

## Giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo

***Natura giuridica dell'articolo 2932 c.c., e sua compatibilità con la struttura del processo amministrativo e con i principi di effettività della tutela ex art. 1 c.p.a., nonché con l'art. 24 Cost.***

*(Nota a Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza 20 luglio 2012 n. 28)*

***Angela Fragomeni\****  
***Giuliano Gambardella\*\****

*SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La decisione. - 3. L'evoluzione storica dei poteri attribuiti al giudice ordinario e al giudice amministrativo. - 4. Natura giuridica dell'art. 2932 c.c. e la sua applicabilità da parte del giudice amministrativo. - 4.a) Fondamento e inquadramento sistematico dell'azione ex art. 2932 con specifico riferimento alla trascrizione. - 4.b) L'azione di esecuzione specifica ex art. 2932 c.c. nella giurisdizione esclusiva. Profili processuali alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali. - 4.c) Breve disamina sulla efficacia soggettiva del giudicato amministrativo e rapporto col giudizio di ottemperanza. - 5. Le principali ipotesi di giurisdizione esclusiva e relativa applicazione con riferimento ad edilizia economica e popolare. - 6. Conclusioni.*

### *1. Premessa.*

Con la sentenza resa in Adunanza Plenaria n. 28/2012, il Consiglio di Stato torna ad occuparsi della problematica afferente all'applicabilità dell'articolo 2932 c.c. al processo amministrativo.

In particolare, con la pronuncia in rassegna, i giudici di Palazzo Spada sono arrivati alla conclusione di attribuire alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e non anche a quella del giudice ordinario, l'applicabilità dell'azione ex art. 2932 c.c. con riferimento alle opere di urbanizzazione ed alla cessione gratuita all'ente delle aree stradali e dei servizi. Quello che più appare poco chiaro, nonché suscettibile di osservazioni all'interno della pronuncia in esame è l'aspetto inerente la natura giuridica dell'azione di cui all'art. 2932 c.c., con particolare riferimento al *quomodo* attraverso cui il giudice potrà procedere, effettivamente ed in concreto, all'esecuzione forzata, non anche a quella coattiva. Se è vero infatti che si ha la legittima facoltà di procedere in ottemperanza ai fini della cessione di un bene della pubblica amministrazione, *quid iuris* laddove si proceda in ottemperanza per un bene privato?

---

(\*) Avvocato del libero Foro.

(\*\*) Dottorando di ricerca in Diritto amministrativo, Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

*La nota che qui si pubblica è stata revisionata, prima dell'invio in redazione, dall'avv. IGNAZIO FRANCESCO CARAMAZZA.*

## 2. *Decisione.*

Nella decisione *de qua*, il Supremo Consesso Amministrativo ha risolto due importanti problematiche.

Per quanto concerne la prima, si trattava di decidere sull'applicabilità o meno dell'articolo 2932 c.c. al processo amministrativo, ed il Consiglio di Stato ha accolto le tesi dell'Amministrazione.

Per quanto concerne invece la seconda problematica, i giudici di Palazzo Spada dovevano verificare se sussisteva la giurisdizione, che è stata riconosciuta al giudice amministrativo.

## 3. *L'evoluzione storica dei poteri attribuiti al giudice ordinario e al giudice amministrativo.*

La tematica affrontata dalla sentenza in rassegna richiede preliminarmente di soffermarsi sui poteri attribuiti dall'ordinamento al giudice ordinario e al giudice amministrativo. Per quanto concerne i poteri del giudice ordinario, bisogna distinguere principalmente tra poteri cognitori e poteri decisorii, mentre la legge cui bisogna fare riferimento è quella abolitrice del contenzioso amministrativo, le cui disposizioni devono essere richiamate. Stabilisce l'articolo 2 della legge n. 2248 del 1865 allegato E., che il sindacato del giudice ordinario sulle controversie aventi ad oggetto un diritto soggettivo in cui sia parte una pubblica amministrazione non trovava e non trova ostacoli di carattere oggettivo, nel senso che non ostava e non osta la presenza di un formale provvedimento dell'autorità amministrativa, né rileva che si tratti di atti dell'amministrazione dello Stato o di altra pubblica amministrazione. A stabilire, più dell'articolo 2 una linea di demarcazione rispetto alla funzione amministrativa è l'articolo 3 della legge n. 2248/1865 e ciò lo si desume soprattutto dall'inciso "gli affari non compresi nell'articolo precedente" e che riservava all'amministrazione la tutela giustiziale in materia di interessi.

Contrariamente all'articolo 3, l'articolo successivo parla esplicitamente di limitazioni, stabilendo che "*i tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto in relazione all'oggetto dedotto in giudizio*", precisando subito dopo il contenuto di questi divieti: "*l'atto amministrativo non potrà essere revocato né modificato, nemmeno dopo che sia stata accertata e dichiarata l'illegittimità*".

A completare il divieto imposto al giudice ordinario e la riserva di amministrazione è l'articolo 4 secondo comma, che stabilisce che la revoca e/o modifica dell'atto pur dichiarato illegittimo, è appunto riservata "*alle competenti autorità amministrative*" alle quali l'interessato può richiederla.

L'articolo appena menzionato, insieme all'articolo successivo, costituiscono un limite all'esercizio dei poteri del giudice ordinario e precisamente un limite interno, concernente appunto i poteri del G.O. in relazione agli atti amministrativi e tale limitazione trova fondamento nel principio di separazione dei poteri. Quest'ultimo comporta che ogni potere debba rimanere nei propri

limiti e perciò l'amministrazione è legittimata ad emanare i provvedimenti amministrativi, ed il giudice deve giudicare; se si ammettesse che quest'ultimo abbia la possibilità di annullare, revocare o modificare il provvedimento che gli viene sottoposto, gli si darebbe il potere, sia pure nel caso singolo, di sostituirsi all'organo amministrativo competente.

Manca da esaminare però l'articolo 5, che, altro non è, se non un corollario dell'articolo precedente. Infatti quando la legge stabilisce che "*applicherà gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi*" significa che, ove questa conformità sia esclusa in conseguenza di un'accertata illegittimità, il giudice non solo non è tenuto ad applicarli, ma è tenuto a non applicarli e quindi a disapplicarli.

Disapplicare il provvedimento significa risolvere la controversia come se il provvedimento non esistesse, ricostruendo quindi il rapporto controverso prescindendo dagli effetti dallo stesso prodotti.

Voci autorevoli (1) usano distinguere tra disapplicazione principale ed incidentale.

La prima si ha quando l'atto disapplicato è la fonte diretta della lesione (è il provvedimento che incide direttamente sul diritto soggettivo devoluto al giudice ordinario).

Nel secondo caso, invece, il provvedimento da disapplicare avviene solo in via indiretta, senza essere la fonte diretta della lesione, nell'ambito del rapporto in cui oggetto principale è altro (ad esempio una controversia tra due proprietari confinanti in cui si discute la legittimità del permesso di costruire rilasciato dalla P.A. a favore di uno dei due).

Va pertanto precisato che i limiti di cui agli artt. 4 e 5 L.A.C. non sono stati costituzionalizzati, nel senso che, non è precluso al legislatore ordinario attribuire al G.O. sempre a tutela di diritti soggettivi, anche il potere di annullare o modificare atti amministrativi (così come accade anche per le sanzioni amministrative, per i decreti di espulsione e per i provvedimenti del Garante della *Privacy*).

Un altro approfondimento, per avere una visione completa e chiara dei poteri spettanti al giudice ordinario, va fatto con riferimento alla proponibilità delle azioni ed alle relative pronunce.

Secondo autorevole dottrina (2), le pronunce del giudice ordinario nelle controversie in cui sia parte la P.A. possono essere classificate principalmente in: sentenze di condanna, sentenze dichiarative, sentenze di accertamento, sentenze costitutive, di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto ed azioni possessorie e di enunciazione.

Per quanto concerne le sentenze di condanna a tutela dei diritti di credito,

---

(1) R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 1026.

(2) G. CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile*, Giuffrè, Milano, 1993.

è pacifica in linea di principio la loro ammissibilità, a condizione però che si specifichi il tipo di prestazione che viene imposta con la pronuncia, dato che non tutte le prestazioni possono essere ingiunte dal giudice ad una amministrazione, sempre in ossequio alle regole di riserva in favore di questa.

Nessun problema, invece, si pone per l'ammissibilità delle sentenze di condanna al pagamento di una somma di denaro, trattandosi di un bene assolutamente fungibile.

Nessun dubbio sull'ammissibilità delle sentenze dichiarative (dette anche di mero accertamento), che costituiscono la forma tipica delle sentenze del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione, dirette all'accertamento di uno stato di fatto o di diritto, in ordine all'accertamento della illiceità di un atto o comportamento e ciò al fine di eliminare l'incertezza e il dissenso interno ai medesimi e, nel contempo, di procurare una prova pubblica ed incontestabile della situazione accertata (3).

L'altra tipologia delle sentenze, pacificamente ammesse, anche in dottrina (4) sono quelle di accertamento, che non pongono nel nulla alcun atto amministrativo, né impongono coattivamente prestazioni di vario genere, né si sostituiscono all'amministrazione nell'esercizio di una potestà amministrativa, limitandosi invece a fare chiarezza su un punto di fatto o di diritto controverso o comunque incerto, per riconoscere o contestare una pretesa che assuma di trovare il proprio fondamento proprio su di esso. Ed è a questo risultato di certezza ufficiale ed incontrovertibile (una volta che si sia formato il giudicato) che tende la domanda giudiziale e che questo tipo di sentenze assicura (5).

Contrariamente alle precedenti sentenze, come osserva la più autorevole dottrina (6) è pacifica l'ammissibilità delle sentenze costitutive, in quanto modificative del preesistente rapporto tra le parti. Le limitazioni poste dall'art. 4 L.a.c. sono ostative a questo genere di sentenze, dato che l'annullamento o la

---

(3) *“Le azioni dichiarative, sempre consentite contro la P.A., sono quelle dirette all'accertamento di uno stato di fatto o di diritto (dichiarazione dell'illegittimità o dell'illiceità di un atto o un comportamento amministrativo) al fine di eliminare l'incertezza ed il dissenso interno ai medesimi e di procurare una prova pubblica ed inconfutabile della situazione accertata”* in FRANCESCO CARINGELLA, *Giustizia amministrativa*, III ed., Simone, Napoli 2003.

(4) *“Del tutto pacifica l'ammissibilità dell'azione di accertamento: perché l'accoglimento della domanda non modifica l'assetto esistente (non incide cioè sull'atto emesso dall'autorità), ma si limita ad accertare una situazione giuridica o di fatto: per es., che una certa area che secondo l'autorità fa parte del demanio, in realtà è di proprietà privata”* in G. CORSO, *La giustizia amministrativa*, II ed., Il Mulino, Bologna, 2002.

(5) N. SAIITA, *Sistema di giustizia amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 22.

(6) *“Poiché il giudice ordinario non può sostituirsi all'autorità amministrativa nell'esercizio delle potestà pubblicistiche, è da escludersi, al di fuori delle ipotesi previste dalle leggi speciali (stato civile, liste elettorali, depenalizzazione), la proponibilità nei confronti della pubblica amministrazione di azioni costitutive, sia che esse tendano all'annullamento, revoca, riforma di un provvedimento richiesto dal privato (ad. es. autorizzazione, concessione) e negato dall'amministrazione”* in GUIDO ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, VIII ed., vol. II, Giuffrè, Milano, 1958.

semplice modifica di un provvedimento amministrativo comporta sempre effetto creativo, modificativo ed estintivo, in contrasto con il principio di separazione dei poteri dello Stato.

Ancor più problematica, soprattutto nel caso di specie, è, secondo la dottrina più illuminante (7), l'ammissibilità nell'ambito delle sentenze costitutive, delle azioni dirette ad ottenere l'emanazione di una sentenza che, rilevato l'obbligo dell'amministrazione di concludere un contratto, tenga luogo del contratto non concluso (art. 2932 c.c.). A ben guardare, la proponibilità appare scontata sol che si rifletta sul carattere ormai vincolato dell'attività demandata all'amministrazione una volta che sia sorto l'obbligo di stipulare e sul fatto che il giudice, quando pronuncia a norma dell'art. 2932, "non impone alla P.A. un comportamento determinato, né realizza coattivamente la prestazione ad essa dovuta, ma attua la legge attraverso la pronuncia costitutiva" (8).

Per completezza espositiva si citano anche le azioni possessorie, quelle di enunciazione o quasi possessorie, quando destinataria di esse sia una pubblica amministrazione.

---

(7) M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, a cura di E. Cardi e A. Nigro, VI ed., Il Mulino, Bologna, 2002.

(8) N. SAIITA, N. SAIITA *bis*. Della retrocessione dei beni espropriati non utilizzati o non utilizzabili per lo scopo per il quale erano stati originariamente espropriati, che nel caso in cui l'amministrazione espropriante non adempia al suo obbligo di restituire questi beni, obbligo che non è di sola e semplice dazione materiale del bene, ma anche di ritrasferimento della proprietà agli aventi diritto, il ricorso al giudice non può che mirare ad una sentenza che è solo per un aspetto di condanna alla restituzione, essendo, soprattutto, una sentenza costitutiva, dove il trasferimento della proprietà dei beni retrocedenti, ossia l'effetto costitutivo reale che sarebbe conseguito da un consensuale atto di compravendita, viene ricollegato direttamente ed esclusivamente alla pronuncia del giudice. In tal caso, ancorché sia esatto che la sentenza tiene luogo del contratto non concluso (ipotesi del tutto identica all'art. 2932 c.c.), non può superficialmente affermarsi, per poi trarne un preteso divieto, che la volontà del giudice si sostituisce inammissibilmente a quella dell'amministrazione dato che la sentenza nulla aggiunge a quanto la stessa legge prevede (naturalmente a beni retrocedenti già individuati ed a prezzo di retrocessione già determinato), sicché il ritrasferimento del diritto di proprietà non è imputabile ad una volontà (quella del giudice) diversa da quella dell'amministrazione espropriante ed alla quale si sostituirebbe, ma è opera della legge e la sentenza di retrocessione non è altro che lo strumento attraverso il quale si attua la volontà della legge stessa.

Entrato in vigore il d. lgs. 80/1998, si pensò che le controversie in materia di retrocessione totale fossero ormai divenute di competenza del giudice amministrativo, con la conseguente vanificazione delle dispute di cui sopra circa il potere del giudice ordinario, che non potevano riguardare il giudice amministrativo subentrato al primo. Le pronunce della Corte Costituzionale hanno però rimescolato il tutto rimettendo in discussione la giurisdizione del giudice amministrativo in una materia che non presentava gli stessi elementi di esercizio di potere autoritativo, la retrocessione essendo interamente prefigurata dalla legge - indicati dalla giurisprudenza costituzionale come connotati indefettibili per l'attribuzione della competenza esclusiva al giudice amministrativo.

Un riscontro significativo di questa ennesima svolta dell'esame delle questioni connesse alla retrocessione totale si registra in giurisprudenza (T.a.r. Toscana, Sez. I, 6 novembre 2006, n. 5079), dove si legge che "a seguito delle pronunce di incostituzionalità, le controversie in materia di diritto alla retrocessione totale ex art. 63 legge 25 giugno 1865, n.2359, già pacificamente devolute all'autorità giudiziaria ordinaria (Cass. Sez. Unite, 8 giugno 1998, n. 5619), devono nuovamente ritenersi estranee alla giurisdizione esclusiva (T.a.r. Lazio, Sez. II, 13 marzo 2006, n. 1916; T.a.r. Puglia Sez.II, 6 Giugno 2005, n. 2742; T.a.r. Basilicata, 21 dicembre 2004, n. 839)".

Entrambe le azioni possessorie tipiche non sono in linea di principio esperibili perché vi osta l'inammissibile prestazione che sarebbe ingiunta dalla sentenza di condanna a cui tendono.

Analizzate le attribuzioni del giudice ordinario ed i suoi limiti, è ora necessario, per capire la decisione in commento, esaminare i poteri del giudice amministrativo.

Autorevole dottrina (9), non aveva mancato di osservare che, la giurisdizione amministrativa ordinaria non è assolutamente unitaria, nel senso di presentare gli stessi contenuti e le stesse forme di esercizio della potestà giurisdizionale.

Esistono tre tipi di giurisdizione, rispettivamente di legittimità, di merito e speciale.

Originariamente prevista nel testo unico del Consiglio di Stato e poi confluita nel codice del processo amministrativo, questa classificazione è posta dalle norme; in particolare, l'art. 26 del testo unico prevede la competenza di legittimità; l'articolo successivo dello stesso testo, la competenza "anche nel merito"; l'articolo 29, della competenza esclusiva. Delle ultime due competenze si occupavano rispettivamente gli artt. 1 e 4 del t.u. delle giunte prov. Amministrative, non più in vigore, successivamente l'art. 7 della legge T.a.r. ed ora il codice del processo amministrativo che mantiene la tripartizione del 24, indicando i tre tipi di giurisdizione nel comma 3 dell'art. 7 per poi descriverne il contenuto nei tre commi successivi ed il quadro generale che ne risulta non è affatto nuovo.

La classificazione non è omogenea (10), perché la distinzione tra i tre tipi di competenze non si fonda su di un criterio unico. Infatti la distinzione fra i due tipi di competenze, la competenza di legittimità e quella "*anche in merito*", è ottenuta sulla base della considerazione del potere di cognizione, vale a dire del tipo di sindacato esercitato, del giudice amministrativo. Nella competenza di mera legittimità, esso giudica della legittimità dell'atto amministrativo e cioè della conformità dell'atto a principi e precetti giuridici e può pronunciare solo l'annullamento del medesimo; nella competenza di merito invece il giudice può sindacare anche l'opportunità dell'atto e cioè la conformità di esso a principi e regole di buona amministrazione e può non solo annullare l'atto amministrativo ma anche sostituirgli totalmente o parzialmente un proprio atto (artt. 26, 27 e 45 t.u. C.d.s. e art. 26 legge T.a.r.). Invece l'individuazione della giurisdizione esclusiva è ottenuta con riferimento alla natura delle situazioni giuridiche in ordine alle quali si esercita la giurisdizione, e più precisamente, con riferimento al fatto che essa cade anche su diritti soggettivi (art. 7 legge n. 1034/1971 come modificato dal d.lgs. 80/1998): si tratta

---

(9) M. NIGRO, *Op. ult. cit.*, p. 215.

(10) M. NIGRO, *Op. ult. cit.*, p. 216.

cioè di materie in cui, in deroga ai principi fondamentali di riparto delle giurisdizioni, il giudice amministrativo conosce non solo di interessi legittimi, ma anche di diritti soggettivi, in contrapposizione quindi a quella giurisdizione la quale, sia di legittimità o sia di merito, cade solo su interessi legittimi.

La dottrina più attenta (11) ha avuto modo di osservare che la distinzione tra competenza di legittimità, competenza “*anche in merito*” e competenza esclusiva risente, innanzitutto, di molte imprecisioni nelle collocazioni e qualificazioni operate dal legislatore.

Esempio è l'art. 27 n. 3 t.u. C.d.s. che elenca tra le materie di competenza “*anche nel merito*” e cioè non esclusiva, le contestazioni sui confini fra Comuni e province, che è invece da ritenere cadano sui diritti soggettivi e l'art. 29 n. 4 e ultimo comma t.u. C.d.s., che estende anche nel merito la competenza esclusiva del giudice amministrativo sulle controversie tra lo Stato ed i suoi creditori, derivante dall'applicazione delle norme sul debito pubblico, nelle quali controversie non vi possono essere né valutazioni di opportunità, né provvedimenti sostitutivi. Esistono poi delle difficoltà di definire l'ambito esatto di alcune attribuzioni legislative di competenza; per esempio l'estensione della giurisdizione esclusiva dei T.a.r. nelle materie, attribuite loro dall'art. 33 del d.lgs. 80/1998 foriero di problematiche applicative (12).

Si risente infine delle incertezze che altre volte i silenzi del legislatore ingenerano circa la natura della competenza attribuita al giudice amministrativo in certe materie.

Con l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, i casi di giurisdizione esclusiva di competenza del giudice amministrative sono stati raggruppati in una “norma catalogo” dello stesso tipo di quelle che raggruppano i casi di giurisdizione di merito, di competenza funzionale, di rito speciale, oppure elencano le disposizioni pregresse da abrogare o coordinare.

Merita precisare che il codice, all'art. 133, non offre ulteriori indicazioni di ordine procedurale che servano a caratterizzare sul piano applicativo le ipotesi di giurisdizione esclusiva, rispetto a quelle che già erano state fornite in precedenza dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Deroghe alle regole del processo amministrativo scaturiscono dal fatto che il giudice amministrativo, in queste circostanze, va a sindacare sui diritti soggettivi.

La prima deroga concerne i termini prescrizionali entro i quali ricorrere, fermi restando i termini decadenziali nei casi in cui si impugni un atto non paritetico lesivo di interessi legittimi.

Sotto il profilo processuale, una novità c'è e riguarda il fatto che il giudice amministrativo va a sindacare sui diritti soggettivi, pure ai fini risarcitori.

---

(11) M. NIGRO, *Op. ult. cit.*, p. 218.

(12) F. VILLATA, *Prime considerazioni sull'art. 35 del D. lgs. n. 80 del 1998*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1999, p. 2888 e ss.

Pertanto la disposizione di cui all'art. 7 comma 5 fa da *pendant* con quella di cui all'art. 7 comma 4 del C.p.a., quest'ultima concernente la disciplina della giurisdizione generale di legittimità. Come è stato osservato da voci autorevolissime (13), la norma sulla giurisdizione rende palese che quella innanzi al giudice amministrativo è una giurisdizione piena, nel senso che per le diverse posizioni giuridiche soggettive azionabili davanti il giudice amministrativo sono esperibili adeguati strumenti di tutela ivi compresa quella risarcitoria.

*4. Natura giuridica dell'art. 2932 c.c. e la sua applicabilità da parte del giudice amministrativo.*

*4.a) Fondamento e inquadramento sistematico dell'azione ex art. 2932 con specifico riferimento alla trascrizione.*

L'itinerario riformatore iniziato alla fine degli anni '90 e, confermato nella sostanza dalla giurisprudenza costituzionale (14), ha avuto di recente un importante sbocco normativo, a carattere organico nel d. lgs. n. 104/2010, attuativo della delega di cui all'art. 44 l. n. 69/2009, che contiene importanti principi innovativi.

Il mutamento dell'assetto della nostra giustizia amministrativa è stato rilevante. Ha acquistato un volto quasi irriconoscibile se comparato con quello anteriore. Contestualmente è mutato lo stesso diritto amministrativo come diritto sostanziale che regola i rapporti e stabilisce l'ambito delle situazioni protette che nei confronti dell'esercizio del potere emergono a tutela dell'ordinamento.

Attiene infatti al diritto sostanziale la previsione dei mezzi di tutela (le azioni) di cui le situazioni protette usufruiscono alla stregua dell'ordinamento, attraverso i quali esse, appunto, rilevano come situazioni protette (o situazioni giuridiche soggettive) piuttosto che come meri interessi di fatto. Dal diritto sostanziale viene individuato il livello di protezione delle diverse situazioni, delle une rispetto alle altre, livello che può essere differente nella valutazione dell'ordinamento nonché nei limiti consentiti dai principi costituzionali (15).

In tale nuovo assetto di tutela, le situazioni soggettive protette nei rapporti di diritto pubblico e raggruppate nel *genus* degli interessi legittimi ex art. 24 Cost. (16), tendono alla equiparazione rispetto alle situazioni protette nell'ambito dei rapporti di diritto comune, raggruppate nel *genus* dei diritti soggettivi

(13) R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2010.

(14) Corte Costituzionale, storiche sentenze 204/2004, 191/2006 e 140/2007.

(15) V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al Codice del processo amministrativo)*, in *Diritto Processuale Amministrativo* 2/2012, p. 470 e ss.

(16) Art. 24 Cost. "Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione. La legge determina le condizioni ed i modi per la riparazione degli errori giudiziari".



(17) ex art. 24 Cost., come quelle capaci di usufruire di tutti i mezzi di tutela riconosciuti dall'ordinamento giuridico.

L'assetto appena descritto è, non soltanto conforme ai principi costituzionali, bensì attuativo di essi, nonché dei principi di tutela giurisdizionale elaborati in sede europea: in particolare nella giurisprudenza della Corte di Giustizia U.E., che in ordine alle controversie in cui si applica il diritto comunitario detta principi vincolanti per gli Stati membri (18).

Questi si possono esprimere nel binomio della pienezza ed effettività della tutela (19) che, in termini generali, significa che tutte le situazioni protette devono poter usufruire dei mezzi di tutela, cioè le azioni, le quali, di fronte ad una determinata situazione protetta ed al tipo di rapporto in cui si colloca siano necessari ad assicurare che la protezione sia effettiva, quindi in grado di tradursi sul piano pratico nella soddisfazione sostanziale degli interessi che delle situazioni protette costituiscono il substrato sostanziale. L'estensione di tali principi alla tutela giurisdizionale nell'ambito dei rapporti di diritto pubblico, presuppone l'equiparazione del trattamento giuridico delle situazioni protette come situazioni sostanziali anche nei rapporti di diritto pubblico, laddove la peculiarità è che la soddisfazione dell'interesse è frutto nei casi concreti dell'esercizio del potere, la cui doverosità viene modulata diversamente rispetto ai rapporti di diritto comune.

L'esigenza della pluralità delle azioni a tutela di situazioni protette nell'ambito del diritto pubblico acquista valore costituzionale e appare inoltre impostata sui valori del giusto processo (20).

Insomma il pieno riconoscimento del carattere sostanziale degli interessi legittimi si identifica coi principi di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale e pertanto con la necessaria pluralità delle azioni (21).

Gran parte delle azioni previste a tutela delle situazioni protette nelle controversie di diritto pubblico sono tipiche, cioè previste dalla legge e sottoposte alle discipline proprie.

Vengono ammesse anche azioni atipiche, se richieste da particolari esi-

---

(17) V. CERULLI IRELLI, *Op. ult. cit.*, p. 471 ss.

(18) V. da ultimo, Corte di giustizia 18 marzo 2010, C-317/08, C-320/08; 14 febbraio 2008, C-450-2006; CEDU in *Riv. Dir. Internaz.*, 2010, 842; 31 marzo 2009, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2009, 1111 con nota M. DE VITO, *La Corte europea dei diritti dell'uomo si pronuncia ancora sul malfunzionamento della legge "Pinto" ma ne ribadisce l'effettività ex art. 13 Cedu*; V. CERULLI IRELLI, *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, in *Rivista It. Dir. Pubbl. Com.*, 2008.

(19) Consacrati dall'art. 1 c.p.a. che recita "La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo".

(20) Che diventano pertanto principi di rango costituzionale, vincolanti per l'interprete e a fronte dei quali occorre stabilire la legittimità di norme e istituti.

(21) A. PAJNO, *Il codice del processo amministrativo ed il superamento del sistema della giustizia amministrativa*. Una introduzione al libro I, in *Rivista di diritto processuale amministrativo*, fasc. 1, 2011, p. 100 e ss.

genze di tutela della situazione sostanziale (22).

Il principio di effettività, in particolare, trova nel nostro sistema fondamentale manifestazione nella previsione di un'efficace tutela esecutiva e relativa al giudizio di ottemperanza per alcuni aspetti dal carattere icastico rispetto alla tutela esecutiva di cui al codice di procedura civile; il che consente al giudice amministrativo, ricorrendo al commissario *ad acta*, di tradurre le sue statuizioni in atti e fatti che le pubbliche amministrazioni devono porre in essere a soddisfazione di pretese violate che il giudice accerti come fondate (23).

Le sentenze e gli altri provvedimenti a contenuto decisorio (principalmente le ordinanze cautelari) del giudice amministrativo sono esecutivi. In talune ipotesi, tuttavia, un'attività esecutiva è necessaria perché il provvedimento del giudice nel suo contenuto accertativo o dispositivo possa in concreto tradursi in fatti soddisfattivi delle pretese di parte che lo stesso giudice ha ritenuto fondate e che pertanto devono essere soddisfatte.

A tal proposito, parte della dottrina è molto critica nei confronti del rimedio esecutivo come rimedio utile ad assicurare una pronuncia che non si limiti alla declaratoria del torto di una parte e del diritto dell'altra, bensì elimini dalla scena giuridica l'atto e i suoi effetti (24).

Da qui quindi l'esigenza di verificare se la tutela nei confronti di situazioni potestative non possa godere in sede di giurisdizione civile di quel tasso di satisfattività che comporterebbe riconoscere all'organo giudicante la possibilità di produrre, tramite sentenza, l'effetto giuridico riconosciuto conforme all'ordinamento, ma non prodottosi, ricalcando altresì nei confronti dei poteri privati quella tecnica di difesa da lungo tempo sperimentata nel processo amministrativo rispetto al diritto pubblico.

La dottrina e la giurisprudenza non ammettevano la possibilità di esercizio consensuale del potere in ordine alle materie di urbanistica ed edilizia, tanto che dottrina autorevole sosteneva che perfino la lottizzazione edilizia in realtà era esercizio di funzione autoritativa di programmazione urbanistica nella quale la convenzione di lottizzazione aveva un ruolo meramente accessivo ed integrativo dell'efficacia del procedimento di pianificazione. Lo strumento di pianificazione appena contemplato, veniva inquadrato o nell'ambito della cosiddetta autorizzazione alla lottizzazione (ex art. 28 della legge urbanistica) ovvero nei cosiddetti contratti ad oggetto pubblico (25).

Ad ogni modo, in entrambe le soluzioni, per principio non poteva darsi luogo a fattispecie di applicazione dell'art. 2932 c.c., perché il potere discre-

---

(22) S. RAIMONDI, *Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunzie*, in *Rivista di diritto processuale amministrativo*, fasc. 8, 2011, p. 913 e ss.

(23) B. SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto. Ottemperanza amministrativa e tutela civile esecutiva*, Giuffrè, Milano, 1997.

(24) A. CORPACI, in *Diritto pubblico*, 1999, fasc. 2, p. 643 e ss.

(25) M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1993, p. 356 e ss.

zionale amministrativo e tecnico rimaneva nell'esclusiva sfera di disponibilità dell'amministrazione.

Quel che appare pacifico è l'elemento della "personalità", con riferimento all'art. 2932 c.c., il quale, pur avendo appunto natura personale, incide sulla sfera di autonomia di volontà del debitore, senza per questo però tangere la sua sfera giuridica. Si ricordi che la collocazione della norma all'interno del codice ha comportato qualche perplessità data l'ontologica differenza tra questa fattispecie rispetto agli altri tipi di esecuzione forzata. Nella Relazione di accompagnamento al Codice, infatti, si affermava che le ipotesi giuridiche riconducibili all'art. 2932 c.c. avrebbero potuto condursi più propriamente nella categoria dell'art. 2908 c.c. (sentenze costitutive). Tuttavia, è apparso più opportuno inserirlo nel quadro dell'esecuzione in vista della sua finalità. La *ratio* che ha giustificato l'inserimento di questa norma è stata l'esigenza di superare il fermo orientamento giurisprudenziale che all'epoca escludeva l'esperibilità di tale azione in assenza di una specifica previsione normativa, in quanto si riteneva che l'obbligo di fare contenuto nel contratto preliminare fosse incoercibile. Quel che si sosteneva era l'impossibilità per il giudice di adottare un provvedimento volto a surrogare la volontà di una parte di concludere il contratto definitivo, in quanto appariva inverosimile rendere possibile l'attuazione di un qualcosa che avrebbe potuto compiere proprio e solo il debitore (26).

Stando alla disciplina ad oggi vigente, la norma regola le fattispecie di violazione degli obblighi a contrarre di fonte non contrattuale, siano essi di fonte legale ovvero negoziale. La disposizione in parola non riguarda solo le ipotesi di inadempimento di un contratto preliminare, bensì ogni altra fattispecie da cui derivi l'obbligazione di prestare il consenso. Per quanto riguarda i preliminari che hanno ad oggetto la conclusione di contratti ad efficacia obbligatoria, si è ritenuto non dia luogo a sentenza produttiva di effetti del contratto non concluso l'ipotesi in cui sia previsto un mero obbligo di trasferimento del bene, senza che sia specificato o quantomeno indicato il tipo di contratto produttivo di tale effetto; ne consegue solo il risarcimento del danno in caso di inadempimento. La dottrina maggioritaria tende ad escludere l'applicabilità della presente disposizione ai preliminari ad effetti reali in ragione della mancanza del fatto materiale della *traditio* del bene oggetto del negozio che, unitamente alla manifestazione del consenso, costituisce elemento imprescindibile per tale tipologia di contratti (27). Essendo diretta a far valere un diritto di obbligazione nascente da un contratto al fine di conseguire una pronuncia che disponga il trasferimento del bene di pertinenza del pro-

---

(26) L. COVIELLO, *Contratto preliminare*, in *Enclopedia giuridica italiana*, III, 3, 2, Milano 1902, p. 68 e ss.

(27) G. CIAN, A. TRABUCCHI, *Commento all'art. 2932 c.c.* in *Commentario breve al Codice Civile*, VIII edizione, CEDAM, Padova, 2007, p. 3772.

mittente alienante, l'azione ex art. 2932 c.c. ha natura personale e non reale. Quindi potrà essere esperita nei confronti di chi ha assunto detta obbligazione.

Con l'avvento del Codice del 1942, in realtà, si aprì la via a nuove costruzioni teoriche, fondate sull'idea che l'oggetto del preliminare non era la semplice manifestazione della volontà di contrarre, bensì la promessa la quale, attraverso il compimento del negozio risultava già tecnicamente perfetta ed idonea a far passare l'entità giuridica dalla sfera dell'alienante all'altrui sfera giuridica. La posizione soggettiva del creditore venne configurata come diritto assoluto a cui corrispondeva un mero obbligo del debitore di conformare il fatto al diritto, ovvero sia l'obbligo di prestare il consenso. La volontà della stipulazione dell'atto si interpretò come una volontà di adempimento, meramente strumentale, che poteva essere sostituita dal provvedimento giudiziale in quanto l'obbligo risultava fungibile *ope legis*.

La parte maggioritaria della dottrina sosteneva che il perno attorno a cui ruota questo tipo di architettura fosse il principio "*solus consensus sufficit*", secondo cui la determinazione precettiva delle parti si traduce in un evento giuridico idoneo a trasporre in via immediata ed esecutiva il comportamento materiale del debitore inadempiente rispetto all'obbligo contenuto nel preliminare.

L'obbligo che discende dal preliminare, cioè, non è un generico obbligo a contrarre, ma rappresenta un obbligo specifico del debitore di far conseguire al creditore un determinato risultato già insito nel suo diritto potestativo: il debitore, cioè, non deve fare nulla per creare la situazione giuridica che fa capo al creditore; nulla può realmente fare per non subire gli effetti che discendono *ex lege* da questa tipologia di diritti.

Alla data odierna, appare pacifico che tutti i contratti, per cui sia necessaria la *traditio rei* per la realizzazione di interessi, sono validi ed efficaci in virtù dell'accordo (28).

Per questo profilo, quindi, la ricerca è tesa a dimostrare la generalità dell'ambito applicativo dell'articolo 2932 c.c, inteso quale espressione di un principio che va oltre la fattispecie ivi contemplata della mancata conclusione del contratto, per riguardare complessivamente la varia realtà dell'inadempimento dell'obbligo di prestare dichiarazione di volontà efficiente, consentendo così di dare tutela in forma specifica a tutti quei diritti il cui conseguimento dipende dall'esercizio di situazioni potestative altrui (29).

---

(28) G. PALERMO, *Contratto preliminare*, CEDAM, Padova, 1991, p. 36 e ss.

(29) Art. 2932 c.c. rubricato *Esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto*: "*Se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, l'altra parte qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso. Se si tratta di contratti che hanno per oggetto il trasferimento del titolo della proprietà di una cosa determinata o la costituzione o il trasferimento di un altro diritto la domanda non può essere accolta, se la domanda che l'ha proposta non esegue la sua prestazione ovvero non ne fa offerta nei modi stabiliti dalla legge, a meno che la prestazione non sia ancora eseguibile*".

L'assegnazione alla previsione sull'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto del rango di norma generale legittimante la surrogazione *ope legis* della volontà dovuta e mancata, passa attraverso la relativa azione in termini di tutela esecutiva nella forma di un processo in cui alla struttura cognitiva si affianca la soddisfazione del diritto.

In tal senso, allora, parte maggioritaria della dottrina si è espressa nel senso di una interpretazione generalizzante ed estensiva dell'art. 2932 c.c., che vada quindi oltre il contratto preliminare. In proposito, cioè, ricorrono le regole generali ermeneutiche ed applicative della legge in forza delle quali, ancor prima di valutare la generalità piuttosto che la specialità di una prescrizione normativa, occorre procedere all'analisi della sua *ratio*, quindi della funzione cui è teleologicamente orientata quella norma. È necessario, quindi, considerare la prescrizione quale risposta concreta ad un problema pratico, al fine di valutare se gli elementi del problema coincidano integralmente con quelli descritti dalla norma. La considerazione dell'art. 2932 c.c., come soluzione, permette quindi di affermare che il fatto che nella norma sia prevista la mancata conclusione del contratto identifica il mezzo di connotazione delle altre varietà di inadempimento dell'obbligo di prestare una dichiarazione di volontà efficiente. La legge, quindi, può rappresentarsi come produzione di effetti che ognuno ha diritto di chiedere con successivo diritto di vedere prodotti taluni effetti a seguito di provvedimento giudiziale (30).

La sentenza che consente l'attuazione giurisdizionale del diritto al contratto rientra nel novero delle sentenze costitutive determinando *ex nunc* il mutamento della situazione sostanziale che si sarebbe dovuto produrre a seguito del consenso prestato dalla parte che vi si era obbligata, agendo in tal modo come surrogato del contratto definitivo. A seguito del passaggio in giudicato della sentenza, si origina un rapporto di natura negoziale e sinallagmatica e l'efficacia sostitutiva della sentenza emessa ex art. 2932 c.c. non impedisce che gli effetti traslativi della sentenza stessa siano condizionati all'adempimento da parte del promissario acquirente di specifiche obbligazioni previste nel contratto preliminare, posto che la pronuncia giudiziale, sostituendo il contratto che avrebbe dovuto concludersi, non può avere un contenuto diverso da quello della promessa, laddove ciò sia possibile e non escluso dal titolo. La sentenza ex art. 2932 c.c. dovrà rispecchiare integralmente e fedelmente le convenzioni negoziali fissate dalle parti nel preliminare (31).

*4.b) L'azione di esecuzione specifica ex art. 2932 c.c. nella giurisdizione esclusiva. Profili processuali alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali.*

La sentenza ex art. 2932 c.c. è, in particolare, ammissibile solo laddove

---

(30) A. CORPACI, *Op. ult. cit.*, p. 645 e ss.

(31) G. CIAN, A. TRABUCCHI, *Op. ult. cit.*, p. 3775.

la stessa abbia incidenza puramente formale sulle situazioni giuridiche soggettive, essendo le stesse già comprese nell'assetto di interessi determinato dalle parti. Il giudice pertanto potrà solo intervenire in via integrativa, giammai nell'intento di surrogare la volontà del soggetto inadempiente (32).

Tale limite, in verità, trae il proprio fondamento dal fatto che non sussiste nel costruito normativo una deroga al principio della libertà di disporre, riconosciuto a livello costituzionale ex art. 41 Cost., nonché recepito nel vigente Codice civile anche attraverso norme specificamente volte al suo formale riconoscimento. Non si pensi erroneamente a tal punto che la sentenza rappresenti una mera riproduzione del contenuto del preliminare, giacché il giudice potrà tener conto delle sopravvenienze solo nei limiti delle modificazioni necessarie per dare effettiva attuazione alla volontà privata (33).

La domanda giudiziale prevista dall'art. 2932 c.c. è soggetta all'onere della trascrizione; parimenti soggetta alla trascrizione ex art. 2643 n. 14, è la sentenza relativa di accoglimento (34).

L'art. 2643 c.c. contempla una serie di mutamenti giuridici cui occorre dare pubblicità, ai fini di cui all'art. 2644 c.c., quando rappresentino la conseguenza di certi atti o provvedimenti.

Dall'art. 2645 c.c., poi, che dispone doversi rendere pubblico, sempre ai fini di cui all'art. 2644 c.c., anche ogni altro atto o provvedimento che produca in relazione ai beni immobili o ai diritti immobiliari taluno degli effetti dei contratti menzionati nell'art. 2643 c.c., si ricava che la trascrizione, quando venga in considerazione uno dei mutamenti giuridici contemplati nello stesso art. 2643 c.c., va effettuata a prescindere dalla tipologia dell'atto o del provvedimento medesimi: a prescindere cioè che si tratti di un negozio giuridico, di un provvedimento giudiziale o di un atto amministrativo, salvo che non risulti dalla legge che la trascrizione non è richiesta o è richiesta a fini diversi da quelli previsti ex art. 2644 c.c. (Stante la natura meramente obbligatoria degli effetti del contratto preliminare, non era consentito farlo rientrare nella previsione né dell'art. 2643 c.c. e neppure in quella dell'art. 2645 c.c. L'unica tutela era quella accordata dall'art. 2652 n. 2 c.c. attraverso la trascrizione della domanda giudiziale volta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre (35)). Si ricordi, dunque, che la risalente e minoritaria opinione per cui gli atti compiuti dalle pubbliche amministrazioni in tale loro qualità, ovvero investite di potestà pubblica (*ius imperii*), dovrebbero ritenersi sottratti alle formalità della trascrizione, anche se produttivi del trasferimento, della modificazione o della perdita di un diritto immobiliare tradizionale, è stata su-

---

(32) A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 334 e ss.

(33) L. MARTINEZ, *Giurisdizione amministrativa ed esecuzione forzata in forma specifica (art. 2932 c.c.)*, CEDAM, Padova, 2012, p. 12 e ss.

(34) G. CIAN, A. TRABUCCHI, *Op. ult. cit.*, p. 3776.

(35) G. MARICORDA, *Le pubblicità*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, p. 60.

perata dal dettato normativo (36). Sono soggette a trascrizione le sentenze costitutive; quindi anche la pronuncia di sentenza ex art. 2932 c.c. (37) (per stabilire specificatamente se ed in quali limiti un determinato diritto o una determinata domanda giudiziale siano opponibili a terzi occorre avere riguardo innanzitutto alla c.d. nota di trascrizione, in quanto le indicazioni riportate nella nota medesima dovranno consentire di individuare, senza equivoci o incertezze, gli estremi essenziali del negozio ed i beni ai quali esso si riferisce).

In conclusione, consegue che la mancata o incompleta trascrizione della domanda giudiziale dell'articolo in esame preclude la produzione degli effetti della sentenza nei confronti del terzo compratore in buona fede antecedente, salvo il caso in cui, come per gli accordi in materia urbanistica, non sia stata precedentemente trascritta la convenzione urbanistica o, quanto meno, l'atto d'obbligo unilaterale, purché individuabile come onere reale e non come negozio giuridico unilaterale obbligatorio (38) (a tal riguardo, è importante sottolineare che in virtù del c.d. principio di ambulatorietà, inerente solo agli obblighi reali, l'eventuale giudizio inerente la validità o efficacia della trascrizione della domanda giudiziale ex art. 2932 c.c. apparirebbe più congeniale con la giurisdizione del giudice ordinario).

Parte della dottrina (39), ha fatto presente che, la carenza in sede di giurisdizione civile di tutela specifica delle situazioni che nei rapporti a valenza potestativa si contrappongono al titolare del potere riguarda, ancor prima che l'esecuzione forzata, l'organizzazione della cognizione; ciò in contrapposizione con quello che accade nel processo amministrativo, dove la cognizione nasce storicamente come tutela specifica, essendo dato al giudice utilizzare lo strumento dell'annullamento costituente una cerniera tra cognizione ed esecuzione.

A tal proposito, l'Adunanza Plenaria in esame precisa che gli obblighi di cessione di aree contenuti nelle convenzioni dei piani attuativi sono tutelabili ai sensi dell'art. 2932 c.c.

A ben guardare, inoltre, vi sono delle perplessità di carattere strettamente processualistico inerenti alla pronuncia del Supremo Consesso amministrativo e avallate di recente da un'autorevole pronuncia del Giudice di legittimità (40). Affrontando la controversa tematica della giurisdizione sulla sorte del contratto di società a partecipazione pubblica a seguito dell'annullamento degli atti del presupposto procedimento di evidenza pubblica di scelta del socio privato, si attribuisce la giurisdizione al giudice ordinario, in conformità del prevalente orientamento giurisprudenziale pregresso, escludendo quindi che su tale que-

---

(36) A. ZACCARIA, S. TROIANO, *Gli effetti della trascrizione*, II edizione, Giappichelli, Torino, 2008, p. 45 e ss.

(37) G. CIAN, A. TRABUCCHI, *Op. ult. cit.*, p. 3374.

(38) L. MARTINEZ, *Op. ult. cit.*, p. 150.

(39) B. SASSANI, *Op. ult. cit.*, p. 81.

(40) Corte di Cassazione Sezioni Unite del 30 dicembre 2011, n. 30167.

stione possa assumere rilievo la disciplina della “privazione di effetti” di matrice comunitaria, trasposta nel d.lgs. n. 53 del 2010, e infine approdata nel codice del processo. In particolare, l’elemento che la sentenza sembra sottolineare e che, *mutatis mutandis*, appare compatibile anche col discorso in parola, è la lettura in chiave restrittiva dell’art. 103 Cost. Secondo quanto affermato dal giudice di legittimità, infatti, non può essere il giudice, con interpretazione estensiva o analogica di disposizioni preesistenti, a modificare l’ordine costituzionale delle competenze dei diversi ordini giurisdizionali, che appunto l’art. 103 Cost. radica nella separazione tra il piano del diritto pubblico ed il piano negoziale; l’ambito della giurisdizione esclusiva poi è assoggettato al limite invalicabile che le materie in essa ricomprese devono necessariamente partecipare della medesima natura, caratterizzata dall’agire dell’Amministrazione come autorità, di quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità (41).

Appare opportuno notare a tal punto che, né tra le azioni previste dal C.p.a. (ex art. 29 e ss.) e neppure nel testo introdotto successivamente, il c.d. “Correttivo al C.p.a” (42), vi è quella inerente alla pronuncia di luglio dell’Adunanza Plenaria.

La giurisprudenza, anche di recente (43), ha ribadito che il rimedio previsto dall’art. 2932 c.c., al fine di ottenere l’obbligo specifico di concludere un contratto, deve ritenersi applicabile non solo nelle ipotesi di contratto preliminare non seguito da quello definitivo, ma anche in qualunque altra ipotesi da cui sorga l’obbligazione di prestare il consenso per il trasferimento o la costituzione di un diritto, sia in relazione ad un negozio unilaterale, sia in relazione ad un atto o fatto da cui tale obbligo possa sorgere *ex lege* (44).

È vero infatti che, nonostante che nell’emettere la sentenza ex art. 2932 c.c. il giudice sia vincolato al contenuto del preliminare, si ammette che lo stesso possa, laddove ciò dovesse essere necessario, modificare o integrare il contratto stesso. La particolare struttura del rimedio ha consentito il formarsi di prassi giurisprudenziali evolutive tendenti a superare il dogma dell’identità tra contenuto del preliminare e sentenza costitutiva (45).

A tale impostazione evolutiva si contrappongono tendenze conservatrici.

---

(41) S. FANTINI, *La giurisdizione sulla sorte del contratto di società*, in *Urbanistica e Appalti*, fasc. 3, 2012, p. 310.

(42) Si tratta del D. lgs. del 14 settembre 2012 n. 160.

(43) Corte di Cassazione Seconda Sezione Civile del 30 marzo 2012 n. 5160.

(44) V. In tal senso Cassazione n. 6792 dell’8 agosto 1987; Cass. n. 7157 del 15 aprile 2004; Cass. n. 8568 del 5 aprile 2004; in particolare Cass. n. 13403 del 23 maggio 2008 in tema di rifiuto di prestare il consenso di una cooperativa edilizia all’atto traslativo dell’immobile al socio assegnatario ha stabilito che l’esecuzione specifica dell’obbligo di concludere un contratto mediante sentenza che ne produca gli effetti potrà riguardare non soltanto le ipotesi di preliminare, bensì anche ogni altra fattispecie da cui derivi la stessa obbligazione di prestare il consenso.

(45) G. PERLINGERI, *Commento all’art. 2932 c.c., Libro Sesto, Della tutela dei diritti*, in *Codice Civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, 2010, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, p. 333.



Si esclude l'ammissibilità dell'esecuzione specifica non solo nel caso in cui manchi nel preliminare l'individuazione dell'oggetto, ma anche in presenza di una modificazione dello stesso. Per quel che concerne l'eseguibilità dell'obbligo a contrarre della pubblica amministrazione, la giurisprudenza, a lungo prevalente, affermava che il rimedio di cui all'art. 2932 c.c. non fosse esperibile nelle ipotesi di inadempimento della pubblica amministrazione.

Un'inversione di tendenza, invece, si è registrata poco più tardi ed in particolare laddove i giudici di Piazza Cavour, facendo proprie le riserve già manifestate in dottrina, hanno affermato che qualora la pubblica amministrazione ricorra allo strumento del preliminare di compravendita e successivamente opponga un ingiustificato rifiuto per il definitivo, andrà riconosciuta alla controparte la facoltà di adire il giudice ordinario per ottenere una sentenza che tenga luogo del contratto non concluso, proprio a norma dell'art. 2932 c.c. (46).

Il notevole rilievo pratico e sistematico della norma, risiede nella possibilità che essa concede e che non era riconosciuta nel previgente sistema di ottenere dal giudice un provvedimento col quale supplire all'inerzia della parte che non abbia adempiuto l'obbligazione di rendere una determinata manifestazione di volontà e, specialmente, di concludere il contratto definitivo, attuando quindi il mutamento giuridico che sarebbe dovuto discendere dal contratto non concluso. Il legislatore del 1942 si è preoccupato di codificare l'accertamento costitutivo per cui al catalogo dei rimedi che il sistema più risalente offriva al creditore della prestazione del consenso definitivo, si è aggiunto quello che nei fatti ha riscosso il più largo successo applicativo, ovverosia l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto definitivo. A ben guardare, sotto l'imperio del codice del 1865 e in assenza di una previsione analoga a quella in commento, si discuteva dell'ammissibilità in generale di rendere una determinata manifestazione di volontà; nello specifico se fosse ammissibile l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto. A prevalere era l'orientamento negativo che muoveva dal presupposto dell'infungibilità della prestazione del consenso e dell'impossibilità per il giudice di emettere un provvedimento proprio che tenesse luogo della mancante volontà della parte.

In verità, l'istituto non ha nulla a che vedere con l'esecuzione forzata: nel primo, infatti, la tutela si applica in via di cognizione; nel secondo di esecuzione. L'uno tende alla formazione del titolo, l'altra invece lo presuppone (47).

La tesi maggioritaria ritiene pertanto estraneo l'istituto dell'esecuzione forzata in forma specifica alle procedure di esecuzione forzata.

Autorevole dottrina ha assunto un atteggiamento critico sul se il giudice

---

(46) G. PERLINGERI, *Op. ult. cit.*, p. 335.

(47) P. CENDON, *Commento all'articolo 2932 c.c.* in *Commentario al Codice Civile*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 353 e ss.

ordinario potesse costringere l'amministrazione ad un *facere* senza esorbitare dalla propria sfera di giurisdizione (48). Anche i giudici di merito si sono dimostrati favorevoli all'accesso alla tutela specifica quando l'Amministrazione avesse agito *iure privatorum* ammettendo il ricorso all'esecuzione in forma specifica quando permangono le condizioni che avevano indotto quest'ultima ad autorizzare l'operazione, ferma restando l'incoercibilità degli impegni a rilevanza pubblicistica. Per di più, si riteneva che anche dopo la conclusione del preliminare la pubblica amministrazione dovesse scegliere in base ai criteri dell'interesse pubblico che essa persegue anche nel momento in cui si avvale di strumenti di diritto privato tra l'adempimento del preliminare e la responsabilità che il mancato adempimento determinerebbe a suo carico. In conseguenza, quindi, doveva escludersi che il vincolo creato dal contratto preliminare, stipulato tra pubblica amministrazione e privato contraente potesse, ad istanza di quest'ultimo, conseguire gli effetti ulteriori, cioè quelli derivanti dalla conclusione del definitivo attraverso la decisione del giudice. La manifestazione della volontà negoziale, cioè, doveva avvenire nella rigorosa osservanza delle formalità di natura pubblicistica, con la conseguente impossibilità di fare ricorso al rimedio della esecuzione in forma specifica (49).

Tale orientamento, però, pur essendo criticato dalla maggioranza della dottrina, ha trovato linfa in un importante *dictum* (50) della Cassazione la quale in materia di preliminare di vendita di alloggi popolari, ha affermato che per il disposto dell'art. 2932 c.c., il giudice non impone alla p.a. un comportamento determinato né realizza coattivamente la prestazione, ma attua la legge attraverso una pronuncia costitutiva, e neppure emette un atto amministrativo, bensì costituisce un contratto facendo rimanere estranei i rimedi di cui all'art. 4 della legge 2248 del 1865, all. E.

È chiaro a tal punto che, il momento in cui si esplica il potere discrezionale della pubblica amministrazione attraverso l'autorizzazione a contrarre si sposta a monte ed ha per oggetto lo stesso contratto preliminare. Nella fase successiva subentra la regola del controllo della sopravvivenza, secondo le norme di diritto privato, per cui l'amministrazione potrà in essere atti non discrezionali ma vincolati ed il suo eventuale dissenso alla formazione dell'atto definitivo per il trasferimento del diritto di proprietà trova in tale regola privatistica la propria misura, nonché sanzione. Solo contestando in radice la legittimità della scelta e, quindi, la validità dell'atto che ne deriva, si potrebbero discutere efficacemente gli effetti.

È vero, altresì, che nelle assegnazioni in locazione con patto di futura

---

(48) M. NIGRO, *Giustizia Amministrativa*, Il Mulino, 2002, p. 312 e ss.

(49) F. ROSELLI, *Commento all'art. 2932 c.c.*, in *La giurisprudenza sul Codice civile coordinata con la dottrina, Libro VI, Della tutela dei diritti*, Giuffrè, 2011, p. 331 e ss.

(50) Corte di Cassazione Sezioni Unite del 7 ottobre 1983 n. 5838.

vendita l'assegnatario vanta, quando siano maturati i presupposti e le condizioni di cui al patto stesso, un diritto soggettivo perfetto al trasferimento a suo favore del diritto di proprietà sull'alloggio assegnatogli. Ne consegue che la tutela di tale posizione soggettiva è devoluta al giudice ordinario, al quale l'assegnatario potrà rivolgersi per ottenere una sentenza che tenga luogo del contratto non concluso, a norma dell'art. 2932 c.c., atteso che siffatta pronuncia, non configurando un provvedimento esecutivo per la realizzazione coattiva di un *facere* della p.a., né interferendo sul potere dispositivo delle parti, ma realizzando un atto costitutivo rivolto ad attuare direttamente la volontà della legge, in relazione all'accertamento dell'imputabile inadempienza dell'obbligo di vendere, non implica violazione del divieto di annullare, revocare o sostituire l'atto amministrativo.

Allo stesso tempo, l'orientamento prevalente della giurisprudenza in ordine all'obbligo di concludere un contratto, a carico del concessionario della pubblica amministrazione, sembra orientato nel senso che il diritto del promissario alla conclusione del contratto è di natura privatistica e può essere realizzato coattivamente attraverso la giurisdizione ordinaria (51).

#### *4.c) Breve disamina sulla efficacia soggettiva del giudicato amministrativo e rapporto col giudizio di ottemperanza.*

Anche per il processo amministrativo vale il dettato dell'art. 2909 c.c., secondo il quale l'accertamento del giudice fa stato fra le parti, i suoi eredi e aventi causa. L'idea degli scrittori più antichi che il giudicato amministrativo avesse efficacia *erga omnes* valorizzava il fatto indubbio che l'atto amministrativo annullato cessa di esistere per tutti, ma aveva radici nella concezione della giurisdizione amministrativa come giurisdizione di diritto oggettivo. Oggi questa concezione è stata del tutto superata (52). Ciò non esclude chiaramente che il processo amministrativo presenti alcune peculiarità che meritano di essere considerate. Innanzitutto, le difficoltà nella determinazione dei soggetti titolari di interessi legittimi e come tali legittimati ad agire o a resistere rende incerti i confini soggettivi della lite per cui non si riesce a stabilire se alcuni soggetti siano direttamente vincolati dal giudicato o no.

La giurisprudenza (53) ritiene, infatti, che al principio della efficacia *inter partes* del giudicato facciano eccezione le sentenze che pronunciano o su atti normativi (regolamenti) e di tipo normativo (atti generali, strumenti edilizi e così via) o su atti che provvedano unitariamente nei confronti di un complesso di soggetti (atti collettivi come una graduatoria concorsuale).

La natura mista dell'azione sin qui delineata, cioè ex art. 2932 c.c., stando

---

(51) F. ROSELLI, *Op. ult. cit.*, p. 332.

(52) M. NIGRO, *Op. ult. cit.*, p. 314.

(53) P. CENDON, *Op. ult. cit.*, p. 353.

alla pronuncia dell'Adunanza Plenaria, non è incompatibile con la struttura del processo amministrativo, in quanto ivi si prevede una specifica azione di ottemperanza, anch'essa caratterizzata dalla presenza in capo al giudice di poteri cognitori ed esecutori. Merito indubbio del Codice del Processo amministrativo è quello di aver individuato, raggruppato e sottoposto ad un unitario giudizio di ottemperanza, retto da regole uniformi una serie di pronunce dapprima ritenute sottoponibili al giudizio stesso, ma solo a seguito di enunciati pretori della giurisprudenza stimolati da contributi dottrinali. Come prima rilevazione desumibile dalla lettura dell'art. 112 C.p.a., appare giustificata l'abiura della originaria definizione del giudizio come ricorso per l'esecuzione del giudicato e l'adozione della denominazione di "giudizio di ottemperanza", includendo nell'elencazione della disposizione anche pronunce che non sono vere e proprie manifestazioni della potestà giurisdizionale o che in alcun modo possono accostarsi a quelle suscettibili di acquistare la valenza propria del giudicato. In fondo, lo stesso codice prevede che il giudice amministrativo, in caso di accoglimento del ricorso, debba disporre le misure più idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, all'indefettibile scopo di rendere effettiva e completa la tutela giurisdizionale (54).

Come si è precedentemente affermato, la dottrina maggioritaria ha ritenuto che l'ottemperanza alle decisioni del giudice ordinario è un giudizio misto, necessariamente di cognizione ed eventualmente di esecuzione (55).

Tale definizione non vale per l'ottemperanza alle decisioni del giudice amministrativo. In tal caso l'accertamento svolto dal giudice della cognizione contiene obblighi precisi e diretti in ordine alla sorte dell'atto che, se illegittimo, viene annullato con sentenza costitutiva.

Non a caso la dottrina, rovesciando la precedente definizione, qualifica il giudizio di ottemperanza come giudizio misto, necessariamente di esecuzione ed eventualmente di cognizione.

Autorevole dottrina (56), inoltre, sottolinea che l'obbligo di conformarsi dell'amministrazione alla sentenza del giudice ordinario ha il suo centro ed oggetto principale nella eliminazione dell'atto amministrativo che, invece, all'esito del giudizio amministrativo risulta già distrutto. Rispetto alla sentenza del giudice ordinario, l'obbligo di conformarsi è totalmente estraneo al contenuto ed agli effetti di questa sentenza, è cioè un effetto ulteriore di cui la legge la carica, mentre alla sentenza amministrativa l'obbligo di conformarsi giammai potrebbe conformarsi come situazione a sé stante, esterna ad essa e aggiunta *ex post* dal legislatore, ma può considerarsi solo come una formula con la quale si esprimono e sintetizzano gli effetti propri della sentenza medesima.

---

(54) N. SAIITA, *Sistema di Giustizia Amministrativa*, III edizione, Giuffrè, Milano, 2011.

(55) M. NIGRO, *Op. ult. cit.*, p. 319.

(56) M. NIGRO, *Op. ult. cit.*, p. 193.

La componente cognitiva, invero, è solo eventuale e si ha per determinare la portata e l'obbligo di conformazione ricavabile dalla sentenza ed eventualmente per stabilire se la determinazione assunta dall'amministrazione, ove questa non sia rimasta del tutto inerte a seguito della pronuncia giudiziale, costituisca esecuzione ovvero violazione del giudicato.

Se il giudizio di ottemperanza è esecutivo di un precedente giudicato nella sostanza, ne segue altresì l'impossibilità di ammettere al suo interno domande nuove. Inoltre, non si può negare che il giudizio di ottemperanza sia un giudizio caratterizzato dal punto di vista tecnico da un presupposto indefettibile: una sentenza passata in giudicato rispetto al quale il giudizio di ottemperanza si atteggia come giudizio di esecuzione. Di conseguenza, non si potrà ipotizzare un'azione di ottemperanza che non trovi nella sentenza di cognizione il proprio presupposto: ne discende cioè che, se una determinata domanda non è stata proposta in sede di cognizione, non se ne potrà chiedere l'esecuzione in sede di ottemperanza (57).

Nella fattispecie in esame, i Giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto possibile l'azione ex art. 2932 c.c. per il mancato adempimento dell'obbligo di cessione delle aree (assunto con gli atti d'obbligo del 14 settembre 1972 e del 18 dicembre 1981 di cessione delle aree ivi indicate). Non hanno ritenuto che tale adempimento fosse minimamente condizionato ad eventuali contrapposti adempimenti da parte del Comune di Roma.

Secondo la dottrina maggioritaria, il processo di ottemperanza delle sentenze amministrative è rivolto dunque non a consentire l'adempimento di un obbligo dell'amministrazione di conformarsi al giudicato amministrativo, ma a consentire l'adempimento degli obblighi (specifici e diretti) che scaturiscono dal giudicato stesso. È qui cioè che si aprono i veri problemi del giudizio di ottemperanza. La più lata nozione di esecuzione ha un limite che è costituito dall'esistenza risultante dal giudizio di cognizione, della volontà concreta della legge che deve essere attuata o della normativa per il caso concreto alla quale si deve adeguare la realtà di fatto. Quando si tratta di identificare o completare la volontà concreta della legge o di stabilire la normativa del caso concreto non si è più nel campo della esecuzione, ma della cognizione. Questo è quanto accade nel giudizio dell'ottemperanza. La regola posta dalla sentenza amministrativa è pertanto una regola implicita, elastica, incompleta e condizionata. Spetterà al giudice dell'ottemperanza rendere esplicita la regola traducendo dal negativo al positivo gli accertamenti del primo giudice sul corretto modo di esercizio del potere; dare un contenuto concreto all'obbligo della ripristinazione risolvendo i molti problemi possibili al riguardo; identificare il vincolo gravante sui tratti di azione amministrativa non incisi direttamente dal giudi-

---

(57) R. GIOVAGNOLI, *Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*, Giuffrè, 2010.

cato; decidere circa la rilevanza delle sopravvenienze. Ora se per quel che riguarda la prima operazione, si può ritenere si tratti di mera interpretazione del giudicato, funzione che seppur complessa è sempre di competenza del giudice dell'esecuzione, negli altri casi il giudice dell'ottemperanza sicuramente concorre ad identificare la volontà concreta della legge o a formare la normativa del caso concreto: è quindi attività di cognizione, anche se la cognizione è compiuta con funzione immediata della sua traduzione in realtà pratica e contestualmente con questa (58). Circa l'inadempimento dell'amministrazione, la giurisprudenza è rimasta a lungo ferma nell'idea, fortemente radicata nel principio di separazione che l'attività amministrativa potesse essere sostituita e integrata solo se l'amministrazione fosse rimasta totalmente inerte, se avesse cioè violato l'obbligo generico di provvedere. Successivamente ammise il sindacato anche nel caso di adempimento parziale o mero inizio di adempimento o di comportamento elusivo del giudicato.

La giurisprudenza, dal canto suo, rivela l'insofferenza verso i limiti che accompagnano ognuno dei due tipi di giudizi, ammettendo, ricorrendone i presupposti processuali, la reciproca conversione tra ricorso per l'ottemperanza e ricorso ordinario di legittimità (59).

Autorevole dottrina ha inoltre notato che il giudice dell'ottemperanza decide anche in materie di potestà discrezionale tanto più che spesso, dopo la sentenza di cognizione, quello che resta all'amministrazione è solo una sorta di "pseudodiscrezionalità".

La giurisdizione del giudice dell'ottemperanza è giurisdizione anche nel merito e questa è, tipicamente, sindacato giudiziale dell'uso fatto dalla amministrazione del potere discrezionale concessole, e cioè esercizio sostitutorio del potere discrezionale. Il solo limite all'intervento sostitutorio del giudice è probabilmente costituito dalla previsione normativa di uno svolgimento procedimentale dell'attività amministrativa (60).

A prescindere tuttavia da questo discorso di carattere generale, sta il fatto che nella sentenza emessa da parte del Supremo Consesso di giustizia amministrativa, si verte in una ipotesi di giurisdizione esclusiva e si giunge alla conclusione che non si può garantire agli interessati la stessa tutela e la stessa tipologia di azioni riconosciute davanti al giudice ordinario il che, alla luce di quanto finora detto, non appare del tutto comprensibile.

La sentenza suddetta non risolve tuttavia i molteplici problemi di natura applicativa che sorgono dall'azione di cui all'art. 2932 c.c.: l'ambito di applicazione della giurisdizione del giudice amministrativo nei casi di esecuzione coattiva di

---

(58) M. NIGRO, *Op. ult. cit.*, p. 195.

(59) M.P. VIPIANA, *Spunti a proposito della reciproca conversione tra ricorso per ottemperanza e ricorso ordinario di mera legittimità*, in *Dir. Proc. Amm.*, Giuffrè, Milano, 1990, fasc. 2, p. 254 e ss.

(60) M. NIGRO, *Op. ult. cit.*, p. 324.

obbligo imposto *ex lege*, ovvero di negozio giuridico unilaterale, è molto più delicato quando il potere viene esercitato attraverso accordi o convenzioni.

Con l'affermazione contenuta nell'Adunanza Plenaria n. 28 del 2012 sulla natura mista dell'azione ex art. 2932 c.c., il Supremo Giudice amministrativo sembra smentire se stesso in quanto nella struttura del C.p.a. l'azione di ottemperanza, ovvero di esecuzione, è posta nel Libro IV, Titolo I, artt. 112 e ss., ed è per sua natura scissa dall'azione medesima di cognizione (61). Peraltro, l'atipicità propria dell'azione ex art. 2932 c.c. è quella di assicurare contemporaneamente cognizione ed esecuzione specifica e coattiva.

Inoltre il giudice amministrativo dovrà assolutamente accertare in via preventiva la natura reale o obbligatoria di tale obbligo anche ai fini degli effetti della sentenza soprattutto nell'ipotesi in cui il bene immobile non sia stato *ex ante* consegnato all'amministrazione dall'interessato e si trovi quindi nel possesso di quest'ultimo.

Con riferimento alle materie di giurisdizione esclusiva del g.a., sembra preclusa la possibilità di esperire un'azione con efficacia costitutiva con effetto non solo conformativo ma anche traslativo di diritti reali ovvero di diritti obbligatori. Ad ogni modo, il g.a. può ottenere l'effetto traslativo solo nel giudizio di ottemperanza, in genere attraverso un commissario *ad acta*. *Punctum dolens* allora è il seguente: l'amministrazione può promuovere un vero e proprio giudizio di ottemperanza contro il privato, attribuendo pertanto al giudice amministrativo, quale "*Commissario ad acta specialis*", gli stessi poteri riconosciuti al giudice civile, snaturando la tradizionale struttura del processo di ottemperanza stesso, anche nella versione "aggiornata" del C.p.a.?

In alternativa, il giudice amministrativo potrà utilizzare giudizio di cognizione ed esecuzione in forma specifica insieme? Non vi è il qualificato rischio di urtare la suscettibilità del principio della riserva di legge processuale, laddove il g.a. cerchi di mettere in atto azioni non previste espressamente dalla legge?

L'art. 112 C.p.a. (62), come si anticipava prima, sembra costituire un valido appiglio per il giudizio di ottemperanza da esperire nei confronti del pri-

(61) L. MARTINEZ, *Op. ult. cit.*, p. 98.

(62) Art. 112 c.p.a., "*I provvedimenti del giudice amministrativo devono essere eseguiti dalla pubblica amministrazione e dalle altre parti.*

*L'azione di ottemperanza può essere proposta per conseguire l'attuazione:*

a) delle sentenze del giudice amministrativo passate in giudicato;  
 b) delle sentenze esecutive e degli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo;  
 c) delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati del giudice ordinario, al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi, per quanto riguarda il caso deciso al giudicato;  
 d) delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza, al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi alla decisione;  
 e) dei lodi arbitrali esecutivi divenuti inoppugnabili al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi, per quanto riguarda il caso deciso al giudicato (...)"

vato. In particolare, è il caso di considerare il primo comma della disposizione in esame laddove si prescrive che i provvedimenti del giudice amministrativo vanno eseguiti dalla pubblica amministrazione e dalle altre parti. Cercando tuttavia di fare una interpretazione di carattere estensivo, la questione qui non è l'ambito di ottemperanza, bensì l'esecuzione. Considerando altresì il combinato disposto dell'art. 112 C.p.a., con l'art. 114 C.p.a (63), nonché con l'art. 21-*septies* della legge n. 241/90 in materia di elusione o violazione del giudicato, deriva che la legge processuale ha contemplato come unica parte resistente e perciò soggetta all'ottemperanza la pubblica amministrazione, come emerge dal dettato normativo ex art. 114 C.p.a.

A ben guardare, mentre se la parte inadempiente è la p.a., sembra pacifico il ricorso all'ottemperanza; laddove sia il privato, invece, si potrà avanzare il ricorso per decreto ingiuntivo, il cui presupposto dovrà essere costituito dalla sentenza del giudice ordinario.

La soluzione prospettata dal Supremo Consesso sembra mortificare l'unicità del giudizio ex art. 2932 c.c.: avendo infatti l'azione contenuto misto rappresenta una deroga al principio generale di separazione delle azioni.

Una plausibile soluzione potrebbe riguardare le controversie inerenti contratti preliminari relativi ad accordi sia di carattere generale (art. 11 della legge fondamentale sul procedimento amministrativo), sia in materia di urbanistica ed edilizia o di espropri per pubblica utilità; in ordine agli accordi, infatti, si applicano i principi del Codice civile in quanto compatibili.

Inoltre, sulla questione della proponibilità dinanzi al giudice amministrativo di una domanda ex art. 2932 c.c., in relazione agli obblighi scaturenti da una convenzione di lottizzazione è da notare la formazione di un orientamento giurisprudenziale che, in perfetta sintonia con la pronuncia in esame, si dimostra favorevole a riconoscere in tema la sussistenza della giurisdizione esclusiva (64).

Infine, in applicazione della regola dell'alternatività che riguarda il regime della tutela dei beni pubblici, se la pubblica amministrazione emette un provvedimento di autotutela esecutiva, pur vertendosi in materia di giurisdizione esclusiva la qualità di bene pubblico è assistita dalla presunzione di legittimità e spetterà pertanto al privato dimostrare l'illegittimità del provvedimento medesimo di autotutela: se il bene non fosse pubblico il provvedimento amministrativo sarebbe nullo ai sensi dell'art. 21-*septies* della legge n. 241/90 e si tratterebbe di nullità devoluta alla giurisdizione generale del giudice civile.

Resta il fatto che l'art. 21-*ter* della legge n. 241/90 ha codificato il principio della c.d. autotutela esecutiva, disponendo che nei casi previsti dalla legge, le

---

(63) Art. 114 c.p.a.: *“l'azione si propone anche senza previa diffida con ricorso notificato alla p.a. e a tutte le parti del giudizio definito dalla sentenza (...)”*.

(64) B. DELFINO, *Inadempimento degli obblighi relativi ad una convenzione di lottizzazione e domanda di esecuzione specifica ex art. 2932 c.c.*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2010.



pubbliche amministrazioni possono imporre coattivamente l'adempimento degli obblighi nei loro confronti. Si tratta comunque di un potere eccezionale esercitabile soltanto nei casi previsti dalla legge. Con riferimento alla fattispecie considerata dall'Adunanza Plenaria, non pare ragionevole avanzare l'ipotesi dell'autotutela esecutiva: tale rimedio viene infatti contemplato per i beni appartenenti al patrimonio indisponibile. Qui si è estranei al suddetto ambito.

*5. Le principali ipotesi di giurisdizione esclusiva e relativa applicazione con riferimento ad edilizia economica e popolare.*

La disamina di questo paragrafo richiede una necessaria considerazione dei rapporti tra diritto amministrativo e diritto comunitario.

Infatti, la decisione *de qua* si confà anche ai principi del diritto comunitario ed alla sua normativa, che prevale sui principi del diritto interno, ampliando il novero delle azioni esperibili nel processo amministrativo, e nel caso di specie, la possibilità di esperire in sede di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo l'azione mista di cognizione ed esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c.

Con questa sentenza il giudice amministrativo richiama e fonda allo stesso tempo la propria decisione sull'esigenza di garantire piena ed effettiva tutela del privato.

Tuttavia l'opinione di chi scrive si rifà a chi sostiene (65) che lo stesso grado ed efficacia di tutela possa essere raggiunto conservando la giurisdizione anche in capo al giudice ordinario.

Per la giurisdizione del giudice ordinario ha optato anche un'importante ma risalente pronuncia, resa dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite (66), ovviamente prima dell'orientamento contrario espresso dal Consiglio di Stato con la pronuncia in rassegna.

Come ha avuto modo di osservare la dottrina più attenta (67), il problema più importante è quello dell'individuazione della giurisdizione competente con particolare riguardo alla giurisdizione esclusiva che, per l'importanza assunta, sta divenendo la competenza giurisdizionale più importante del giudice amministrativo.

Pertanto, l'Adunanza Plenaria, al fine di giustificare l'ammissibilità di tale rimedio in assenza di un'apposita norma codicistica, ricorre al principio di atipicità delle azioni proponibili nel processo amministrativo stesso e trova giustificazione della sua decisione precisamente nel garantire il principio di

---

(65) L. MARTINEZ, *Giurisdizione amministrativa ed esecuzione forzata in forma specifica* (art. 2932 c.c.), CEDAM, Padova, 2012, p.108.

(66) Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza n. 5838 del 1983.

(67) E. PICOZZA, *Situazioni giuridiche soggettive*, in *Tratt. di Dir. Amm. Europeo*, diretto da M. Chiti e G. Greco, Giuffrè, Milano, 1997.

effettività della tutela giurisdizionale.

Ciò si desume anche dal testo della sentenza, laddove recita: “*non può neppure sostenersi la tesi di un’eventuale “tipicità” delle azioni proponibili nel processo amministrativo, tipicità che sarebbe in stridente ed inammissibile contrasto, oltre che con i fondamentali principi di pienezza ed effettività della tutela ex art. 1 c.p.a., con la stessa previsione dell’art. 24 della Costituzione*”.

L’opinione di chi scrive si rifà a quella parte della dottrina (68) che critica la decisione n. 28 del 2012, resa in Adunanza plenaria dal supremo Consesso amministrativo, ritenendo auspicabile che anche l’azione ex art. 2932 c.c. formasse oggetto di apposita norma del processo amministrativo.

A conferma di questo assunto si ricorda di recente il d. lgs. 160 del 2012 (secondo correttivo al codice del processo amministrativo) ed entrato in vigore il 3 ottobre del 2012, che non ha introdotto alcun principio di atipicità delle azioni proponibili nel processo amministrativo e quindi tale azione sarebbe da considerarsi ad avviso di chi scrive incostituzionale.

In conclusione, chi scrive sostiene che, almeno dopo la pronuncia in esame, il problema non è tanto il riconoscimento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per l’azionabilità dell’art. 2932 c.c. che trova fondamento nella materia degli accordi di cui all’art. 11 della legge n. 241/1990, ma soprattutto nelle diverse ipotesi di giurisdizione esclusiva in cui manca un accordo in senso stretto ed è invece presente un negozio giuridico unilaterale o addirittura un obbligo *ex lege* come nel caso di specie.

Tali difficoltà sono state superate, soprattutto dalla giurisprudenza che, con le sue numerose pronunce (69), ha interpretato in chiave estensiva la norma di cui all’art. 11 legge n. 241/1990, estendendola anche alle ipotesi di giurisdizione esclusiva, superando il dogma dell’autoritarità ed imperatività del provvedimento amministrativo, e riconoscendo (la giurisdizione esclusiva) anche nella serie di controversie in materia di concessioni contratto, di beni pubblici, di servizi pubblici, di affidamento di appalti pubblici, di urbanistica, di edilizia negoziata, di convenzioni e di accordi in materia di espropriazione.

Questi pochi esempi sono sufficienti a rendere noto in modo chiaro “la linea evolutiva dell’art. 11 della legge n. 241/1990” ed il superamento delle difficoltà applicative ed interpretative legate sempre all’esperibilità dell’art. 2932 c.c. nel processo amministrativo.

Insieme a questo fattore, ha concorso a determinare il riconoscimento dell’esperibilità dell’azione mista di cognizione ed esecuzione nel processo am-

---

(68) L. MARTINEZ, *Op. ult. cit.*, p. 109.

(69) T.A.R. Firenze Toscana, Sez. II, 30 dicembre 2011 n. 2077, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2011, 12, 3907; Cons. St., Sez. VI, 22 giugno 2005, n. 3345, in *Foro Amm. CDS.*, 2005, 6, 1845 (s.m.); T.A.R. Ancona Marche, Sez. I, 25 luglio 2012, n. 501, in *Red. Amm. T.A.R.*, 2012, 7-8; T.A.R. Bari Puglia, Sez. I, 7 novembre 2007, n. 2691, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2007, 11, 3576 (s.m.).

ministrativo anche l'evoluzione della giurisprudenza della Cassazione, già ricordata nella sentenza che si sta analizzando che, appunto, ha esteso la possibilità di ottenere l'esecuzione forzata dell'obbligo di contrarre non solo alle ipotesi civilistica del contratto preliminare non seguito da quello definitivo, ma *“anche in qualsiasi altra ipotesi dalla quale sorga l'obbligazione di prestare il consenso per il trasferimento o la costituzione di un diritto sia in relazione ad un negozio giuridico unilaterale, sia in relazione ad un atto o ad un fatto dai quali detto obbligo possa scaturire ex lege”* (70).

Tra le diverse controversie sopra menzionate, quella di maggiore interesse, perché rientrante nella fattispecie oggetto della sentenza in analisi, è quella avente ad oggetto gli atti ed i provvedimenti della pubblica amministrazione in materia urbanistica ed edilizia.

Sotto il profilo storico va precisato che almeno fino agli anni novanta dottrina e giurisprudenza non ammettevano la possibilità di esercizio consensuale del potere in materia edilizia e urbanistica tanto è vero che una parte della dottrina (71) sosteneva addirittura che la lottizzazione edilizia era esercizio di una funzione autoritativa di programmazione urbanistica nella quale la convenzione di lottizzazione aveva un ruolo meramente accessivo ed integrativo dell'efficacia del procedimento di pianificazione (procedimento inquadrato secondo alcuni nell'autorizzazione alla lottizzazione ai sensi dell'art. 28 della legge urbanistica, secondo il Giannini invece, nei contratti ad oggetto pubblico).

Anche volendo scegliere entrambe le soluzioni, per principio non poteva trovare applicazione l'art. 2932 c.c., perché il potere discrezionale amministrativo e tecnico rimaneva nella esclusiva sfera di disponibilità dell'amministrazione.

Si trattava di un atto d'obbligo unilaterale o di obblighi imposti direttamente dalla legge o tutt'al più di obblighi non contrattuali, ma imperativi imposti dalla medesima convenzione di lottizzazione quale fase di efficacia del piano attuativo.

Soltanto con l'insorgere delle numerose figure di urbanistica negoziata e precisamente con la legge n. 179/1992 (legge sui piani di intervento organico seguita da numerose altre figure di urbanistica concertata e dalla relativa implementazione nelle leggi regionali), comincia ad avvertirsi il problema.

Nel caso di specie però l'Adunanza Plenaria n. 28/2012, non ritiene che sia corretto applicare analogicamente la fattispecie di giurisdizione esclusiva in materia di accordi ex art. 11 e 15 della legge n. 241/1990 ma, piuttosto, lo spirito della legge e ciò si evince dal testo della pronuncia *“anche a non voler considerare che essa rientri tra quelle aventi ad oggetto gli accordi, la stessa concerne in ogni caso l'adempimento di un atto della pubblica amministra-*

---

(70) Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 28/2012.

(71) V. MAZZARELLI, *Le controversie urbanistiche*, Il Mulino, Bologna, 1979.

zione in materia urbanistica ed edilizia” (72).

Ad avviso di chi scrive, invece, il fondamento normativo dell’esperibilità dell’azione prevista dall’articolo 2932 c.c. nel processo amministrativo è da rinvenirsi nel combinato disposto degli articoli 133 comma 1 lett. f) c.p.a., e dalla regola generale di cui all’articolo 7 c.p.a. (sulla giurisdizione amministrativa) che include tutte le manifestazioni di esercizio anche in via mediata del potere amministrativo quali provvedimenti, atti, accordi, comportamenti riconducibili anche mediatamente all’esercizio del potere posto in essere dalle pubbliche amministrazioni.

Il Consiglio di Stato ripete lo stesso ragionamento addivenendo alla medesima conclusione anche per quanto concerne la materia degli accordi previsti e disciplinati dal codice del processo amministrativo all’art. 133 comma 1 lett. A, tenendo conto che gli accordi sono ascrivibili, al pari delle convenzioni, alla categoria dei contratti di diritto pubblico.

In riferimento a questi ultimi è ammessa l’esperibilità dell’azione ex art. 2932 c.c., nonostante il contrario avviso di una parte della dottrina (73) e della giurisprudenza che escludono l’ammissibilità di tale azione in riferimento all’articolo 11 della legge n. 241/1990 ritenendo invece esperibile l’azione di inadempimento ex art. 117 c.p.a., ovvero l’azione costitutiva di annullamento e di condanna con eventuale nomina del commissario *ad acta* (74).

Analogo ragionamento viene seguito dal Supremo Consesso Amministrativo per quanto concerne le concessioni di beni pubblici, previste e disciplinate dall’art. 133, comma 1 lett. B, ed ascrivibili ai contratti di diritto pubblici; strumenti, caratterizzati dalla compresenza di un provvedimento di concessione in cui la pubblica amministrazione esprime il proprio potere autoritativo e di una convenzione collegata al provvedimento, che può essere precedente, concomitante o successiva all’emanazione della concessione.

Secondo il Consiglio di Stato non si può escludere del tutto la possibilità che un accordo preliminare o comunque una obbligazione o un obbligo *ex lege* si verifichino durante la fase di esecuzione del rapporto concessorio ed in questo caso, l’esecuzione dovrebbe ritenersi pacificamente esperibile in quanto a tali accordi dovrebbe applicarsi la disciplina di cui all’art. 11 della legge n. 241/1990 (75).

Anche con riferimento alla materia dei pubblici servizi, sempre previsti e disciplinati dall’art. 133, comma 1 lett. C), il Consiglio di Stato giunge alle medesime conclusioni, ribadendo l’esperibilità dell’azione ex art. 2932 c.c. a tutte le fattispecie di accordo preliminare a valle del contratto di concessione.

---

(72) Si veda il testo dell’adunanza plenaria n. 28/2012.

(73) F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, II ed., Giuffrè, Milano, 2011, p. 2542.

(74) In riferimento agli accordi endoprocedimentali pare esprimersi in questo senso G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 286 ss.

Anche nelle controversie in materia di procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture disciplinate dall'art. 133 comma 1, lett. E) punto 1, istituti previsti e disciplinati dal d. lgs 163/2006 in attuazione delle direttive comunitarie 2004/17/Ce e 2004/18/Ce, dove la disciplina sembrava essere talmente rigida da non dare spazio all'applicazione dell'art. 2932 c.c., salva l'eccezione di contratto preliminare su affidamento diretto. Detta disciplina è stata superata dalle decisioni successive della giurisprudenza amministrativa; in particolare l'ipotesi concessiva trova spazio soprattutto nella fase esecutiva di particolari rapporti contrattuali soprattutto quelli che vanno sotto il nome di operazioni di partenariato pubblico e privato, (76) (i quali per la loro durata e per la loro complessità sono soggetti ad una sostanziale ricontrattazione di alcuni fondamentali aspetti, quali la durata, l'equilibrio economico finanziario e le modalità di gestione dell'opera e del servizio).

Un'altra fattispecie da esaminare è quella del preliminare del rinnovo di medesimo contratto o di preliminare su provvedimento applicativo dell'adeguamento dei prezzi previsto e disciplinato dall'art. 133 comma 1, lett. E, punto 2, istituto previsto e disciplinato dall'art. 115 del d. lgs. 163/2006 (77), dove il Consiglio di Stato ha comunque riconosciuto l'esperibilità del rimedio di cui all'art. 2932 c.c., poiché questa ipotesi da luogo alla stipula di accordi preliminari.

Anche per quanto concerne le controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti, accordi e comportamenti riconducibili anche mediamente all'esercizio di un pubblico potere della P.A. in materia di espropriazione per pubblica utilità, si è posto il problema dell'ammissibilità dell'azione ex art. 2932 c.c.

---

(75) Uno dei primi autori a ricondurre le concessioni di beni pubblici ai contratti di diritto pubblico è stato M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II ed., Giuffrè, Milano, 1993, p. 431. In materia di concessioni amministrative, si veda G. LANDI, *La concessione amministrativa con clausola di esclusiva*, Giuffrè, Milano, 1956; F. GULLI, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, CEDAM, Padova, 1966; L.V. MOSCARINI, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1988; M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, ESI, Napoli, 1981; D. SORACE, C. MAZZUOLI, *Voce Concessioni amministrative*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1989, p. 282 ss.

(76) Nel corso dell'ultimo decennio si è sviluppato in molti settori il fenomeno del partenariato pubblico-privato (PPP) da cui si sono originate forme di cooperazione fra le autorità pubbliche ed il mondo delle imprese con il preciso scopo di garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio. Il fenomeno ha preso piede in quanto permette al settore pubblico di reperire risorse finanziarie private e, allo stesso tempo, di beneficiare maggiormente del *know-how* e dei metodi di funzionamento del settore privato nel quadro della vita pubblica. Sensibile a tale esigenza il legislatore, nella fitta intelaiatura del decreto liberalizzazioni ha codificato una nuova operazione di partenariato pubblico-privato denominata contratto di disponibilità, ora contemplata all'art. 160 *ter* del d.lgs. 163/2006 (codice dei contratti pubblici). Il riferimento è al decreto legge del 24 gennaio 2012 n. 1, convertito in legge 24 marzo 2012 n. 27.

(77) La richiamata norma recita "tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa relativi a servizi o forniture debbono recare una clausola di revisione periodica del prezzo. La revisione viene operata sulla base di una istruttoria condotta dai dirigenti responsabili dell'acquisizione di beni e servizi sulla base dei dati di cui all'articolo 7, comma 4, lettera c) e comma 5".

Caso emblematico è l'articolo 45 del d.p.r. n. 327/2001 e la sua riconducibilità alla figura dell'accordo e della convenzione già prevista dalla legge 865/1971 e all'art. 11 della legge n. 241/1990 in materia di cessione bonaria quale contratto sostitutivo del provvedimento di espropriazione per pubblica utilità.

L'ultima fattispecie da esaminare è quella relativa alle controversie relative ai rapporti di lavoro del personale in regime di diritto pubblico, dove l'applicabilità dell'art. 2932 c.c. risulta limitata alle ipotesi concernenti i rapporti convenzionali, quali ad esempio quelli di consulenza continuativa e continuata, cioè delle convenzioni professionali, sempre se ed in quanto non vietate dalla legge e se in quanto l'obbligo di cui si richiede l'adempimento risulti inserito in un atto ove risultino compiutamente determinati tutti gli elementi del contratto.

In conclusione, secondo l'opinione di chi scrive, la sentenza del Consiglio di Stato n. 28 del 20 luglio del 2012 resa in Adunanza Plenaria, derogando al principio di tipicità delle azioni davanti al giudice amministrativo, nonostante da ultimo sia intervenuto il decreto legislativo 160 del 2012, che ha nuovamente proceduto a tipizzare le azioni di cui agli articoli da 29 a 32 del c.p.a. e propendendo invece per la tesi dell'atipicità, sembra adombrare una esegesi dell'articolo 133 lett. f) c.p.a., di dubbia conformità con gli articoli 24 e 111 della Costituzione.

## 6. Conclusioni.

Alla luce di quanto finora esposto, se è vero che in una concezione moderna e comunitaria del processo amministrativo, il soggetto privato e la pubblica amministrazione si trovano in posizione paritetica, tuttavia, molto più complesso è l'ambito di applicazione della giurisdizione del giudice amministrativo, ex art. 2932 c.c. nei casi di esecuzione coattiva di obbligo imposto dalla legge ovvero di negozio giuridico unilaterale.

Si è a lungo dibattuto sulla natura giuridica dell'azione ex 2932 c.c. e, di conseguenza, sulla relativa problematica del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo.

Si sono evidenziate le perplessità di carattere strettamente processualistico inerenti alla pronuncia del Supremo Consesso amministrativo e avallate di recente da un'autorevole pronuncia del Giudice di legittimità (78) in cui si attribuiva la giurisdizione al giudice ordinario, in conformità con il prevalente orientamento giurisprudenziale pregresso, escludendo quindi la rilevanza della disciplina della "privazione di effetti" di matrice comunitaria, trasposta nel d.lgs. n. 53 del 2010, e infine approdata nel codice del processo. In particolare, l'elemento che la sentenza sembra sottolineare e che, *mutatis mutandis*, appare compatibile anche col discorso in parola, è la lettura in chiave restrittiva del-

---

(78) Corte di Cassazione Sezioni Unite del 30 dicembre 2011, n. 30167.

l'art. 103 Cost. Secondo quanto affermato dal giudice di legittimità, infatti, non può essere il giudice, con interpretazione estensiva o analogica di disposizioni preesistenti, a modificare l'ordine costituzionale delle competenze dei diversi ordini giurisdizionali, che appunto l'art. 103 Cost. radica nella separazione tra il piano del diritto pubblico ed il piano negoziale; l'ambito della giurisdizione esclusiva poi è assoggettato al limite invalicabile che le materie in essa ricomprese devono necessariamente partecipare della medesima natura, caratterizzata dall'agire dell'Amministrazione come autorità, di quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità (79).

Appare opportuno ribadire a tal punto che, tra le azioni previste dal C.p.a. (ex art. 29 e s.s.), neppure a seguito delle modifiche introdotte dal legislatore mediante il c.d. "Correttivo al C.p.a" (80), vi è quella relativa all'azione ex art. 2932 c.c.

**Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza 20 luglio 2012 n. 28** - Pres. Giovannini, Est. Saltelli - CONSORZIO LA FONTE MERAVIGLIOSA FRA COOPERATIVE EDILIZIE - ABITAZIONE - SOCIETA' COOPERATIVA A RESPONSABILITA' LIMITATA E SOCIETA' IL RIDOTTO S.R.L. (avv. Eugenio Picozza) c/ ROMA CAPITALE (avv. Americo Ceccarelli, Andrea Magnanelli e Domenico Rossi), nei confronti dei sig. (...) (avv. Gabriella Napoli). In punto riforma sentenza T.A.R. Lazio - Roma, Sez. II bis, n. 9227 del 24 novembre 2011, concernente TRASFERIMENTO AL PATRIMONIO COMUNALE DI IMMOBILI.

#### FATTO

1. Con ricorso giurisdizionale notificato il 10 maggio 2010 il Comune di Roma, dopo aver premesso che:

- a) il Consorzio La Fonte Meravigliosa fra Cooperative Edilizie - Abitazione – Società cooperativa a responsabilità limitata (d'ora in avanti, il Consorzio) aveva avuto in assegnazione terreni per l'edificazione e l'urbanizzazione di aree, in parte di sua proprietà ed in parte da espropriare, ricadenti nel piano di zona n. 40, Vigna Murata, di cui alla legge 18 aprile 1962, n. 167, approvato con d.m. ll.pp. 11 agosto 1964, n. 3266;
- b) l'attuazione delle relative previsioni edificatorie ed urbanizzazioni era stata subordinata alla sottoscrizione di un atto d'obbligo (rep. n. 8044 del 14 dicembre 1972, rogato dal notaio Felicetti), con il quale il Consorzio aveva assunto a proprio carico gli oneri di urbanizzazione e l'obbligo di cedere gratuitamente al Comune di Roma le aree destinate a: - sede stradale, foglio 882, p.lle nn. 16p, 119p, 17p, 120p, 121p, 133p, 137p, 135p, 54p, 175p, 136p, 41p, 39p, 83p, 45, 32p, 71p, 72p, 75p, 43p, 39p, 35p, 21p, 100, 98p, 21p, 145, 144p, 112, 66p, 73p, 33p, 34p, 166p, 165p, 164p, 163p, 121p, 16p, 30p, 102p, 87p, 18p, 105p, 53p, 16p, 30p, 102p, 143p, 106p, 102p; - servizi scolastici, foglio 882, p.lle nn. 16p, 87p, 18p, 102p, 103p,

---

(79) S. FANTINI, *La giurisdizione sulla sorte del contratto di società*, in *Urbanistica e Appalti*, fasc. 3, 2012, p. 310.

(80) Si tratta del D. lgs. del 14 settembre 2012 n. 160.

27p, 61p, 32p, 71p, 39p, 135p, 82p, 83p, 75; - altro scopo, foglio 882, p.lle nn. 168p, 106p, 103p, 104p, 107p, 72p, 71p, 32p; - verde pubblico, foglio 882, p.lle nn. 54p, 175p, 40p, 41p, 173p; foglio 886, p.lle nn. 451p, 1p, 2p, 18p;

c) a seguito di varianti urbanistiche apportate al piano di zona, ed in particolare della c.d. variante ter, il Consorzio con altro atto d'obbligo, rep. n. 11343 del 18 dicembre 1981 (rogato dal notaio Terzi) si era obbligato ad osservare, nell'esecuzione degli impegni già assunti, le variazioni urbanistiche al piano di zona 40 bis – Vigna Murata;

d) approvata formalmente la predetta variante urbanistica c.d. ter con delibera consiliare dell'11 febbraio 1982, con decreto n. 407 dell'11 marzo 1987 il Presidente della Giunta regionale del Lazio aveva disposto, per la realizzazione del piano di zona 40 bis, l'espropriazione delle predette aree, le quali erano state trasferite al Consorzio, giusta atto rep. n. 6981 del 4 dicembre 1987 del notaio Terzi;

e) con atti, rep. n. 60360 dell'8 febbraio 1989, rep. n. 64166 del 17 luglio 1989, rep. n. 71588 del 2 maggio 1990, rep. n. 62198 del 5 maggio 1990, del notaio Misurale, il Consorzio aveva effettivamente ceduto alcune delle aree in questione, trattenendone ancora altre, tra cui quelle oggetto del ricorso;

f) in data 13 giugno 1990 (prot. rip. XVI n. 4961) era stato sottoscritto il verbale di cessione gratuita di aree, con il quale il Comune di Roma si era immesso effettivamente nel possesso delle aree del piano di zona di pertinenza del Consorzio, il quale aveva rinnovato espressamente l'impegno di "...completare la cessione delle aree situate all'interno del piano di zona non incluse negli atti precedentemente citati";

tutto ciò premesso, ritenuta sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo, ai sensi dell'articolo 11, comma 5 della legge 7 agosto 1990, n. 241, e dell'articolo 34 del D. Lgs. 31 marzo 1980, n. 98, come interpretato dal giudice delle leggi con le sentenze n. 204 e n. 281 del 2004, ha chiesto al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio: 1) in via cautelare, ai sensi dell'art. 3 della legge 21 luglio 2000, n. 205, l'autorizzazione all'immissione provvisoria nel possesso dei beni in questione o quanto meno del solo bene identificato al foglio 882, p.lle n. 59, 327, 331 (Casale denominato Santa Rita); 2) nel merito: 2a) l'accertamento dell'inadempimento da parte del Consorzio degli obblighi derivanti dagli atti d'obbligo a rogito rispettivamente del notaio Felicetti (rep. n. 8044 del 14 novembre 1972) e del notaio Terzi (rep. n. 11343 del 18 dicembre 1981); 2b): l'emanazione di una sentenza ex art. 2932 c.c. per il trasferimento a titolo gratuito in sua proprietà delle aree precedentemente indicate; 3) in via istruttoria, disporsi apposita consulenza tecnica d'ufficio per acclarare eventuali modifiche dei riferimenti catastali delle particelle immobiliari identificate, al fine di addivenire ad un corretto trasferimento delle aree.

Il Consorzio, costituitosi in giudizio, ha dedotto l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso, eccependo il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, l'inesistenza del titolo idoneo (accordo preliminare) ai fini dell'azione costitutiva ex art. 2932 C.C. e la prescrizione dell'obbligazione di cessione delle aree a causa del decorso del termine decennale dal momento in cui aveva acquisito le aree in questione.

Si sono costituiti ad adiuvandum i signori (...), che hanno ribadito la sussistenza della legittimazione passiva del Consorzio e della giurisdizione del giudice amministrativo.

Su richiesta della ricorrente amministrazione comunale è stato integrato il contraddittorio nei confronti della società Ridotto s.r.l., acquirente dei beni in questione, che, costituitasi in giudizio, ha anch'essa dedotto il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, instando per il rigetto del ricorso per inammissibilità e infondatezza.



2. L'adito tribunale, sez. II bis, con la sentenza non definitiva n. 9227 del 24 novembre 2011, rilevato che la questione concerneva la realizzazione di un programma edificatorio (in particolare il Piano di zona n. 40 "Vigna Murata", approvato con D.P.R. 15 dicembre 1962), oggetto di successive varianti cc.dd. "bis" e "ter", approvate con d.m. 2 aprile 1968 e delibera consiliare 11 febbraio 1982) e ricordato, per un verso, che, ai sensi degli artt. 10 e 11 della legge n. 167 del 1962, il Comune poteva riservarsi l'acquisizione delle aree ricomprese nel Piano (in misura non superiore al 50%), mentre le rimanenti aree potevano essere richieste da vari soggetti (tra cui le cooperative a favore dei propri soci per la costruzione di edifici di carattere economico popolare), i quali dovevano indicare al sindaco le aree da scegliere e l'entità delle costruzioni, e, per altro, verso che all'epoca della vigenza della citata legge n. 167 del 1962 non era prevista la sottoscrizione di una convenzione (a differenza di quanto successivamente disposto dalla legge 22 ottobre 1971, n. 865), così che l'atto d'obbligo rep. n. 8044 del 14 settembre 1972, registrato e trascritto il successivo 16 settembre 1972 (che ha subordinato la legittimità del rilascio del titolo concessorio alla cessione unilaterale di aree private inserite nel Piano di Zona in questione) doveva considerarsi inserito nel procedimento generale di attuazione e realizzazione del Piano stesso, ha ritenuto sussistente nel caso di specie la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, a questi appartenendo la domanda con cui il Comune agisce per ottenere l'esecuzione dell'obbligo assunto dal privato di cedere a titolo gratuito le aree per opere di urbanizzazione o servizi di interesse generale e di verde pubblico e in particolare la domanda volta ad accertare e dichiarare il diritto del Comune stesso di ottenere con sentenza ex art. 2932 C.C. il loro trasferimento, previo accertamento del diritto del Comune ad acquisire in proprietà le predette aree dall'attuale proprietario; ha poi respinto l'eccezione di prescrizione del diritto azionato ed infine, pur ritenendo fondate e meritevoli di accoglimento le richieste avanzate dal Comune di Roma di cessione delle aree da parte del Consorzio, ai fini della completa cognizione del giudizio, ha disposto puntuali incumbenti istruttori, demandandone l'espletamento al Direttore dell'Agenzia del Territorio.

3. Il Consorzio e la società Il Ridotto s.r.l. hanno chiesto la riforma della predetta sentenza, lamentandone l'erroneità alla stregua di tre articolati motivi di gravame, rubricati rispettivamente, il primo "I.I) Violazione e falsa applicazione in generale dell'art. 7 comma 1 e 5 del codice del processo amministrativo ed art. 133 lett. f) del medesimo codice, ob relationem agli articoli 24, 103 e 113 Costituzione. Eccesso di potere giurisdizionale. I.II) Violazione e falsa interpretazione dell'art. 1 c.p.a. e falsa applicazione dell'art. 2932 c.c. ob relationem, all'art. 360 c.p.c."; il secondo, "II) Violazione di legge. Violazione dell'art. 2946 C.C. – Violazione dell'articolo 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241. Carezza di motivazione" ed il terzo "III) Violazione di legge. Violazione dell'articolo 9 e 18 della legge 18 aprile 1962, n. 167 in combinato disposto con l'articolo 17, comma 1 legge 17 agosto 1942, n. 1150. Decadenza della validità ed efficacia del piano di zona".

Le appellanti, inoltre, dopo aver lamentato la consequenziale illegittimità dell'ordinanza istruttoria, hanno in via subordinata formulato istanza di rinvio all'Adunanza Plenaria ai sensi dell'art. 99 c.p.a. sulla questione del difetto di giurisdizione del giudice amministrativo e sulla esperibilità dell'azione ex art. 2932 C.C. innanzi al giudice amministrativo..

Hanno resistito al gravame chiedendone il rigetto il Comune di Roma ed i signori (...).

4. Il ricorso in questione, stante l'apposita istanza formulata dalle parti appellanti ed in virtù del rilievo delle questioni di massima su cui è imperniato, è stato deferito alla decisione dell'Adunanza Plenaria, ai sensi dell'art. 99, comma 2, c.p.a.

Le parti hanno illustrato con apposite puntuali memorie difensive le proprie rispettive tesi.

All'udienza pubblica del 16 aprile 2012, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

#### DIRITTO

5. Con il primo motivo di gravame, lamentando "I.I) Violazione e falsa applicazione in generale dell'art. 7 comma 1 e 5 del codice del processo amministrativo ed art. 133, lett. f) del medesimo codice, ob relationem agli articoli 24, 103 e 113 Costituzione. Eccesso di potere giurisdizionale. I.II) Violazione e falsa interpretazione dell'art. 1 c.p.a. e falsa applicazione dell'art. 2932 c.c. ob relationem all'art. 360 c.p.c.", gli appellanti hanno sostenuto che, diversamente da quanto erroneamente e comunque contraddittoriamente ritenuto dai primi giudici, l'atto d'obbligo a suo tempo sottoscritto con il Comune di Roma (rep. n. 8044 del 14 settembre 1972, registrato e trascritto il successivo 16 settembre 1972) costituiva soltanto una manifestazione di volontà del privato, fonte di una obbligazione tipicamente privatistica, priva di qualsiasi connotazione pubblicistica, non inquadrabile pertanto in un procedimento amministrativo, negando la sussistenza di un qualsiasi accordo ed insistendo per il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo; d'altra parte, sempre secondo la tesi degli appellanti, la circostanza che la legge n. 167 del 1962 (artt. 10 e 11) non contenesse alcuna disposizione né in tema di convenzionamento, né in tema di atto d'obbligo, ma prevedesse un mero elenco delle aree che si intendevano acquistare o espropriare da parte degli enti indicati nell'articolo 1 e delle aree di cui all'articolo 16, sulle quali i proprietari avessero richiesto di costruire in proprio case popolari, escludeva in radice la sussistenza di un atto convenzionale, in quanto la fonte dell'obbligo era costituito solo dall'elenco stesso ovvero dal verbale di assegnazione, ed impediva l'ammissibilità della proposta azione ex art. 2932 c.c. (utilizzabile solo per gli obblighi di fonte legale), tanto più che alcun sinallagma poteva configurarsi tra il procedimento di assegnazione, di natura reale, e l'obbligo (di cessione delle aree per la realizzazione delle opere di urbanizzazione secondaria) che non era stato neppure concepito come condizione di efficacia dello stesso.

La pur articolata e suggestiva tesi non merita favorevole considerazione.

5.1. Come si ricava dagli atti versati in giudizio, in data 22 aprile 1971 la Commissione di cui all'art. 11 della legge n. 167 del 1962 (18<sup>a</sup> riunione), esaminato il progetto di variante al piano di zona di Vigna Murata, adottato dall'amministrazione comunale, e dato atto che "le domande di vari consorzi, alcuni dei quali già proprietari delle aree coprono l'intera superficie del piano tranne una parte che viene riservata a cooperative finanziate dallo Stato", procedeva, per quanto qui interessa, all'assegnazione delle aree richieste al Consorzio Fonte Meravigliosa (foglio 882, p.lle 43p, 80p, 81p, 176p, 177, 178, 179 e 45p), alla Cooperativa Capoiale Star (foglio 886, p.lle 2p, 18p, 451; foglio 882, p.lle 119p, 16, 87, 18p, 27p, 102, 30, 17p, 53, 226, 36, 88, 89, 120, 105, 107, 103, 104, 106, 61p, 73p, 33p, 72p, 71p, 32p, 121p, 133p, 137, 135, 174p, 54, 60, 173, 17, 136, 134, 40, 41, 39p, 83p, 98p, 127p, 132p, 191, 163p, 192, 22p, 100p, 90p, 186p, 109p, 82p e 99p), alla Cooperativa Eliotropio (foglio 882, p.lle 42p, 45p, 77, 59, 76p, 78p, 185, 35p, 39p, 32p, 71p, 72p, 75, 163, 164, 33p, 165, 166, 167, 168, 34, 73p, 113, 21, 145, 99p e 100p). Nel verbale era espressamente stabilito che le predette assegnazioni "... si intendono effettuate ai sensi dell'art. 10, ma per l'attuazione le cooperative e i consorzi, con esclusione di quelle di cui all'art. f) [Coop. Marquita, Roseto in fiore, Casa sociale, Barbara 67, Fara Estense, Venti Ottobre, Tiberius, Stella del mattino, Riboty, finanziate dallo Stato], dovranno procedere alla stipulazione di atto d'obbligo per l'assunzione degli oneri di urbanizzazione e della cessione gratuita delle aree stradali e dei servizi".

Con atto d'obbligo, rep. n. 8044, prot. n. 3015 del 14 settembre 1972, rogato dal notaio Feli-

cetti, premessa la ricordata assegnazione di aree del 22 aprile 1971; rilevato che una parte del terreno assegnato era già stato acquistato (mq. 83.200 da parte del Consorzio Fonte Meravigliosa e dalle sue cooperative Puntoni Sigma, Supereur e Uria Redenta; mq. 24.800 da parte della Cooperativa Eliotropio e mq. 107.414 da parte della Cooperativa Capoiale Star) e dato atto espressamente che le suddette assegnazioni erano state fatte "... a condizione che gli enti interessati all'attuazione dovranno sottoscrivere l'assunzione a proprio carico degli oneri di urbanizzazione e della cessione gratuita delle aree stradali e dei servizi", il Consorzio, in proprio e per le cooperative ad esso associate (Uria Redenta, Eliotropio e Capoiale Star), oltre alla realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria (art. 1), assumeva l'obbligo (art. 2) di cedere senza corrispettivo al Comune di Roma: a) aree destinate a sede stradale (indicate in blu nella planimetria sub C) per una superficie di mq. 73.530 (assegnate al Consorzio e alle Cooperative associate Uria Redenta, Eliotropio e Capoiale Star): foglio 882, p.lle 16p, 119p, 17p, 120p, 121p, 133p, 137p, 13, 54p, 175p, 136p, 41p, 39p, 83p, 45, 32p, 71p, 72p, 75p, 43p, 39p, 35p, 21p, 100, 98p, 21p, 145, 144p, 112, 66p, 73p, 33p, 166p, 165p, 164p, 163p, 121p, 16p, 30p, 10, 87p, 18p, 105p, 53p, 16p, 30p, 102p, 143p, 106p, 102p; b) aree destinate a servizi scolastici (indicate in rosso nella planimetria sub D) per una superficie di mq. 46.770: foglio 882, p.lle 16p, 87p, 18p, 10, 103p, 27p, 61p, 32p, 71p, 39p, 135p, 82p, 83p, 75p; c) aree destinate ad altro scopo, ugualmente pubblico, quali mercato, chiesa, servizi amministrativi, culturali e sanitari (indicate in giallo nella planimetria sub C), pure assegnate al Consorzio e alle Cooperative associate Uria Redenta, Eliotropio e Capoiale Star, per una estensione di mq. 13.800, foglio 882, p.lle 168p, 106p, 103p, 104p, 107p, 72p, 71p e 32 p; d) aree destinate a verde pubblico, per un'estensione di mq. 26.630, foglio 882, p.lle 54p, 175p, 40p, 41p e 173p; foglio 886, p.lle 451p, 1p, 2p e 18p.

L'ultimo comma dell'art. 2 del predetto atto d'obbligo precisava: "Il Comune potrà, comunque, a mezzo di varianti al piano adottare diversa utilizzazione pubblica delle aree come sopra cedute, senza che questo possa in ogni caso dar luogo ad azione di danno o di retrocessione da parte del Consorzio o dei suoi aventi causa".

Con altro atto d'obbligo, rep. n. 11343, raccolta n. 4239, rogato dal notaio Terzi in data 18 dicembre 1981, il Consorzio e le cooperative ad esso associate (Capoiale Star, Eliotropio e Uria Redenta), "fermi restando gli impegni assunti con l'atto d'obbligo a rogito Felicetti del 14/9/1972 Rep. 8044", si obbligavano nei confronti del Comune di Roma ad osservare, nell'esecuzione ed attuazione dei predetti impegni, le variazioni urbanistiche al piano di zona 40 bis - Vigna Murata - legge 167/1962 apportato con la delibera citata in premessa (delibera della Commissione urbanistica del Comune di Roma del 29 marzo 1979).

5.2. Ciò chiarito in punto di fatto, la tesi degli appellanti, secondo cui l'atto d'obbligo rep. n. 8044, prot. n. 3015 del 14 settembre 1972, rogato dal notaio Felicetti (così come quello successivo, rep. n. 11343, raccolta n. 4239, rogato dal notaio Terzi in data 18 dicembre 1981) costituirebbe una mera obbligazione privatistica, del tutto svincolata e priva di qualsiasi collegamento con l'atto di assegnazione delle aree di cui al verbale del 22 aprile 1971 della Commissione di cui all'art. 11 della legge 18 aprile 1962, n. 167, è priva di fondamento giuridico.

5.2.1. Anche a prescindere dal fatto che una siffatta natura dell'atto d'obbligo ne implicherebbe l'invalidità per carenza di "causa", requisito di ogni atto negoziale (ex art. 1325 c.c.), non potendo essere consentito uno spostamento patrimoniale privo di giustificazione giuridica (e non essendo altrimenti comprensibili le ragioni per le quali il Consorzio si sarebbe obbligato unilateralmente ad un determinato fare, a titolo gratuito, nei confronti del Comune di Roma), occorre rilevare che l'atto di assegnazione delle aree era in realtà "condizionato" alla sotto-

scrizione di atto d'obbligo per l'assunzione degli oneri di urbanizzazione e della cessione gratuita delle aree stradali e dei servizi.

Ciò emerge inconfutabilmente, in modo chiaro ed inequivocabile, dalla lettura del ricordato verbale di assegnazione delle aree in data 22 aprile 1971 che delinea uno stretto vincolo logico – giuridico tra la realizzazione degli interventi edificatori e l'assunzione degli oneri di urbanizzazione e della cessione gratuita delle aree stradali e dei servizi, prevedendo espressamente, come già ricordato, che “Le assegnazioni si intendono effettuate ai sensi dell’art. 10, ma per l’attuazione le cooperative ed i consorzi... dovranno procedere alla sottoscrizione di atto d’obbligo per l’assunzione degli oneri di urbanizzazione e della cessione gratuita delle aree e dei servizi”.

Lo stesso Consorzio è stato sempre pienamente consapevole di ciò, avendo dato spontaneamente attuazione a quella previsione, correttamente interpretandola come condizione (indipendentemente dal nomen juris concretamente utilizzato), come si ricava dalla lettura delle premesse del già citato atto rep. n. 8044, prot. n. 3015 del 14 settembre 1972, rogato dal notaio Felicetti, laddove è affermato che “... le assegnazioni suddette sono fatte a condizione che gli enti interessati all’attuazione dovranno sottoscrivere atto d’obbligo per l’assunzione a proprio carico degli oneri di urbanizzazione e della cessione gratuita delle aree stradali e dei servizi”.

5.2.2. L’atto d’obbligo in questione, lungi dal costituire una mera obbligazione privatistica, sfornita di qualsivoglia giustificazione giuridica, deve essere configurato quale atto privato accessivo all’assegnazione, necessario per la stessa efficacia di quest’ultima, collocandosi pertanto, come correttamente rilevato dai primi giudici, nell’ambito del complesso e articolato procedimento amministrativo di attuazione degli interventi di edilizia economica e popolare. Né all’effettiva esistenza di un simile procedimento amministrativo, come delineato nella ricostruzione dei fatti operata nel paragrafo 5.1., può ritenersi essere d’ostacolo la mancanza all’epoca di una apposita previsione normativa: l’esigenza di coordinare tra di loro la volontà pubblica dell’amministrazione (manifestatasi nell’assegnazione delle aree) e quella privata (di cessione gratuita delle aree necessarie per strade e servizi a fronte della possibilità di dare attuazione ai progettati interventi edificatori) era ben presente all’amministrazione che ha dato vita in concreto ad un - sia pur embrionale - modello convenzionale, indispensabile per la corretta e adeguata disciplina dei rapporti tra amministrazione assegnante e soggetti assegnatari - attuatori e per l’effettivo perseguimento dei fini pubblici (e sociali) insiti nella realizzazione dei piani di zona. È appena il caso di ricordare che, successivamente, tale possibilità è stata espressamente confermata dalla modifica apportata agli originari articoli 10 e 11 della legge n. 167 del 1962 per effetto degli articoli 35 e 38 della legge n. 865 del 1971, con cui è stato previsto lo strumento appunto della convenzione per regolare i rapporti tra concessionari (assegnatari) e pubblica amministrazione e, in particolare (art. 10, comma 8, lett. b) “il corrispettivo delle opere di urbanizzazione da realizzare a cura del comune o del consorzio, ovvero, qualora dette opere vengano eseguite a cura e spese del concessionario, le relative garanzie finanziarie, gli elementi progettuali delle opere da eseguire e le modalità del controllo sulla loro esecuzione nonché i criteri e le modalità per il loro trasferimento ai comuni od ai consorzi”. Sotto altro profilo deve anche evidenziarsi che con delibera della Giunta comunale n. 1293 del 20 aprile 1999 il Comune di Roma ha preso atto dei due ricordati atti d’obbligo del 14 settembre 1972 e del 18 dicembre 1981 nonché degli atti unilaterali di cessione gratuita sottoscritti dal Consorzio per l’attuazione ed il trasferimento delle aree pubbliche ricadenti nel Piano di Zona n. 40 Vigna Murata, accettando espressamente tali cessioni gratuite di cui agli atti rogati dal notaio Misurale rep. n. 60630 in data 8 febbraio 1989, n. 62198 in data 5 maggio 1989 e n. 64166 in data 17 luglio 1989, così concludendosi - in parte - proprio il complesso

e articolato procedimento per la realizzazione dei relativi alloggi di edilizia economica e popolare, salva la cessione delle ulteriori aree ancora rimaste nella disponibilità del Consorzio.

5.3. Non merita in definitiva censura la statuizione di primo grado nella parte in cui ha riconosciuto che la presente controversia appartiene alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, atteso che, come giustamente rilevato, anche a non voler considerare che essa rientri tra quelle aventi ad oggetto gli accordi, la stessa concerne in ogni caso l'adempimento di un atto della pubblica amministrazione in materia di urbanistica ed edilizia ed in particolare la pretesa del Comune di Roma all'esatto adempimento degli obblighi nascenti dall'atto di assegnazione delle aree del 22 aprile 1971 e dai connessi atti d'obblighi cui era condizionata l'assegnazione stessa, obblighi pacificamente non ancora completamente adempiuti.

5.4. Quanto alla contestata ammissibilità nel caso di specie dell'azione costitutiva di cui all'art. 2932 c.c., deve osservarsi quanto segue.

La giurisprudenza ha anche recentemente ribadito (Cass. civ., sez. II, 30 marzo 2012, n. 5160) che "il rimedio previsto dall'art. 2932 c.c. a fine di ottenere l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto, deve ritenersi applicabile non solo nelle ipotesi di contratto preliminare non seguito da quello definitivo, ma anche in qualsiasi altra ipotesi dalla quale sorga l'obbligazione di prestare il consenso per il trasferimento o la costituzione di un diritto, sia in relazione ad un negozio unilaterale, sia in relazione ad un atto o ad un fatto dai quali detto obbligo possa sorgere ex lege (Cass. n. 6792 dell'8 agosto 1987; v. Cass. n. 7157 del 15 aprile 2004; v. Cass. n. 13403 del 23 maggio 2008 in tema di rifiuto di prestare il consenso di una cooperativa edilizia all'atto traslativo dell'immobile al socio assegnatario; Cass. n. 8568 del 5 maggio 2004 in tema di stipulazione di contratto di lavoro)".

Non vi è pertanto motivo per ritenere che non possa essere oggetto dell'azione ex art. 2932 c.c. il mancato adempimento da parte del Consorzio dell'obbligo, assunto con i ricordati atti d'obbligo del 14 settembre 1972 e del 18 dicembre 1981 di cessione delle aree ivi indicate, tale adempimento non essendo peraltro minimamente condizionato ad eventuali contrapposti adempimenti da parte del Comune ricorrente.

Né può addursi, a fondamento della pretesa inammissibilità dell'azione in questione, la sua asserita natura speciale ed eccezionale, in quanto mista, cognitiva ed esecutiva insieme, derogatoria pertanto della normale separazione tra azione cognitoria e azione esecutiva, Invero tale natura non la rende incompatibile (né è stata fornita alcuna significativa argomentazione al riguardo) con la struttura del processo amministrativo come delineato dal relativo codice, tanto più che, da un lato, non solo è espressamente prevista un'azione (di ottemperanza), anch'essa caratterizzata dalla coesistenza in capo al giudice di poteri di cognizione ed esecuzione insieme e, d'altro lato, non può neppure sostenersi la tesi di una eventuale "tipicità" delle azioni proponibili nel processo amministrativo, tipicità che sarebbe in stridente ed inammissibile contrasto, oltre che con i fondamentali principi di pienezza ed effettività della tutela, ex art. 1 c.p.a., con la stessa previsione dell'art. 24 della Costituzione.

Ma a prescindere da tali considerazioni di carattere generale, sta comunque il fatto che nella specie, per quanto innanzi esposto, si verte in una ipotesi di giurisdizione esclusiva la quale, là dove vengano in discussione questioni su diritti, come è per l'appunto nel caso in esame, non può che garantire agli interessati la medesima tutela e, dunque, le medesime specie di azioni riconosciute dinanzi al giudice ordinario.

Né può condividersi la tesi secondo cui l'effetto dell'acquisizione delle aree in questione avrebbe potuto essere conseguito dall'amministrazione pubblica utilizzando i propri poteri autoritativi, quale l'acquisizione d'ufficio: a tacer d'altro, è sufficiente al riguardo rilevare

che l'eventuale possibilità di esperire poteri amministrativi non rende di per sé inammissibile la proposizione di una domanda giudiziale.

Il motivo in esame è pertanto da respingere.

6. Con il secondo motivo di gravame è stato dedotto "II) Violazione di legge. Violazione dell'art. 2946 c.c. – Violazione dell'articolo 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241. Carezza di motivazione", sostenendosi l'erroneità della sentenza impugnata per aver ritenuto interrotto il termine decennale di prescrizione delle obbligazioni derivanti dall'atto d'obbligo, per effetto del verbale del 13 giugno 1990 e delle successive intimazioni dell'amministrazione comunale, senza avvedersi tuttavia che detto verbale (e l'impegno ivi contenuto a cedere ulteriori aree di completamento delle opere di urbanizzazione secondaria, quali servizi scolastici, mercato e chiesa, impegno peraltro dettato dalla situazione di difficoltà economica in cui versava il Comune e finalizzato ad ottenere il rilascio delle licenze abitative) non si riferiva affatto all'immobile Santa Rita, come del resto confermato dall'inserimento di detto immobile nelle Norme Tecniche di Attuazione del nuovo piano regolatore generale del Comune di Roma come immobile di proprietà privata della "Città Consolidata" - Tessuti di espansione novecentesca a tipologia edilizia libera - T3 e dalla simbologia utilizzata nelle relative tavole di zonizzazione (in cui solo le altre aree già indicate nell'atto d'obbligo a rogito notaio Felicetti, escluso l'immobile in questione, sono evidenziate come destinate a "Sistema dei servizi e delle infrastrutture").

Il motivo non può essere accolto.

6.1. Come si è avuto modo di rilevare, gli obblighi di cessione gratuita delle aree stradali e dei servizi, di cui all'atto d'obbligo del 14 settembre 1972, sono stati prima confermati con l'atto d'obbligo del 18 dicembre 1981 e poi adempiuti, ma solo parzialmente, con gli atti di cessione unilaterali, rep. n. 60630 in data 8 febbraio 1989, n. 62198 in data 5 maggio 1989 e n. 64166 in data 17 luglio 1989, atti tutti di cui il Comune ha preso atto, accettandoli con la delibera di Giunta comunale n. 1293 del 20 aprile 1999, facendo espressamente salva l'ulteriore cessione di aree rientranti nella previsione degli atti di obblighi.

In data 13 giugno 1990 le parti (il Consorzio ed il Comune di Roma) hanno proceduto alla redazione di un "verbale di cessione gratuita di aree al Comune di Roma", nel quale tra l'altro il predetto Consorzio si è espressamente "impegnato a completare la cessione delle aree situate all'interno del p.z. non incluse negli atti precedentemente citati", cioè la cessione di tutte le aree indicate negli atti d'obbligo rogati rispettivamente il 14 settembre 1972 dal notaio Felicetti ed il 18 dicembre 1981 dal notaio Terzi.

Come rappresentato dall'amministrazione comunale appellata nella memoria difensiva depositata il 15 marzo 2012, il Consorzio è stato più volte sollecitato alla cessione delle ulteriori aree, giusta note Rip. XVI n. 7396 del 27 giugno 1985; Rip. XVI n. 1052/1996 del 31 gennaio 1996; Rip. XVI n. 3554/1997 del 16 giugno 1997; Dip. IX n. 78841 del 14 dicembre 1999; Dip. IX del 15 maggio 2001 e Dip. IX n. 26649 del 23 aprile 2007.

6.2. Posto che non è stata contestata né l'esistenza delle ricordate note di intimazione alla cessione delle aree, né la loro idoneità ad interrompere la prescrizione del diritto del Comune di Roma alla cessione gratuita delle aree in questione, non vi è alcun motivo per dubitare della natura di riconoscimento del debito (o dell'altrui diritto) della dichiarazione fatta dal rappresentante del Consorzio nel predetto verbale del 13 giugno 1990 in ordine alla persistenza dell'obbligo di cessione delle aree di cui ai precedenti atti d'obbligo, adempimento non ancora del tutto esattamente completato, e dell'impegno a procedere in tal senso.

Tale dichiarazione è stata infatti formulata dal legale rappresentante del Consorzio, da soggetto

cioè legittimato e fornito dei poteri dispositivi (trattandosi della stessa persona fisica costituita nei citati atti d'obbligo) e per il suo conciso, ma puntuale contenuto, anche in ragione degli espressi richiami operati ai precedenti atti di obbligo ed unilaterali di cessione delle aree già intervenuti, deve ritenersi connotata da una specifica consapevole intenzione ricognitiva, coerentemente del resto allo stesso significato delle attività oggetto della verbalizzazione, dovendosi pertanto, in mancanza di qualsiasi elemento indiziante in tal senso, escludersi che essa avesse finalità diverse o che fosse condizionata da elementi estranei (Cass. civ., III, 24 novembre 2010, n. 23822); ciò senza contare che, come ribadito dalla giurisprudenza, non occorrono formule sacrali per aversi riconoscimento di debito.

Né, a togliere valore alla predetta dichiarazione di riconoscimento del debito ovvero del diritto del Comune di Roma ad ottenere la cessione delle aree di cui si tratta, può valere l'omessa indicazione o specificazione dell'edificio Santa Rita, in quanto la dichiarazione in questione si riferiva in modo chiaro ed inequivoco, ancorché omnicomprendente, agli obblighi assunti con gli atti d'obbligo del 14 settembre 1972 e del 18 dicembre 1981.

L'eccezione di prescrizione è pertanto destituita di fondamento (in tal senso anche T.A.R. Lazio, sez. II, 14 ottobre 2009, n. 9900, pronunciata in una controversia proprio tra l'odierno Consorzio appellante ed il Comune di Roma in relazione ad un atto dirigenziale di immissione nel possesso di area, foglio 882, p.la 33, di cui ai più volte citati atti d'obbligo).

Per mera completezza deve osservarsi che la questione se l'edificio Santa Rita rientri nelle aree da cedere (come sostenuto dall'amministrazione comunale, in quanto rientrante negli obblighi assunti con l'atto d'obbligo rogato dal notaio Terzi il 18 dicembre 1981 per effetto dell'impegno assunto dal Consorzio "... ad osservare, nell'esecuzione ed attuazione di detti impegni le variazioni urbanistiche al piano di zona 40 bis – Vigna Murata – legge 167/1962 apportate con la delibera citata in premessa") o meno, come sostenuto dalle appellanti, attiene alla fondatezza della domanda proposta dall'amministrazione comunale e non alla eventuale prescrizione del diritto di cessione (prospettazione quest'ultima che peraltro induce a ritenere che le stesse parti appellanti siano consapevoli che anche tale immobile sia oggetto degli obblighi di cessione).

7. Con il terzo motivo di gravame, rubricato "III) Violazione di legge. Violazione dell'articolo 9 e 18 della legge 18 aprile 1962, n. 167 in combinato disposto con l'articolo 17 comma 1 legge 17 agosto 1942, n. 1150. Decadenza della validità ed efficacia del piano di zona", le appellanti hanno infine sostenuto che, essendo scaduto in data 17 agosto 1984, il termine di validità del primo PEEP del Comune di Roma, in cui è compreso il Piano di zona n. 40 di Vigna Murata, era venuta meno anche la possibilità per il Comune di Roma di acquisire le aree oggetto dell'atto d'obbligo, con conseguente inutilità della stessa ricostruzione di quest'ultimo come atto endoprocedimentale.

La censura è priva di pregio.

Come ha affermato la giurisprudenza, la perdita di efficacia di un piano di zona per l'edilizia economica e popolare, quale piano urbanistico attuativo, comporta che lo stesso non può più essere portato ad esecuzione per la parte in cui è rimasto inattuato, non potendosi pertanto più eseguirsi gli espropri, preordinati alla realizzazione delle opere pubbliche e delle opere di urbanizzazione primaria, né potendosi procedere all'edificazione residenziale, fermo restando invece che devono continuare ad osservarsi le prescrizioni previste dallo stesso, destinate ad essere applicate a tempo indeterminato anche in presenza di un piano urbanistico generale (C.d.S., sez. IV, 27 ottobre 2009, n. 6572; 12 dicembre 2008, n. 6182; sez. V, 20 marzo 2008, n. 1216).

Le conseguenze della scadenza dell'efficacia del piano di zona si esauriscono pertanto nell'ambito della sola disciplina urbanistica, non potendo invece incidere sulla validità ed effi-

cazia delle obbligazioni assunte dai soggetti attuatori degli interventi di edilizia economica e popolare, che solo mediamente trovano fonte nel piano urbanistico attuativo (nel caso di specie, piano di zona), radicandosi piuttosto nelle convenzioni urbanistiche, disciplinate dall'art. 11 della legge n. 167 del 1962, come modificato dalla legge n. 865 del 1971, ovvero negli atti d'obbligo accessivi al provvedimento di assegnazione, come nel caso di specie, del tutto svincolati dalla efficacia del piano stesso.

8. L'appello deve pertanto essere respinto; le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

9. In conclusione, in base alle esposte considerazioni, l'Adunanza plenaria afferma il seguente principio di diritto:

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

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna le parti, in solido tra di loro, al pagamento di €. 5.000,00 (cinquemila) in favore di Roma Capitale e di €. 5.000,00 (cinquemila), in favore dei signori (...).

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 aprile 2012.