

Roberto Caso, Francesco Caso, *Convenzione di lottizzazione e autonomia negoziale: destinazione ignota?* (Nota a Cass., 14 luglio 1989, n. 3322), in *Foro it.*, 1991, I, 604

Convenzione di lottizzazione e autonomia negoziale: destinazione ignota?

I. - La Suprema corte aggiunge un nuovo, e poderoso, capitolo all'interpretazione giurisprudenziale di un tema pur così travagliato ed intrigante come quello – posto ai confini, sempre più incerti, tra diritto privato e diritto pubblico – delle convenzioni urbanistiche.

Tuttavia, vi è già chi si mostra fortemente critico nei confronti della sentenza in epigrafe, sia sotto il profilo formale e funzionale della motivazione, sia sotto il profilo sostanziale delle affermazioni in essa contenute (v., in margine al medesimo decisum, il commento di P. STELLA RICHTER, *Dei limiti e dei pericoli della cosiddetta nomofilachia*, in *Giust. civ.*, 1990, I, 1508; in particolare, sul piano motivazionale, la sentenza certamente non esemplifica un'anticipazione dell'indirizzo poi inaugurato dalla Cassazione nel senso della motivazione c.d. «contratta», indirizzo di cui costituiscono primizie, ad es., Cass., sez. un., 12 giugno 1990, n. 5713, *Foro it.*, 1990, I, 2163 e 16 giugno 1990, n. 6092, *ibid.*, 3160, con nota di R. CASO, secondo i criteri delineati nel documento *Appunto sulla motivazione in Cassazione*, *ibid.*, V, 482; v. pure il contributo di A. FALCONE, *Motivazione della sentenza di Cassazione*, *ibid.*, 485). In ordine al primo punto – sul secondo dovremo necessariamente soffermarci in seguito –, sembra che le osservazioni del commentatore colgano nel segno nella misura in cui all'exkursus argomentativo della corte, che taglia trasversalmente la speculazione privatistica sugli atti di destinazione, poteva, forse, essere riservato un più contenuto spazio. D'altra parte, proprio sulla scorta di tale iter motivazionale, il quale prende dichiaratamente spunto dalle difese scritte e orali del comune, la Cassazione approda alle conclusioni che costituiscono l'apporto più originale della pronunzia in rassegna, salvo a verificarne il carattere assorbente rispetto alla risoluzione della questione direttamente oggetto della controversia. Ma procediamo con ordine e vediamo qual era la fattispecie sottoposta al vaglio del Supremo collegio.

Un privato proprietario di un suolo aveva stipulato con il comune una convenzione urbanistica di lottizzazione, nella quale era stata inserita una clausola, che prevedeva la costruzione e poi la cessione gratuita, a carico dello stesso privato, di un piano di un futuro edificio, da destinarsi a scuola materna. Detta clausola diventa così il «pomo della discordia», poiché additata dal lottizzatore pentito, in un primo tempo, come impegno nullo (configurante una promessa di donazione, per giunta, di cosa futura) e come elemento avulso dall'equilibrio convenzionale, privo di causa, e poi, comunque, in contrasto con i principî legislativi in tema di lottizzazione convenzionata. Nei due gradi di merito e nel giudizio di legittimità, che ci occupa, veniva esclusa l'invalidità dell'obbligo e altresì riusata la richiesta subordinata di riduzione ad equità.

II. - Prima di passare all'esame della fattispecie descritta, val la pena di aprire una breve parentesi di carattere generale. Accostandosi da presso ai problemi giuridici posti dalle convenzioni urbanistiche, si può esser presi da un senso di smarrimento. Perciò, va dato succintamente conto del perché esse sollevino tanti dubbi.

Tali convenzioni, a dispetto del recente approccio speculativo, affondano le loro radici nel secolo scorso ed hanno conosciuto una prassi dagli sviluppi men che commendevoli. Le origini di quest'ultima rispondono ad una logica utilitaristica di esternalizzazione, da parte della pubblica amministrazione locale, dei costi di redazione e attuazione dei piani regolatori particolareggiati (la gestione a volte corrotta di questi accordi ha avuto ripercussioni su un'evoluzione urbanistica spesso disordinata; per una rassegna in prima approssimazione, di queste problematiche, v. le illuminanti pagine introduttive di M. S. GIANNINI a V. MAZZARELLI, *Le convenzioni urbanistiche*, Bologna, 1979, 7 s.; gran parte del testo è dedicata ad un'approfondita retrospettiva).

Inizialmente, nelle convenzioni di questo genere era molto accentuato il carattere corrispettivo (cfr. M. S. GIANNINI, Corso di diritto amministrativo, Milano, 1988, II, 873, il quale spiega che «l'imprenditore assumeva obbligazioni come quella di elaborare un piano particolareggiato per vaste zone, cedere ai comuni aree per sedi stradali, costruire opere di urbanizzazione primaria e secondaria, costruire opere per servizi pubblici (scuole [!], mercati); l'amministrazione obbligazioni come quelle di progettare opere di urbanizzazione, appaltarle all'imprenditore, garantirgli una certa volumetria di edificabilità, dargli in concessione temporanea un servizio e così via»).

Con l'introduzione legislativa del piano di lottizzazione convenzionata (ad opera della l. 6 agosto 1967 n. 765, c.d. legge ponte, la quale novellava, tra l'altro, l'art. 28 l. 17 agosto 1942 n. 1150, c.d. legge urbanistica, foriero di non pochi inconvenienti), è progressivamente cresciuto sia il contenzioso che l'attenzione dottrinale all'argomento.

Il panorama delle ipotesi normative si è arricchito di nuovi tipi di convenzioni urbanistiche (prima ancora della legge ponte, v. l. 29 settembre 1964 n. 847; per un ragguaglio completo della vicenda, cfr. V. MAZZARELLI, Convenzioni e accordi amministrativi, III, Convenzioni urbanistiche, voce dell'Enciclopedia giuridica Treccani, 1988, IX, 6).

Oggi il quadro complessivo, pur conservando alcuni tratti fondamentali delineatisi nell'esperienza passata, risulta profondamente mutato. Tuttavia, il *busillis* rimane quello di una alquanto ostica messa a fuoco della natura giuridica di questo istituto. Ciò provoca non poche disomogeneità nelle soluzioni adottate dai tre formanti giuridici, ai quali si accompagna una distonia interna tra le posizioni dottrinali (il disagio deriva dal trovarsi, come si sa, in bilico tra diritto privato e diritto pubblico e fa meritare tuttora alla convenzione urbanistica l'appellativo di «oggetto misterioso»; cfr., sul punto, GALLETTO, Le convenzioni urbanistiche, in Nuova giur. civ., 1988, II, 117; il più autorevole tentativo di comporre lo sdoppiamento di personalità dell'istituto è nella nozione di contratto ad oggetto pubblico di GIANNINI, op. ult. cit., 860; più in particolare, le convenzioni urbanistiche rientrerebbero nella *species* dei contratti sostitutivi (pag. 873); per un proficuo confronto delle opinioni dottrinali su alcune delle più importanti problematiche, cfr. AA.VV., Convenzioni urbanistiche e tutela dei rapporti tra privati, a cura di M. COSTANTINO, Milano, 1978). In proposito è forse, per ora, prematuro mettere in circolo le implicazioni e le suggestioni indotte dalla disposizione dell'art. 11 l. 7 agosto 1990 n. 241 (recante nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), a termini del quale vengono introdotti nell'ordinamento «accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero, nei casi previsti dalla legge, in sostituzione di questo». Facile è, tuttavia, la previsione che si dovrà probabilmente fare i conti con tale nuova norma, anche se è d'obbligo la riserva riguardo alla possibilità che le convenzioni urbanistiche possano trovare posto nell'ambito della nuova categoria di accordi previsti dell'art. 11 l. cit.

III. - Poste queste premesse di ordine generale e fissati almeno alcuni punti di riferimento, è tempo di tornare all'esame del complesso percorso motivazionale della pronuncia in epigrafe, all'interno del quale si rinvergono affermazioni di interesse anche autonomo rispetto al precipuo *decisum*, e alcune delle quali solo per *celia* può dirsi rivestano il rango di *obiter dicta*. Ci riferiamo, ad esempio, alla recisa asserzione secondo la quale l'unico limite all'autonomia negoziale «non è costituito dalla necessità di salvaguardare il principio del cosiddetto numero chiuso dei diritti reali, ma dalla gamma di utilità che l'ordinamento attribuisce ai beni» (sul principio dei *numerus clausus*, v., da ultimo, M. COMPORI, Diritti reali, voce dell'Enciclopedia giuridica Treccani, 1989, XI, 5), ovvero all'altra, piuttosto ambigua, per la quale «l'impegno dei privati di eseguire opere, con o senza cessione di aree, va considerato e qualificato nei suoi effetti giuridici attinenti alla destinazione dei beni che ne formano oggetto, essendo giuridicamente consentito che l'autonomia privata – nel caso di *specie combinata* e rafforzata dall'autonomia dell'ente pubblico – incida su beni futuri» (per un

cenno all'autonomia privata degli enti pubblici, v. GIANNINI, op. ult. cit., II, 500 s.). Entrambi i brani ora riportati sono estrapolati da quella parte della motivazione nella quale l'estensore ha espresso – anche dal punto di vista quantitativo, come si accennava all'inizio – il massimo sforzo argomentativo. Anzi, l'espansione data all'ipotesi attinente all'«atto di destinazione economica, quale elemento integrativo della vicenda circulatoria», ha finito col diventare, come è confermato dagli scolii, incidentali o non, della pronunzia in rassegna (cfr. P. STELLA RICHTER, op. cit., 1059, e M. COSTANTINO, Sentenze d'un anno. Proprietà, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1990, 682), il proprium, di quest'ultima. Non può negarsi che, ultimata la prima lettura della sentenza, l'impressione sia quella di trovarsi dinanzi una motivazione dall'andamento speculativo e «dottrinale» (pochi, si noti, soprattutto in questa parte, i richiami di giurisprudenza), tesa ad affrontare ex professo lo spinoso problema dei c.d. vincoli di destinazione (anche qui ci limitiamo a segnalare M. CONFORTINI, Vincoli di destinazione, in Dizionario del diritto privato a cura di N. IRTI, Milano, 1980, 871, ss., e A. FUSARO, Destinazione (vincoli di), voce del Digesto civ., 1989, V, 321 ss., evidenziando quest'ultimo, in limine, come «la letteratura specificamente incentrata sul vincolo di destinazione è ridottissima; quella che lo illumina di scorcio è sterminata»; e ciò conferma, se pure in modo assai indiretto, l'opinione, ivi espressa, della non raggiunta unità di vedute in materia). Tuttavia, anche ad una seconda, più attenta lettura, rimane il dubbio che la cospicua dissertatio sull'atto di destinazione, peraltro oggetto di critiche già segnalate (ad opera di STELLA RICHTER, op. cit., 1059; in giurisprudenza, cfr., in un caso, però, attinente ad un vincolo di una costruzione a villetta, Cass. 7 gennaio 1984, n. 99, Foro it., Rep. 1984, voce Edilizia e urbanistica, n. 452), assuma un ruolo sproporzionato nell'economia dei motivi della decisione, laddove la corte stessa individua, ineccepibilmente, la «materia del contendere» nella «interpretazione della clausola 13 della convenzione di lottizzazione», oggetto di causa; più precisamente, se non erriamo, era in fondo in discussione l'equilibrio dei rispettivi impegni contrattuali, turbato, a dire della società ricorrente, dal corpo estraneo della clausola sunteggiata all'inizio; anche se l'unico complesso motivo di ricorso per cassazione, pur non abbandonando per ragioni di coerenza difensiva la tesi della nullità per contrasto della convenzione con il principio dell'invalidità della promessa di donazione, per giunta, di bene futuro (tesi che, in se stessa, aveva perso assai mordente, essendo stata disattesa nei precedenti gradi di merito), puntava ora, più sottilmente, sulla compatibilità della suddetta clausola con le norme in tema di lottizzazione urbanistica.

IV. - Quanto al lungo excursus sull'atto di destinazione, considerato, sulla scorta delle apologie del municipio controricorrente, come un prius rispetto all'obbligo contrattuale propriamente detto di costruzione e di cessione gratuita del piano per la scuola materna, oltre quanto già osservato da altri (cfr. ancora STELLA RICHTER, op. cit., 1059), va sottolineato che, nel caso di specie, la destinazione convenzionale afferiva ad un bene non ancora esistente in rerum natura, il che, invero, non è sottaciuto in motivazione, anche se poi le esemplificazioni fornite (atto di destinazione a pertinenza nell'alienazione della cosa principale, atto di destinazione unitaria nell'alienazione di un'universalità di mobili, ecc.) concernevano sempre beni esistenti nella loro corporea fisicità, il che, se non c'inganniamo, sembra valere, in parte, anche per il caso, pure menzionato in motivazione, dell'atto di individuazione nella vendita di genere (sull'individuazione in generale, e con riferimento agli atti di destinazione, v. L. RICCA, Individuazione, voce dell'Enciclopedia del diritto, 1971, XXI, 173 e 177), come sembra potersi desumere dal plurisecolare principio *genus numquam perit*. Se, infatti – ci si passi la traduzione *paene ad verbum* – il genere non muore mai, vuol dire che, almeno nell'ipotesi di *genus illimitatum*, esiste sempre (sulla distinzione tra *genus illimitatum* e *genus limitatum* e relative conseguenze, v. D. RUBINO, La compravendita, in Trattato fondato da CICU e MESSINEO, Milano, 1952, 79 s., 93 s.), e quindi, prima dell'individuazione, esistono le cose trascelte, nell'ambito del *genus* e ai fini del diritto, con l'individuazione medesima. Non s'intende qui aprire un nuovo fronte problematico (e polemico?) intorno alla configurabilità di una destinazione

convenzionale impresa, come nel caso di specie, ad un bene non ancora esistente; ma la sentenza a riguardo, ammettendone esplicitamente la giuridica possibilità, oltre a riaprire non sopite questioni (quale quella, sintenticamente indicata sempre da STELLA RICHTER, op. cit., 1059, del momento decisivo ai fini all'acquisto della qualità di bene pubblico), mostra all'evidenza come si debba (con urgenza?) por mano ad uno studio di teoria generale sugli atti e i vincoli di destinazione, che ambisca a sciogliere i nodi problematici ancora irrisolti (compito «istituzionalmente» dottrinale, che poco si addice alla «fondamentale funzione nomofilattica» della Cassazione).

V. - Riguardo alla questione dell'equilibrio sinallagmatico, la Cassazione taglia corto, argomentando nel senso che l'incriminata clausola 13 trovava «ragionevole rispondenza nell'economia globale della convenzione», in virtù della quale al lottizzatore era pur sempre consentita «la costruzione di altri piani da utilizzare a suo libito». Più produttiva, allo scopo di introdurre considerazioni di ordine generale, è, invece, l'esame di quella parte della motivazione dedicata alla verifica della compatibilità della convenzione con i principi regolatori della materia della lottizzazione. Qui il riferimento a Cass. 20 luglio 1988, n. 4715 (Foro it., 1989, 126, con nota di G. PASCUZZI, e, ivi, richiami di dottrina e di giurisprudenza) disvela la (provvisoria?) chiusura del circolo compiuta con la sentenza in rassegna. La pronunzia da ultimo citata aveva statuito che il privato, il quale nel vigore della c.d. legge ponte avesse ceduto gratuitamente al comune un suolo quale condizione del rilascio della licenza edilizia, non può pretendere la restituzione dell'area ove la pubblica amministrazione non ne abbia fatto l'uso che era stato originariamente previsto. Per giungere a tale conclusione in quel caso la Cassazione non solo trasse argomento dello stesso art. 10 l. 6 agosto 1967 n. 765 (norma che introdusse «nel sistema il principio di onerosità del riconoscimento dello ius aedificandi, sia pure, all'epoca, nella forma indiretta del concorso alle opere di urbanizzazione», poi esplicitato con la successiva l. 28 gennaio 1977 n. 10), ma ritenne di avere man forte dal precedente art. 8 della stessa legge ponte, il quale prevede la cessione gratuita di aree da parte del proprietario che chiede di poter procedere alla lottizzazione del proprio terreno.

Ora, con la pronunzia che si riporta, la lettura in fusione degli art. 8 e 10 (regolanti istituti diversi) si completa e si definisce ulteriormente, ma in senso inverso; giacché con riferimento alla fattispecie questa volta giunta al vaglio del Supremo collegio, si è ritenuto che l'obbligazione contrattuale in capo al privato di costruire, piuttosto che cedere gratuitamente (come previsto dall'art. 8 l. cit., il quale, tra l'altro – è bene ricordarlo – parla di assunzione, a carico del proprietario, di una quota parte delle opere di urbanizzazione secondaria), non solo non s'imbatte in alcun divieto o preclusione normativi, ma troverebbe un avallo ex lege nell'art. 10 l. n. 765 del 1967 (successivamente alla stipula della convenzione, nel 1973, l'obbligazione di realizzare direttamente le opere di urbanizzazione è stata espressamente prevista nell'art. 11 l. 28 gennaio 1977 n. 10, ammessa dal precedente art. 7 della stessa legge e riconosciuta da Cass. 28 novembre 1984, n. 6178, Foro it., Rep. 1984, voce cit., n. 500; 3 luglio 1979, n. 3723, id., Rep. 1979, voce Energia elettrica, n. 97, come evidenziato anche da STELLA RICHTER, op. cit.; per una prima proposta di coordinamento – con considerazioni parzialmente incidenti sulla tematica oggetto di causa – della norma in materia di lottizzazione della l. 28 gennaio 1977 n. 10 con la normativa precedente, v. M. BESSONE, Natura giuridica dei piani di lottizzazione, 246 ss., e S. AMOROSINO, Il piano di lottizzazione nel nuovo regime dei suoli, 546 ss., in AA.VV., Convenzioni urbanistiche e tutela dei rapporti tra privati, cit.).

E da queste deduzioni all'affermazione (di ordine generale?) secondo la quale la legge ponte, «richiedendo la collaborazione dei privati nella realizzazione delle opere di urbanizzazione, ha in definitiva posto un onere a carico dei privati medesimi il cui contenuto va di volta in volta determinato dalla pubblica amministrazione» (sebbene da altro punto di vista, in dottrina, segnala la possibilità di convenzioni «atipiche», MAZZARELLI, op. ult. cit., 4, mentre GALLETTO, op. cit., 120 s., propende per la nullità, sotto il profilo dell'indisponibilità del potere pianificatorio che fa capo ai comuni, delle forme di accordo, nell'ambito della c.d. «urbanistica contrattata», non riconducibili

alle species canonizzate da convenzionamento, v., in giurisprudenza, in senso analogo, ma con riferimento ad una fattispecie in tema di licenza edilizia, Cass. 9 maggio 1981, n. 3052, Foro it., Rep. 1981, voce Edilizia e urbanistica, nn. 346, 534 e, per esteso, in Giust. civ., 1981, I, 2647) il passo è breve, ma importante e foriero di non preventivabili implicazioni (allo stato).

Collegando quest'ultima conclusione con la concomitante esaltazione in sentenza dell'autonomia privata – «nella specie combinata e rafforzata dall'autonomia dell'ente pubblico» – si dovrebbe desumere che la pronuncia in epigrafe rappresenti un ulteriore avallo al corso giurisprudenziale incline all'inquadramento contrattualistico delle convenzioni edilizie e di lottizzazione in particolare. E va considerato, per giunta, che le norme applicabili hanno svolto, nel caso di specie, un ruolo di mera cornice alle pattuizioni contrattuali, senza che potesse altresì giocare in senso favorevole al privato invocare la delibera comunale con la quale erano stati fissati i criteri di massima da osservarsi nelle convenzioni per la lottizzazione. A riguardo – come già accennato –, può ricordarsi che già «la l. 1967 n. 765 costituì una revisione della legge urbanistica base del 1942, e volle reagire al disordine urbanistico cui essa aveva dato luogo; quindi, pur senza dirlo espressamente, assunse un atteggiamento contrario alle convenzioni urbanistiche libere» (sono parole di GIOVANNINI, op. ult. cit., II, 876; e ribadisce tale profilo, evidenziandone aspetti di specie, anche E. DALFINO, L'interesse pubblico nelle lottizzazioni edilizie, Milano, 1979, 38 ss.). Qualche considerazione in ordine sparso: dalle autorevoli notazioni ora riportate traspare la preoccupazione che una troppo disinvolta gestione convenzionale produca conseguenze nefaste o non desiderabili sul piano urbanistico, mentre il caso giunto questa volta alla cognizione di legittimità esemplificherebbe (il condizionale è d'obbligo) un'ipotesi nella quale l'autonomia privata si è, per così dire, rivolta contro se stessa nella persona del privato lottizzatore. E ciò probabilmente trova spiegazione, al di là delle divergenti posizioni intorno alla natura giuridica della lottizzazione convenzionata, nell'indubbio deficit di schietta sinallagmaticità (sul punto v. MAZZARELLI, Le convenzioni urbanistiche, cit., 292 e 294; a titolo di esempio, in senso antisinallagmatico, v. Trib. Vicenza 4 maggio 1985, Foro it., Rep. 1985, voce cit., n. 505 e Giust. civ., 1985, I, 2616, con nota di CACCIAVILLANI; in senso, invece, spiccatamente propenso a valorizzare il profilo della corrispettività in fattispecie, però, relativa all'abrogato contributo di miglioria, v. Cass. 19 gennaio 1981, n. 445, Foro it., 1982, I, 1394), il che rende raccomandabile, a parere di chi scrive, un più puntuale rispetto sia delle prescrizioni legali, sia delle deliberazioni comunali in sede di redazione delle convenzioni, ad evitare che in esse siano ricevute squilibrate ed impreviste sistemazioni di interessi.

VI. - La favola insegna che, se il privato lottizzatore poco avveduto subisce l'inserimento di una clausola, la quale non integra un'invalida promessa di donazione di cosa futura, ma è pur sempre, di fatto, un regalo all'amministrazione comunale, imputet sibi la svantaggiosa pattuizione. Può darsi che egli abbia sopportato un sacrificio economico non adeguatamente (o affatto) corrispettivo, mentre il municipio si sarà accaparrato, a costo zero, una scuola materna; ovvero che l'interesse del privato lottizzatore rimanga soddisfatto solo nella misura in cui l'esercizio delle proprie chances edificatorie sarà, comunque, remunerativo, mentre, todo modo, l'interesse pubblico all'acquisizione di un'opera di urbanizzazione secondaria sarà senz'altro appagato. Altro sarebbe il discorso se qualcuno dovesse intravedere, senz'altro al di là delle intenzioni del giudice di legittimità, una morale meno edificante nelle conclusioni ribadite in occasione della pronuncia in epigrafe, e cioè che in quest'ultima sia contenuto, in nuce, il fomite o l'abbrivio per una piena disponibilità degli interessi in giuoco (pubblici o privati), la soccombenza dei quali (secondo i casi, degli uno o degli altri) segnerebbe la ricaduta negli errori e distorsioni del passato.

ROBERTO CASO - FRANCESCO CASO