdotto dalla legge n. 765 del 1967 con riferimento alla realizzazione di piani di lottizzazione ad iniziativa di privati. La legislazione successiva al 1967 ha introdotto numerose ipotesi di convenzionamento in materia urbanistica, in settori che, come detto, spaziano dall'edilizia abitativa pubblica alla realizzazione di insediamenti produttivi, all'esecuzione di opere di urbanizzazione al recupero dei centri storici, ove spesso si accentuano i limiti all'autonomia del contraente privato al quale però si attribuisce l'obbligo pattizio di eseguire le opere di urbanizzazione.

Proprio in considerazione del fatto che la convenzione di lottizzazione è da considerare il prototipo delle convenzioni urbanistiche, a tale modello la dottrina ha assegnato particolare attenzione, rilevando *in primis* che il Comune è parte necessaria della convenzione, in qualità di destinatario delle promesse e degli obblighi che il lottizzante si assume con la stipula della convenzione e che gli obblighi assunti dal lottizzante nei confronti del Comune si trasferiscono in capo agli aventi causa dello stesso sotto un duplice profilo: da un lato per effetto della trascrizione obbligatoria della convenzione, da altro lato per effetto della natura di strumento urbanistico

⁷ Cass, Sez. Un., 11 agosto 1997, n. 7452, in *Urban. e app.* 1998, 43, con nota di P.V. SCANDONE; 15 dicembre 2000, n. 1262, *ivi* 2001, 407.



attuativo, alternativo al piano particolareggiato, pacificamente riconosciuta ai piani di lottizzazione convenzionata⁸. Da ciò consegue che, costituendo i piani di lottizzazione la disciplina urbanistica specifica delle aree interessate del piano, anche i successivi acquirenti di lotti facenti parte del perimetro del piano sono obbligati a rispettare le prescrizioni dello stesso.

Si distingue altresì tra contenuto necessario ed eventuale della convenzione lottizzante, individuandosi il primo, ad esempio, nella cessione gratuita in favore del Comune delle aree necessarie alla realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria o nella previsione di congrue garanzie finanziarie per l'adempimento degli obblighi derivanti dalla convenzione, il secondo in clausole di decadenza e di revocabilità con riferimento rispettivamente a gravi inadempienze del lottizzante o al mancato raggiungimento dello scopo nei termini di legge.

La questione che si è posta all'indomani dell'emanazione della legge sul procedimento amministrativo è stata quella di stabilire se l'art. 11 della stessa sia o meno applicabile alle convenzioni lottizzanti, stante la formulazione dell'art. 13, secondo cui le disposizioni contenute nel Capo III (dove compare anche l'art. 11) non si applicano "nei confronti dell'attività della pubblica Amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione".

Ebbene, la dottrina ha avvertito la contraddizione insita in un'interpretazione della norma appena citata che portasse all'esclusione dell'applicabilità del regime speciale *ex art. 11* nei confronti di uno degli istituti storicamente caratterizzati dal consenso del privato, qual è appunto la convenzione di lottizzazione, ora ritenendo che la suddetta disciplina sia applicabile in sede analogica⁹, ora invece opinando che l'art. 13 cit. si riferisca esclusivamente alla pianificazione generale e non anche a quella esecutiva, come la convenzione lottizzativa va considerata, per tale via però ipotizzando un rigido regime di separatezza fra due livelli di pianificazione urbanistica, che la dottrina in realtà¹⁰ disconosce.

La giurisprudenza, dal canto suo, ha mostrato spesso una certa indulgenza alla tentazione di definire la natura giuridica delle convenzioni urbanistiche, proprio con riferimento alle convenzioni di lottizzazione, che non a caso hanno dato la stura alla nota teoria del contratto ad oggetto pubblico.

La tesi sostenuta è nel senso che le convenzioni lottizzanti "sono contratti di natura peculiare, che si inseriscono strettamente nell'ambito di un procedimento amministrativo"¹¹, nel quale le posizioni di diritto soggettivo degradano ad interesse

⁸ Cfr. A. TRAVI, *Piano di lottizzazione e comparti edificatori*, in *Digesto/pubbl*, vol. XI, Torino, 1996, p. 150.

⁹ Cfr. A. CANDIAN – C. GAMBARO, *op. cit.*, p. 127 ss.

¹⁰ Cfr. P. STELLA RICHTER, *Profili funzionali dell'urbanistica*, Milano, 1984, p. 109.

¹¹ Cfr. Cass., Sez. Un., 19 aprile 1984, n. 2567, in *Riv. giur. edil.*, 1984, I, p. 448.



legittimo a fronte della potestà dell'amministrazione di modificare, per sopravvenuti motivi di interesse pubblico, il piano di lottizzazione cui la convenzione accede e ritenendo insussistente l'obbligo del soggetto pubblico di emanare le concessioni edilizie attuative della convenzione stessa. E' stato altresì escluso che soggetto legittimato a chiedere la convenzione sia esclusivamente il proprietario dei suoli da edificare¹², mentre la posizione del privato si ritiene per altro verso meritevole di tutela, prevedendo che la variante di piano che incida sui contenuti della lottizzazione deve fondarsi sulla valutazione comparativa tra il vantaggio urbanistico conseguito e il sacrificio imposto al privato¹³.

L'inevitabile connubio tra aspetti privatistici e pubblicistici ha indotto le Corti a ritenere le convenzioni, superando un precedente orientamento, non parte integrante delle procedure di autorizzazione alle lottizzazioni edilizie, bensì fattispecie avente effetti suoi propri, preceduta da un elemento del procedimento principale denominato "schema di convenzione"; inoltre, in ordine al problema delle cd. sopravvenienze, è opinione del tutto consolidata che le convenzioni di lottizzazione di cui alla l. 6 agosto 1967 n. 765 costituiscano contratti di natura peculiare, che lasciano integra, nonostante eventuali patti contrari, la potestà pubblicistica del Comune in materia di disciplina del territorio e di regolamentazione urbanistica, ivi compresa la facoltà di liberarsi dal vincolo contrattuale alla stregua di esigenze sopravvenute e soprattutto per l'obbligatorio adeguamento a modifiche normative¹⁴.

Ma negli ultimi tempi i giudici hanno espresso una più accentuata sensibilità, che li spinge, conformemente ai nuovi orientamenti del legislatore, ad assicurare maggiore tutela al privato nei confronti del Comune.

Innanzitutto la Corte regolatrice a sezioni unite è stata recentemente dell'avviso che le convenzioni di lottizzazione costituiscano strumenti di pianificazione di tipo attuativo del PRG e non atti di pianificazione generale, hanno natura di «accordi sostitutivi del provvedimento» disciplinati dall'art. 11 l. n. 241 del 1990 e le relative controversie rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo¹⁵, ivi compresa, precisa la giurisprudenza di merito, quella che afferisce alla domanda di esecuzione specifica ex art. 2932 c.c. di obblighi scaturenti da una convenzione di lottizzazione¹⁶.

¹² Cfr. C. Stato, sez. V, 22 dicembre 1982, n. 203, in *Cons. Stato*, 1983, I, p. 726.

¹³ Cfr. C. Stato, sez. IV, 27 giugno 1984, n. 486, in *Riv. giur. edil.*, 1984, I, p. 890.

¹⁴ Cfr. Cass., sez. II, 8 giugno 1995, n. 6482, in *Riv. giur. edil.*, 1995, I, p. 789.

¹⁵ Cfr. Cass., Sez. Un., 15 dicembre 2000, n. 1262, in *Mass.*, 2000; nel medesimo senso dell'ascrivibilità della fattispecie lottizzante al novero degli accordi ex art. 11 l. n. 241/90 si esprime ormai univocamente anche la giurisprudenza amministrativa: T.A.R. Liguria, sez. I, 4 novembre 2004, n. 1517, in *Foro amm.*, 2004, p. 3293; T.A.R. Salerno, sez. II, 1 ottobre 2003, n. 94, in *Foro amm.*, 2003, p. 3073.

¹⁶ Cfr. T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 26 febbraio 2004, n. 895, in *Giustamm.it*, 2004, n. 3.



Ma soprattutto si è ritenuto che la convenzione di lottizzazione, proprio in considerazione della natura contrattuale del rapporto posto in essere, mercé la stipula di tale atto bilaterale, non possa essere modificata unilateralmente dall'amministrazione, di talché si "è escluso che la pubblica amministrazione conservi il potere autoritativo di modificare autonomamente il termine di efficacia delle convenzioni stesse"¹⁷ ovvero che possa unilateralmente modificare le caratteristiche tecniche delle opere di urbanizzazione¹⁸.

E' di tutta evidenza infatti che il negozio concluso fra il privato ed il Comune, astrattamente inteso, abbia le caratteristiche del contratto bilaterale, oneroso e di scambio, che dà vita ad un rapporto causale nel quale sono individuabili le reciproche prestazioni alle quali i contraenti si obbligano, ed esattamente quella che incombe al privato, che si obbliga a realizzare opere di urbanizzazione primaria e quota parte di quelle di urbanizzazione secondaria (anche mediante la cessione di aree all'uopo necessarie), e quella che incombe al Comune, che si obbliga a consentire la realizzazione del progetto urbanistico, mediante il rilascio delle necessarie concessioni edilizie¹⁹. Anzi, l'assetto complessivo del contenuto della convenzione di lottizzazione non è solo quello che le parti si sono imposte liberamente, e che trova espressione nel contratto, ma, secondo l'art. 1374 c.c., anche quello che consequenzialmente deriva secondo legge²⁰.

Inoltre, per quanto attiene l'efficacia delle convenzioni di lottizzazione si è avuto pure modo di precisare che esse, pur non avendo carattere normativo, con conseguente inapplicabilità degli artt. 872 e 873 c.c., tuttavia possono assumere vincolatività generale per mezzo di strumenti propri del diritto comune: non solo la già rammentata trascrizione, ma anche l'introduzione di clausole a favore di terzo²¹. Tant'è che, in ipotesi di inadempimento degli obblighi nascenti da una convenzione di lottizzazione, la legittimazione passiva apparterrà non soltanto all'originario stipulante-lottizzatore ma anche ai suoi successori a qualsiasi titolo, ivi compresi gli acquirenti dei beni realizzati per effetto della convenzione.

Tuttavia, la dottrina²² non giunge ad ammettere che il Comune abbia financo l'obbligo di emettere i titoli edilizi, ad ottenere i quali il privato non avrebbe quindi un vero e proprio diritto soggettivo.

¹⁷ Cfr. T.A.R. Catania, sez. I, 29 settembre 2004, n. 2718, in *Foro amm.*, 2004, p. 2734.

¹⁸ Cfr. T.A.R. Sardegna, sez. II, 24 gennaio 2005, n. 107, inedita.

¹⁹ Invero, allorché sopravvenga una oggettiva impossibilità di edificazione, si configura un difetto funzionale della causa della convenzione stipulata.

²⁰ Cfr. C.Stato, sez. V, 4 maggio 2004, n. 2687, in *Foro amm.*, 2004, p. 1413;

²¹ Cfr. R. POGGI – D. PROPATO, *Rassegna di Giurisprudenza sull'Urbanistica – legislazione statale e regionale*, tomo III, 4^a ed., Milano, 1995, p. 1855.

²² Cfr. V. MAZZARELLI, *L'urbanistica e la pianificazione*, in *Trattato di Diritto Amministrativo* S. CASSESE (a cura di), t. III, Milano, 2000, p. 2535 ss.



Più in generale, si può sostenere che le vicende del vincolo contrattuale, che si pone in essere mediante la stipula di una convenzione di lottizzazione, sono senz'altro peculiari, in quanto i diritti soggettivi che al privato conseguono dalla convenzione sono naturalmente condizionati al mancato esercizio da parte dell'ente pubblico della propria potestà discrezionale, capaci di incidere sullo stesso contenuto della situazione giuridica soggettiva spettante al privato. L'Amministrazione, in ragione della stipula di una convenzione lottizzante, è chiamata soltanto a fornire una motivazione di spessore, dalla quale possano desumersi le ragioni che hanno indotto al sacrificio dell'affidamento riposto dal privato stipulante sulla conservazione dello *status quo*, sul quale l'accordo concluso appunto si fonda.

Se si opta per una lettura in chiave civilistica della fattispecie, si dovrebbe ritenere che i contratti ad oggetto pubblico si caratterizzerebbero esclusivamente per una naturale soggezione alla clausola *rebus sic stantibus*, intesa quale implicito riferimento ad una situazione di fatto esistente al momento della stipulazione del contratto, il cui venir meno abilita i contraenti a valersi del rimedio risolutorio, con l'unica particolarità che qui le circostanze incompatibili con l'adempimento sono frutto di una nuova manifestazione di volontà da parte del contraente pubblico.

E' chiaro che, una volta intervenuta la modificazione unilaterale da parte della pubblica amministrazione del contenuto della convenzione, può prodursi tra le rispettive prestazioni a carico delle parti una sproporzione, che può essere riequilibrata, imponendo da parte del Comune al privato di provvedere all'esecuzione specifica delle opere di urbanizzazione o delle cessioni di aree cui si era obbligato mediante la convenzione; mentre, in senso contrario, al privato va riconosciuta la facoltà di esercitare nei confronti della pubblica amministrazione l'azione di ripetizione di indebito e l'azione di arricchimento senza causa, ma quest'ultima soltanto quando l'amministrazione abbia riconosciuto implicitamente l'utilità della prestazione resa attraverso l'utilizzazione delle opere di urbanizzazione eseguite.

Non si dimentichi, inoltre, che le convenzioni di lottizzazione danno luogo anche a vincoli di destinazione nei rapporti fra privati, a proposito dei quali si discorre in dottrina di "servitù reciproche", espressione dell'attitudine della convenzione ad individuare lo statuto della proprietà privata. Tuttavia questa prospettiva vale per le sole limitazioni convenute tra i titolari dei fondi interessati, e non per gli impegni assunti con il soggetto titolare della scelta pianificatoria, rispetto ai quali, a tacer d'altro, manca il requisito della predialità.

3. L'art. 11 della l. n. 241 del 1990 ha soppresso la riserva di legge inizialmente prevista per gli accordi sostitutivi di provvedimenti.



Da ciò si desume che – come era contemplato nell’art. 5 del progetto elaborato dalla commissione Nigro²³ – il legislatore ha inteso valorizzare i moduli dell’azione amministrativa capaci di acquisire il consenso degli interessati rispetto a quelli che comportano l’imposizione di misure autoritative. Si è, in sostanza, recepito il principio vigente nell’ordinamento tedesco (art. 54 della legge federale sul procedimento amministrativo del 25 maggio 1976), secondo cui un rapporto giuridico di diritto pubblico può essere costituito, modificato o estinto da un contratto in quanto ciò non sia vietato da disposizioni di legge.

In tale nuova prospettiva si tratta di definire i rapporti tra il principio che consente la libertà di ricorrere agli accordi ed il principio di legalità proprio dell’azione amministrativa.

Al riguardo va innanzitutto precisato che, pur ammesso che la possibilità di concludere accordi da parte dell’amministrazione sia rapportabile all’autonomia privata ai sensi dell’art. 1322 c.c., tuttavia, proprio in quanto atti di esercizio del potere pubblico, gli accordi sono sostitutivi dei provvedimenti e quindi alternativi a questi: essi sono pertanto soggetti al principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi e, più in generale, al principio di legalità amministrativa.

Dove, invece, gli accordi mostrano una ampiezza maggiore rispetto ai provvedimenti è nel contenuto (il che poi – come è stato giustamente osservato – ne costituisce la stessa ragione d’essere), nel senso che essi – pur senza comportare il superamento del tradizionale principio di legalità – consentono di conseguire un assetto di interessi diverso e più ampio di quello conseguibile con il provvedimento unilaterale, anche se *praeter legem* e mai *contra legem*. Negli accordi, in sostanza, l’esercizio del potere discrezionale, proprio perché è destinato a fondersi con la volontà del privato, può assumere modalità, aspetti, contenuti diversi ed ulteriori rispetto a quelli consentiti allo strumento provvedimentale, potendosi così conseguire, sia dall’amministrazione che dal privato, utilità maggiori di quelle ottenibili in via autoritativa. Nell’accordo le parti possono introdurre clausole che modulano i rispettivi interessi in modi che la tipicità del provvedimento non consente di raggiungere, sia pure con l’apposizione di clausole accessorie.

In conseguenza, se è indubitabile che sia l’amministrazione che il privato non possono conseguire, attraverso l’accordo, risultati vietati dalla legge, deve invece ritenersi che, nell’ambito del potere discrezionale dell’amministrazione, quanto più è ampia la discrezionalità tanto maggiore è la possibilità che, attraverso l’accordo, il potere sia conformato in modo da conseguire il massimo risultato sia per l’interesse pubblico che per quello del privato.

E’ quanto si verifica proprio per le convenzioni di lottizzazione, per le quali la indeterminatezza quantitativa degli oneri previsti dall’art. 28 della legge urbanistica

²³ Cfr. M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell’Amministrazione. A proposito di un recente disegno di legge*, in *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, 1996, p. 2044.



lascia alle parti la possibilità di determinarne in concreto l'entità, sulla base di valutazioni che tengano conto dei contrapposti interessi, fermo restando che la finalizzazione alle esigenze di urbanizzazione dell'area, che caratterizza le prestazioni stabilite dall'art. 28, si riscontra anche nelle prestazioni aggiuntive incluse nella convenzione, la quale, pertanto, è sorretta dalla medesima causa meritevole di tutela secondo la previsione della legge²⁴.

4. Ai sensi dell'art. 28, quinto comma, della l. 17 agosto 1942, n. 1150 (come modificato dall'art. 8 della l. 6 agosto 1967, n. 765), la convenzione di lottizzazione è soggetta a trascrizione (in coerenza con l'art. 2645 c.c. secondo il quale sono soggetti a trascrizione tutti gli atti o provvedimenti che producono, in relazione a beni immobili o a diritti immobiliari, taluno degli effetti dei contratti menzionati nel precedente art. 2643).

Le ragioni per cui l'onere di trascrizione costituisce un principio generale nella disciplina delle convenzioni urbanistiche concluse con i proprietari delle aree interessate possono cogliersi nella ineliminabile divaricazione fra lo strumento negoziale scelto dalle parti per regolare consensualmente la realizzazione dell'intervento e le esigenze di tutela dell'interesse pubblico affidato all'amministrazione.

In particolare, mentre l'interesse pubblico è nel senso di regolare in via definitiva e con efficacia *erga omnes* l'assetto urbanistico ed edilizio della porzione di territorio comunale interessata dall'intervento, lo strumento convenzionale prescelto, pur essendo fonte di obbligazioni *propter rem* ed essendo pertanto astrattamente idoneo a vincolare anche i successivi aventi causa del proprietario stipulante²⁵, resta assoggettato alle regole sulla opponibilità dei negozi giuridici di diritto privato e, pertanto, prevale sul titolo di acquisto di soggetti terzi debitamente trascritto solo se la convenzione è stata a sua volta trascritta con grado posteriore.

In questa prospettiva è stato ritenuto che le prescrizioni contenute nelle convenzioni di lottizzazione non costituiscono norme edilizie, per gli effetti di cui agli artt. 871 e ss. c.c.; tuttavia, se nel vigente ordinamento non è prevista la trasformazione in senso normativo di dette prescrizioni, la disciplina di diritto privato consente di attribuire loro vincolatività generale con l'inserimento in rapporti di

²⁴ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2003, n. 33, in *Riv. giur. edil.* 2003, I, 964, che ha ammesso la validità della convenzione nell'ipotesi in cui alcuni contenuti dell'accordo siano stati proposti dall'amministrazione in termini non modificabili dal privato: tale circostanza non esclude infatti che la parte che abbia sottoscritto la convenzione, conoscendone il contenuto, abbia inteso aderirvi e ne resti vincolata.

²⁵ Cfr. Cass., 26 novembre 1988, n. 6382, in *Riv. giur. edil.* 1989, I, 50; Cass., 20 dicembre 1994, n. 10947, in *Foro it.* 1995, I, 3534; Cass., 23 febbraio 2004, n. 3547, in *Riv. giur. edil.* 2004, I, 1621.



contenuto reale ed assoluto, per mezzo degli strumenti del contratto, anche a favore di terzo, o della trascrizione²⁶.

La tempestiva trascrizione della convenzione, quindi, non è necessaria ai fini della validità ed efficacia del negozio, ma, rendendo opponibile l'atto anche nei confronti dei terzi che vantano un titolo di acquisto incompatibile e lo trascrivono con grado ulteriore, costituisce un adempimento indispensabile per assicurare l'esecuzione dell'intervento a prescindere da eventuali modificazioni nella titolarità della proprietà dei terreni. La trascrizione della convenzione, pertanto, in quanto necessaria al fine di garantire l'effettiva realizzazione dell'interesse pubblico perseguito, assurge a presupposto di efficacia e di legittimità dei conseguenti atti pubblicitari adottati dall'amministrazione.

In tal senso può richiamarsi il costante orientamento giurisprudenziale secondo cui il procedimento di formazione della lottizzazione convenzionata si perfeziona con il provvedimento di autorizzazione del sindaco, ma la stipulazione e la trascrizione della convenzione, se non siano anteriori a tale provvedimento, ne costituiscono condizioni di efficacia²⁷.

5. Passando alla questione concernente l'individuazione del giudice fornito di competenza giurisdizionale in materia di convenzioni di lottizzazione, va rilevato che le relative controversie, almeno a partire dalla l. 28 gennaio 1977, n. 10, sono state sempre ricomprese nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Con riguardo, in particolare, all'art. 16 della l. n. 10 del 1977 (oggi abrogato dall'art. 136 d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380, recante il testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia) – che devolveva alla giurisdizione del giudice amministrativo i ricorsi contro il provvedimento con il quale la concessione viene data o negata nonché quelli contro la determinazione e la liquidazione del contributo di concessione e contro la irrogazione delle relative sanzioni –, la giurisprudenza, sia ordinaria che amministrativa, aveva ritenuto trattarsi di giurisdizione esclusiva, pur in mancanza di una espressa qualificazione normativa in tal senso: ciò sulla base dell'impiego di una tecnica usuale nel campo delle norme in materia di giurisdizione esclusiva, nel senso che a fungere da criterio di collegamento è un determinato tipo di provvedimento amministrativo, individuato in base al potere di cui costituisce espressione²⁸.

La norma dettata dall'art. 16 era stata peraltro ricostruita, nella successiva interpretazione giurisprudenziale, in modo più ampio, per cui erano state ricondotte al

²⁶ Cfr. Cass., 11 febbraio 1994, n. 1384, in *Mass. Giust. Civ.* 1994, 143.

²⁷ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 30 maggio 2002, n. 3016, in *Cons. Stato* 2002, I, 1239; 5 maggio 1997, n. 481, in *Riv. giur. edil.* 1997, I, 928; Sez. V, 8 settembre 1992, n. 776, in *Cons. Stato* 1992, I, 1094.

²⁸ Orientamento costante a partire da Cass., Sez. Un., 25 luglio 1980, n. 4831, in *Foro it.* 1981, I, 443.



suo ambito di applicazione anche situazioni in cui le controversie avessero come oggetto immediato non i provvedimenti emessi sulla domanda di concessione (o in materia di contributi o di sanzioni), ma gli accordi conclusi in funzione del provvedimento da adottarsi.

La giurisprudenza, nell'applicazione della norma di cui all'art. 16, aveva così enunciato il principio per cui la giurisdizione esclusiva sussisteva, anche a prescindere dalla instaurazione di una controversia in via di impugnazione diretta del provvedimento amministrativo di concessione, purché fra la controversia ed il provvedimento via fosse uno stretto collegamento funzionale: di tale principio era stata fatta applicazione, in particolare, nei casi in cui la controversia riguardasse l'esecuzione di convenzioni urbanistiche²⁹.

Successivamente è stato abbandonato il riferimento, per la verità alquanto labile, all'art. 16 della l. n. 10 del 1977 e – ritenuto che la convenzione urbanistica assolva la funzione di individuazione del contenuto di un provvedimento che l'amministrazione deve emettere a conclusione di un procedimento preordinato all'esercizio di una pubblica funzione amministrativa – si è fondata la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sull'art. 11, comma 5, della l. n. 241 del 1990.

Tale norma, mentre postula che attraverso l'accordo sostitutivo del provvedimento l'amministrazione esercita una pubblica funzione amministrativa, individua il criterio di collegamento della giurisdizione e di attrazione della controversia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nel fatto che essa abbia ad oggetto la formazione, la conclusione o l'esecuzione dell'accordo: sicché, quando si tratti di quest'ultima ipotesi, vengono in discussione le situazioni soggettive che nell'accordo hanno trovato regolamentazione.

La norma in esame attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo non una classe di rapporti individuata attraverso il riferimento ad una materia, bensì situazioni soggettive che, sul presupposto dell'esercizio di una pubblica funzione amministrativa, sono regolate attraverso un accordo. In altri termini, poiché in essa il criterio di collegamento è dato da un accordo adottato sul presupposto dell'esercizio di una pubblica funzione amministrativa, ciò che rileva ed è sufficiente, ai fini della giurisdizione, è solo che la situazione soggettiva di cui si controverte sia stata disciplinata attraverso l'accordo.

Ritenuto, pertanto, che le convenzioni urbanistiche rientrino fra gli accordi sostitutivi del provvedimento amministrativo o determinativi del contenuto dello stesso, di cui all'art. 11 della l. n. 241 del 1990 (v. *retro*, n. 5), le controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione di esse sono devolute, ai sensi del comma 5 di tale articolo, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo³⁰.

²⁹ Cfr., per tutte, Cass., Sez. Un., 24 giugno 1992 n. 7773, in *Regioni* 1993, 970, con nota di M. DUGATO, *Brevi note in tema di convenzioni edilizie ed accordi ex art. 11 l. 241/1990*.

³⁰ Cfr. Cass., Sez. Un., 11 agosto 1997, n. 7452, in *Urban. e app.* 1998, 43, con nota di P.V. SCANDONE, che ha anche affermato l'applicabilità dell'art. 11, comma 5, alle controversie nascenti da



In tale ottica, la giurisprudenza – ribadito che, ai fini dell’attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione esclusiva di cui trattasi, non rileva il criterio della “materia” (adottato invece, ad esempio, dal d.lgs. n. 80 del 1998 negli artt. 33 e 34, poi riprodotti dalla l. n. 205 del 2000), bensì il criterio della tipologia dell’atto destinato al perseguimento del pubblico interesse (atto che viene individuato nell’accordo), per cui è determinante che il soddisfacimento dell’interesse pubblico sia perseguito mediante il peculiare strumento dell’accordo, e rilevato che la formulazione della norma è di estrema ampiezza, suscettiva, in quanto tale, di abbracciare la totalità delle controversie concernenti l’esercizio della funzione amministrativa mediante accordi – ha ritenuto che il riferimento alle “controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi” consente di affermare che non vengono in considerazione soltanto le controversie che insorgono in relazione ad un accordo già concluso, per vagliarne la conformità al modello legale o per individuarne la portata ed il contenuto, o che attengono alla esecuzione dell’accordo, ivi compreso il recesso, ma anche quelle che riguardano la fase procedimentale prodromica alla (eventuale) conclusione dell’accordo, quale fase concernente la “formazione” dell’accordo. Tale interpretazione estensiva risulta altresì coerente con la *ratio* ispiratrice della scelta legislativa di introdurre in materia una ipotesi di giurisdizione esclusiva, atteso che questa è di per sé volta ad eliminare in radice le questioni di riparto di giurisdizione, mediante l’attribuzione ad un determinato giudice della totalità delle controversie concernenti il settore considerato³¹.

La ritenuta riferibilità delle controversie in materia di convenzioni urbanistiche alla disposizione di cui all’art. 11, co. 5, della l. n. 241 del 1990 rende ultroneo, ad avviso della giurisprudenza della Cassazione³², indagare se le controversie stesse possano considerarsi devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell’art. 34 del d. lgs. n. 80 del 1998 (novellato dall’art. 7 della l. n. 205 del 2000), per effetto della ridotta efficacia di tali norme a seguito delle sentenze della Corte costituzionale del 2004, n. 204 (relativa all’art. 7) e n. 281 (concernente l’art. 34)³³.

accordi conclusi anteriormente all’entrata in vigore della l. n. 241 del 1990; Cass., Sez. Un., 29 agosto 1998, n. 8593, in *Mass. Giust. Civ.* 1998, 1805; Cass., Sez. Un., 16 dicembre 2000, n. 1262, in *Urban. e app.* 2001, 407; Cons. Stato, Sez. V, 15 settembre 2003, n. 5152, in *Riv. giur. edil.* 2003, I, 1651.

³¹ Cass., Sez. Un., 12 marzo 2001, n. 105, in *Urban. e app.* 2001, 856.

³² Cass., Sez. Un., 17 gennaio 2005, n. 732, in *Mass. Foro it.* 2005, 57.

³³ Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204, in *Foro it.* 2004, I, 2594; Corte Cost. 28 luglio 2004, n. 281, *ivi*, 2593. Va, peraltro, rilevato che sia l’art. 34 del d. lgs. n. 80 del 1998 che l’art. 7 della l. n. 205 del 2000, prevedendo la giurisdizione esclusiva per le controversie in materia urbanistica ed edilizia, danno dell’urbanistica una definizione estremamente ampia (per la quale v. già Corte cost. 29 dicembre 1982, n. 239, in *Giur. cost.* 1982, 2319), sulla cui estensione non ha influito, ai fini che qui interessano, Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204, *cit.*, per cui in essa sicuramente rientrano tutte le controversie relative alle convenzioni urbanistiche.



Il problema della tutela giurisdizionale coinvolge, ed anzi presuppone, la soluzione dei vari interrogativi circa i profili disciplinari delle convenzioni urbanistiche, ivi compresa quella di lottizzazione.

E' noto che la legge 11 febbraio 2005, n. 15, contenente modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, riporta la stentorea previsione di cui all'art. 1, comma 1 *bis*, secondo cui "la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente".

Trattasi di norma che alcuni ³⁴ hanno salutato come una sorta di rivoluzione copernicana che il legislatore avrebbe voluto introdurre nel panorama dell'azione amministrativa, atteso che alla centralità dell'atto amministrativo, in quanto tale unilaterale ed imperativo, si è sostituito l'accordo, pertanto dal contenuto bilaterale e concordato. Si tratterebbe cioè del ribaltamento del rapporto prima sussistente tra regola ed eccezione, nel senso che il principio è che ad essere il diritto "normale" dell'amministrazione è il diritto privato e non quello pubblico, non essendo più limitato ai casi espressamente previsti dalla legge l'agire *jure privatorum*. Ne consegue che la norma trovi applicazione anche quando si tratta di utilizzare uno strumento autoritativo, essendo questo fungibile rispetto al titolo negoziale, purché vi sia il consenso del soggetto privato nella cui sfera l'effetto è destinato a prodursi.

Si osserva ³⁵ in senso contrario che, seguendo tale linea interpretativa, la norma rischierebbe di apparire superflua, se non addirittura fuorviante. Essa, infatti, va pur sempre coniugata con l'irrinunciabile principio che vuole l'azione della pubblica amministrazione sempre ispirata dall'interesse pubblico, tant'è che ad essa non è di certo attagliabile il concetto di autonomia privata *ex art. 1322 c.c.*. Il ricorso allo strumento negoziale nel contesto degli atti autoritativi non sarebbe quindi possibile sulla base del solo consenso del soggetto privato, essendo necessario che l'Amministrazione ostenda le ragioni di fatto che giustificano nel caso specifico l'agire *jure privatorum*, secondo ineludibili esigenze di massimizzazione dell'interesse pubblico. Pervero è lo stesso inciso "salvo che la legge disponga diversamente" a disattivare l'apparente univocità del principio, essendo numerose le leggi presenti nel panorama ordinamentale che attribuiscono all'amministrazione poteri speciali ovvero sia autoritativi ³⁶, anche se di questi va riconosciuta la progressiva erosione per effetto della sempre più ampia diffusione dello strumento della d.i.a., che è addirittura atto del privato e non del soggetto pubblico.

³⁴ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90 – I parte*, in *Giustamm.it.*, 2005, n. 5, p. 5.

³⁵ Cfr. M. R. SPASIANO, *L'interesse pubblico e l'attività della P.A. nelle sue diverse forme alla luce della novella della l. 241 del 1990*, in *Giustamm.it.*, 2005, n. 5, p. 3.

³⁶ Cfr. A. LOPEZ, *Nelle convenzioni urbanistiche ora la p.a. può agire come un soggetto privato*, in *Ed. e Terr.* n. 9, p. 27.



Sembra quindi che il legislatore sia incorso addirittura in una tautologia, essendo scontato che quando l'amministrazione utilizza moduli consensuali, e quindi non adotta atti autoritativi, agisce secondo le norme del diritto privato.

Questo spiega perché, volendo allungare lo sguardo anche alla futura produzione legislativa, riaffiora l'abbandonato progetto di riforma del testo costituzionale, elaborato in sede di Commissione Bicamerale, di generalizzare l'utilizzo di soluzioni contrattuali per l'esercizio della funzione pubblica. Si fa riferimento, in particolare, al testo della cd. legge Lupi, di riforma della legge urbanistica nazionale, appena licenziato dalla Camera e in attesa di approvazione del Senato, che all'art. 4, comma 3, prevede che "le funzioni amministrative sono esercitate in maniera semplificata, prioritariamente mediante l'adozione di atti negoziali in luogo di atti autoritativi". A ciò si aggiunga il recepimento, in sede di attuazione del piano urbanistico, del concetto di perequazione, già enucleato, con talune varianti, da diverse leggi regionali, che potrebbe condurre, se applicato in maniera puntuale, addirittura all'abbandono dello strumento espropriativo al fine dell'acquisizione delle aree private in mano pubblica.

Qualunque previsione normativa non può comunque valere a sottrarre all'Amministrazione la potestà di valutare l'interesse pubblico, orientando le proprie scelte alla luce di questo. La praticabilità dell'accordo e i margini per assicurarne la sua intangibilità unilaterale discendono dalla loro esatta collocazione, a monte o a valle, nel contesto della scala piramidale nella quale la pianificazione urbanistica volta per volta si colloca. Invero, non vi è dubbio che le intese in ordine al futuro assetto di una zona del territorio comunale, frequentemente inserite nell'assetto pattizio, hanno contenuto essenzialmente programmatico, comunque superabile in presenza di sopravvenienze di interesse pubblico, conservando l'amministrazione quella discrezionalità in sede di cura dell'interesse pubblico che rende inammissibile ogni obbligo convenzionale che condizioni tale soggetto in merito alle scelte pianificatorie.

Diverso il discorso ove si tratti di accordi "a valle" delle prescrizioni urbanistiche, che si collocano, come nel caso delle convenzioni lottizzanti, nell'ottica dell'esecuzione di scelte urbanistiche già operate a livello primario, e cioè a livello di piano regolatore generale, per cui gli accordi non incidono sulle scelte pianificatorie. Di qui il condivisibile orientamento giurisprudenziale sempre più incline ad escludere, in ossequio alla natura bilaterale del rapporto, modifiche unilaterali dello stesso.

Ma la differenza tra accordi "sulle" prescrizioni e accordi "attuativi" delle prescrizioni si riverbera anche su altro concorrente profilo, che attiene al compiuto rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa. Non può revocarsi in dubbio che, anche quando l'amministrazione faccia ricorso a moduli convenzionali, la stella polare che segna il suo percorso sia sempre e comunque l'interesse pubblico, con la conseguente ineludibile esigenza di costante equilibrio tra le prestazioni dedotte in contratto, se si vuole evitare di incorrere nel vizio dell'eccesso di potere, oltre che di parità di trattamento tra privato e privato.



Proprio a tali fini sembra orientata la formula dell'art. 7 della l. n. 15, nella parte in cui ha aggiunto all'art. 11 della l. n. 241/90 l'art. 4 *bis*, ove è statuito che “in tutti i casi in cui una pubblica amministrazione conclude accordi nelle ipotesi previste al comma 1, la stipulazione dell'accordo è preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento”. L'intento appare quello di far precedere la stipula degli accordi sostitutivi, soprattutto quando questi siano di rango primario e quindi manchi la previa normativa pianificatoria di riferimento, dalla definizione, in sede di esercizio della potestà urbanistica, delle loro invariati, che assicurino il rispetto dei suddetti principi informativi dell'azione amministrativa. Facile è a questo punto l'accostamento di siffatti accordi ai cd. contratti di massa, destinati in quanto tali a forme seriali di stipulazione, laddove, atteggiandosi la p.A. quale contraente professionale *ex art. 1469 bis c.c.*, sarebbe il suo operato riconducibile allo schema delle condizioni generali di contratto, non sussistendo questa volta quei profili ostativi già esaminati a proposito delle convenzioni tipo.

Peraltro la ritenuta necessità di non pretermettere, in una fase preliminare alla stipula dell'accordo, l'esercizio della potestà urbanistica, sottende l'ulteriore esigenza, evidenziata dalla giurisprudenza amministrativa³⁷, di salvaguardare le garanzie offerte dalla normativa urbanistica nazionale e regionale circa la partecipazione degli interessati alla programmazione generale, dovendosi quindi ritenere che lo strumento dell'intesa sia utilizzabile soltanto con riferimento alla localizzazione di una singola opera pubblica.

Appare altresì ovvio che, una volta fatto ricorso allo strumento convenzionale, il Comune non abbia la possibilità di ottenere l'adempimento degli obblighi assunti dal privato con la convenzione urbanistica, attraverso l'emanazione di atti autoritativi, che sarebbero in contrasto con la natura pattizia delle convenzioni stipulate e comunque, a questo punto, in violazione del su citato art. 1, comma 1 *bis*.

Purtuttavia è il giudice amministrativo, e non quello ordinario, ad avere giurisdizione (esclusiva), proprio in virtù dell'art. 11 l. n. 241/90, ritenuto oramai pacificamente applicabile alle convenzioni lottizzanti. Dovrà quindi l'amministrazione rivolgersi al T.a.r., in particolare quando le garanzie fideiussorie prestate dai privati ai sensi dell'art. 8 della legge n. 765 del 1967 non siano sufficienti, 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, oppure in ipotesi di inadempimento agli obblighi convenzionali di cessione di aree destinate alla realizzazione di opere di urbanizzazione, ove il rimedio potrà consistere, come sopra ricordato, nella richiesta di esecuzione in forma specifica degli obblighi inadempiti ai sensi dell'art. 2932 c.c.³⁸. La giurisdizione spetta invece al giudice ordinario quando si lamenti la lesione di diritti soggettivi (ad esempio, il

³⁷ Cfr. T.A.R. Marche, 29 agosto 2003, n. 980, in *Riv. giur. amb.*, 2003, p. 302.

³⁸ Cfr. TAR Puglia, Bari, sez. III, 26 febbraio 2004, n. 895, *cit.*.



diritto alla salute) insuscettibili di affievolimento, siccome di rango primario e fondamentale, e pertanto tutelabili ai sensi dell'art. 2043 c.c.³⁹.

Circa l'esatta consistenza dell'onere della prova a carico del creditore trova applicazione, secondo l'insegnamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁴⁰ il principio per cui il creditore, sia che agisca per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno, deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, mentre può limitarsi ad allegare l'inadempimento della controparte, essendo il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento⁴¹.

6. La materia urbanistica è stata tradizionalmente attribuita alla competenza regionale e in particolare alla competenza legislativa concorrente, da esercitarsi "nei limiti dei principî fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato", ai sensi dell'art. 117 Cost; in virtù del parallelismo sancito dal successivo art. 118, alle Regioni spettavano anche le funzioni amministrative, ripartite peraltro con gli enti territoriali minori in relazione all'interesse esclusivamente locale.

Con la riforma del Titolo V della parte seconda, disposta dalla L. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, l'espressione "urbanistica" è scomparsa dal testo della Costituzione, di tal che era stata avanzata la tesi che tale materia potesse rientrare nella competenza residuale esclusiva delle Regioni, ai sensi del nuovo testo del quarto comma del nuovo art. 117.

Di questa tesi ha fatto peraltro giustizia la Corte costituzionale, la quale ha chiarito che la nozione di "urbanistica" è stata ricompresa in quella, nuova, denominata "governo del territorio" (inclusa fra le materie di legislazione concorrente previste dal terzo comma del nuovo art. 117), in quanto "appare del tutto implausibile che dalla competenza statale di principio su questa materia siano stati estromessi aspetti così rilevanti, quali quelli connessi all'urbanistica"⁴².

Ne deriva che attualmente l'urbanistica, in quanto compresa nella materia "governo del territorio", appartiene alla competenza legislativa concorrente, ai sensi dell'art. 117, terzo comma, Cost. e, pertanto, "spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principî fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato". Ne consegue altresì che lo Stato non ha alcuna potestà regolamentare in

³⁹ Cfr. Cass. Sez. Un., 29 gennaio 2001, n. 29, in *Foro it.*, 2001, I, p. 2373.

⁴⁰ Cfr. Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, p. 1826.

⁴¹ Cfr. T.A.R. Lombardia Brescia, 13 agosto 2003, n. 1157, in *Foro amm.*, 2003, p. 2172.

⁴² Cfr. Corte cost. 1° ottobre 2003, n. 303, in *Riv. giur. edil.* 2004, I, 10.



questa materia, atteso il criterio di stretta corrispondenza tra tale potestà e la competenza legislativa esclusiva statale, posto dall'art. 117, sesto comma⁴³.

Il nuovo assetto delle competenze normative trova conferma nel disegno di legge S-3519 (approvato dalla Camera dei deputati il 28 giugno 2005) recante i principi fondamentali in materia, secondo cui il “governo del territorio consiste nell’insieme delle attività conoscitive, valutative, regolative, di programmazione, di localizzazione e di attuazione degli interventi, nonché di vigilanza e di controllo, volte a perseguire la tutela e la valorizzazione del territorio, la disciplina degli usi e delle trasformazioni dello stesso e la mobilità in relazione a obiettivi di sviluppo del territorio. Il governo del territorio comprende altresì l’urbanistica, l’edilizia, l’insieme dei programmi infrastrutturali, la difesa del suolo, la tutela del paesaggio e delle bellezze naturali, nonché la cura degli interessi pubblici funzionalmente collegati a tali materie” (art. 1, comma 2).

Ai fini del presente studio, questo disegno di legge si segnala sotto vari aspetti: in primo luogo, è stabilito che le funzioni amministrative sono esercitate in maniera semplificata, prioritariamente mediante l’adozione di atti negoziali in luogo di atti autoritativi, e attraverso forme di coordinamento fra i soggetti pubblici, nonché fra questi e i cittadini, ai quali va riconosciuto comunque il diritto di partecipazione ai procedimenti di formazione degli atti (art. 5, comma 4).

Si può osservare che se, in una prospettiva generale, l’originario art. 11 della l. n. 241 del 1990 ha infranto il primato dell’atto amministrativo autoritativo e la novella contenuta nella l. n. 15 del 2005 ha reso, almeno in astratto, il modello consensuale alternativo all’atto autoritativo, con il disegno di legge S-3519, sia pur limitatamente alla materia del governo del territorio, i rapporti di forza si invertono rispetto al passato, diventando gli atti negoziali lo strumento cui ricorrere in via prioritaria per esercitare le funzioni amministrative.

In secondo luogo, il disegno di legge dispone che gli enti competenti alla pianificazione urbanistica possono concludere accordi con i soggetti privati, nel rispetto dei principi di imparzialità amministrativa, di trasparenza, di concorrenzialità, di pubblicità e di partecipazione al procedimento di tutti i soggetti interessati all’intervento, per la formazione degli atti di pianificazione anche attraverso procedure di confronto concorrenziale, al fine di recepire proposte di interventi coerenti con gli obiettivi strategici individuati negli atti di pianificazione (art. 8, comma 7).

Anche questa statuizione induce ad importanti riflessioni. L’uso degli accordi con i privati non può avvenire in violazione di principi alcuni dei quali hanno una diretta o indiretta copertura costituzionale (imparzialità e trasparenza), altri

⁴³ Cfr. Cons. Stato, Ad. gen., 25 febbraio 2002, n. 2, in *Foro it.* 2002, III, 345; 11 aprile 2002, n. 1, in *Foro amm. CDS* 2002, 1053; 17 ottobre 2002, n. 5, in *Foro it.* 2003, III, 297. Questi pareri hanno ritenuto che, con la riforma del titolo V della Costituzione, il potere regolamentare dello Stato su materie che non rientrano più nella sua competenza legislativa esclusiva sia venuto meno anche se attribuito da leggi anteriori alla riforma.



trovano consacrazione in leggi fondamentali come la l. n. 241 del 1990 (pubblicità e partecipazione al procedimento), altro infine proviene dal diritto comunitario (concorrenzialità). Da questa previsione, alla apparenza quasi scontata, emerge che siffatto uso determina non una lesione della specialità del diritto amministrativo, bensì un suo arricchimento. Avverrà probabilmente sul piano dell'azione amministrativa qualcosa di simile a ciò che da alcuni anni si sta verificando sul piano organizzativo dopo il reflusso dal modello dell'ente pubblico verso altre forme di soggettività. Infatti, i processi di privatizzazione e di costituzione di enti aventi veste privata ma operanti nel quadro di funzioni pubbliche hanno dimostrato che l'area del diritto amministrativo non si è affatto contratta, appiattendosi sulla disciplina civilistica, ma si è adattata alla nuova realtà, giustificando, su basi certamente diverse, la sua necessità e, per conseguenza, la necessità di un giudice – quello amministrativo – quale arbitro delle relative controversie.

Entrambe le surrichiamate disposizioni del disegno di legge costituiscono delle affermazioni fortemente innovative, ma non nascono dal nulla. Esse infatti appaiono come il risultato di un affinamento di una mole magmatica di norme prodotte a livello regionale negli ultimissimi anni e che hanno elevato la cooperazione e l'intesa a principî cardine della disciplina.

Tanto la ricerca della cooperazione tra enti pubblici con potestà pianificatorie quanto la ricerca della cooperazione tra enti pubblici e soggetti privati, con il coinvolgimento di questi ultimi finanche nei procedimenti di pianificazione con la loro partecipazione alle relative conferenze, risultano effetti della consacrazione costituzionale dei principi di sussidiarietà rispettivamente verticale ed orizzontale.

Il ruolo fondamentale delle Regioni emerge nel disegno di legge S-3519 anche con riferimento alle convenzioni di lottizzazione perché l'art. 28 della l. n. 1150 del 1942 perderà efficacia nelle Regioni che abbiano già emanato o emanino normative in argomento (art. 13, comma 2, lett. a).

A tale riguardo va rilevato che la normativa regionale emanata negli ultimi anni reca una ricca varietà di convenzioni tra enti pubblici e soggetti privati, la cui analisi e collocazione sistematica eccedono le finalità del presente studio. Nondimeno l'importanza che tali convenzioni - quali in gran parte esito di un processo di sedimentazione normativa avvenuta a livello nazionale - rivestono negli equilibri e nei rapporti sottesi al governo del territorio, impone di soffermarsi su alcune disposizioni.

Interessante appare infatti la scelta di alcuni legislatori regionali di precisare il contenuto che le convenzioni previste dalle leggi sul governo del territorio devono prevedere.

In questo senso, è la L. Reg. Campania 22 dicembre 2004, n. 16, che, all'art. 37, richiede la previsione: *a)* delle prestazioni oggetto delle convenzioni; *b)* della durata degli obblighi assunti, dei termini di inizio e di ultimazione degli interventi; *c)* delle garanzie reali e finanziarie da prestare per l'adempimento degli obblighi e delle sanzioni per l'inosservanza degli stessi, ivi compresa la possibilità della risoluzione



contrattuale; *d*) degli elementi progettuali, delle garanzie e delle modalità di controllo dell'esecuzione delle opere di urbanizzazione.

Dello stesso tenore è la L. Reg. Lazio 22 dicembre 1999, n. 38, che prevede il medesimo contenuto - cui è aggiunto l'impegno, in verità ovvio, dei soggetti attuatori ad effettuare le trasformazioni nel rispetto delle vigenti normative ed in conformità dei titoli abilitativi - con una portata necessaria ma non esclusiva (*"Le convenzioni tra enti pubblici e privatidevono prevedere almeno"*), rispettando così il principio di libertà contrattuale delle parti (art. 76).

Per quanto attiene all'argomento centrale del presente studio viene in rilievo l'art. 70 della L. Reg. Toscana 3 gennaio 2005, n. 1, secondo cui il provvedimento comunale che autorizza la lottizzazione di terreno a scopo edilizio è subordinato alla stipula di una convenzione fra comune e proprietari, da trascriversi a cura di questi ultimi.

Quanto al contenuto di detta convenzione, in analogia con le previsioni dell'art. 28 della l. n. 1150 del 1942, sono richiesti: *a*) la cessione gratuita entro termini prestabiliti delle aree necessarie per le opere di urbanizzazione primaria, nonché la cessione gratuita delle aree necessarie per le opere di urbanizzazione secondaria nei limiti di cui alla lettera *b*); *b*) l'assunzione, a carico dei proprietari, degli oneri relativi alle opere di urbanizzazione primaria e di una quota parte delle opere di urbanizzazione secondaria relative alla lottizzazione o di quelle opere che siano necessarie per allacciare la zona ai pubblici servizi; la quota è determinata in proporzione all'entità e alle caratteristiche degli insediamenti delle lottizzazioni; *c*) i termini non superiori ai dieci anni entro i quali deve essere ultimata l'esecuzione delle opere; *d*) congrue garanzie finanziarie per l'adempimento degli obblighi derivanti dalla convenzione.

In precedenza, altre disposizioni regionali hanno disciplinato il contenuto delle convenzioni di lottizzazione apportando limitate differenze rispetto alla norma nazionale (art. 54, comma 1, lett. *d*), L. Prov. Trento 5 settembre 1991, n. 22; art. 14, comma 2, L. Reg. Sicilia 27 dicembre 1978, n. 71) ed introducendo talvolta elementi ulteriori come le sanzioni convenzionali, a carico dei privati stipulanti, per l'inosservanza delle destinazioni di uso fissate nel piano di intervento (art. 33, comma 2, lett. *g*), L. Reg. Marche 5 agosto 1992, n. 34; art. 23, comma 4, lett. *g*), L. Reg. Abruzzo 12 aprile 1983, n.18).