

Verona, 28 Agosto 2018

FOCUS

Contratti con la Pubblica Amministrazione e disciplina applicabile

DISCLAIMER: La presente circolare ha il solo scopo di fornire informazioni di carattere generale e non costituisce un parere professionale né può considerarsi come sostitutivo di una consulenza specifica.

INFORMATIVA SI SENSI DEL REGOLAMENTO EUROPEO 679/16 (GDPR): La presente circolare è inviata a soggetti che hanno fornito liberamente i propri dati personali nel corso di rapporti professionali, di incontri o simili. I dati personali in questione sono trattati per finalità collegate ai rapporti professionali intercorrenti con gli interessati, per finalità informative ma non sono comunicati a soggetti terzi. Il “titolare” del trattamento dati è Studio Righini e Associati con sede in Verona, Piazza Cittadella, 13. Il trattamento dei dati è curato solo da soci, collaboratori e dipendenti incaricati del trattamento o da incaricati di occasionali operazioni di manutenzione. Qualora Lei avesse ricevuto la presente circolare per errore oppure desiderasse non ricevere più comunicazioni di questo tipo in futuro potrà comunicarcelo inviando una e-mail a studiorighini@studiorighini.it

Sempre più spesso accade che i privati concludano accordi di carattere negoziale con la pubblica amministrazione: nell'ambito dell'attività edilizia, per esempio, si accompagna frequentemente, in relazione alla concessione di un titolo abilitante all'edificazione, la stipula di convenzioni urbanistiche che prevedono la realizzazione di opere dirette a soddisfare interessi della collettività quale (parziale) contropartita dell'assenso prestato all'esecuzione dell'intervento programmato.

Per consolidato orientamento giurisprudenziale, gli accordi in questione non hanno carattere eminentemente civilistico, ma rientrano nel novero di quelli disciplinati dall'art. 11 l. 241/1990, quali accordi integrativi (ovvero accessori) a un titolo edilizio.

La citata disposizione stabilisce espressamente, al comma 2, l'applicabilità dei principi dettati dal codice civile in materia di obbligazioni e contratti, in quanto compatibili e salvo che non sia diversamente previsto.

Sul significato da attribuire a tale precetto e, dunque, sull'individuazione della disciplina cui fare riferimento nel caso in cui sorga controversia circa l'interpretazione o l'esecuzione delle convenzioni urbanistiche e, più in generale, degli accordi stipulati ai sensi dell'art. 11 l. 241/1990, si è sviluppato un vivace dibattito.

Al riguardo, autorevole dottrina ha precisato che, sebbene la lettera della legge richiami testualmente i principi (anziché le norme) del codice civile, debbono ritenersi applicabili agli accordi amministrativi tutte le disposizioni generali codificate in materia di obbligazioni e contratti (vale a dire, quelle contenute nel libro IV del codice civile, agli artt. 1173 e seguenti).

La clausola di compatibilità recata dall'ultima parte del comma 2 dell'art. 11 l. 241/1990, d'altro canto, non deve essere interpretata quale prescrizione volta a rendere permanente il richiamo all'interesse pubblico affidato alle cure dell'amministrazione, sì da consentire a quest'ultima di essere esentata dall'osservanza delle norme generali sui contratti e sulle obbligazioni una volta concluso l'accordo. Infatti, per effetto di quanto stabilito dal comma 1 del medesimo art. 11, è la stessa scelta di ricorrere allo strumento dell'accordo integrativo o sostitutivo a dover essere operata in quanto, in concreto, rispondente all'interesse pubblico. In altre parole, è lo stesso contenuto negoziale dell'accordo a dover essere reputato conforme e funzionale al perseguimento delle finalità affidate alla cura dell'amministrazione, che, dunque, non può sottrarsi a quanto pattiziamente convenuto in nome di quel medesimo pubblico interesse che deve necessariamente essere sotteso alla stipula, a meno che ciò non sia espressamente previsto dalla legge.

Ecco, allora, che la valutazione di compatibilità deve essere condotta con precipuo riguardo a fattispecie normative positivamente tipizzate, con la conseguenza che le norme generali del codice civile in materia di obbligazioni e contratti sono applicabili agli accordi amministrativi se e nella misura in cui non contrastino con le disposizioni a essi specificamente dedicate o alle obbligazioni in essi dedotte (si pensi alla previsione contenuta nel comma 4 dell'art. 11 l. 241/1990, che consente all'amministrazione di recedere unilateralmente dall'accordo per sopravvenuti motivi di interesse pubblico), così come le stesse norme generali risultano applicabili a tutti i contratti fintantoché non contrastino con disposizioni particolari dedicate ai singoli tipi negoziali.

Pertanto, per individuare le regole applicabili all'esecuzione di un accordo stipulato dal privato con la pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 11 l. 241/1990:

- (i) dovrà essere identificata la specie di obbligazioni contemplate dall'accordo medesimo;
- (ii) dovranno essere rintracciate le disposizioni di diritto comune che vengono in considerazione in

virtù dell'inquadramento dato alle obbligazioni dedotte nell'accordo;

- (iii) dovrà essere verificata l'esistenza di norme specifiche (non solo in ambito civilistico, ma anche in ambito amministrativo) che possano riguardare l'accordo o le obbligazioni dallo stesso previste, in quanto recanti una disciplina diversa rispetto alle norme codicistiche di carattere generale o con le quali determinate disposizioni del codice civile risultano incompatibili e, di conseguenza, inapplicabili.

Posto che, salva l'esistenza di una specifica previsione legislativa di segno contrario, non vi è ragione per riconoscere all'amministrazione, nella fase dell'esecuzione di un accordo, una posizione di privilegio nei confronti dei privati, l'adempimento delle obbligazioni nascenti dagli accordi contemplati dall'art. 11 l. 241/1990 risulta pressoché integralmente sottoposto alle disposizioni dettate dal codice civile in materia, rispettivamente, di adempimento (artt. 1175, 1176, 1180, 1181, 1182, 1183, 1184, 1185, 1186 e 1187), di pagamento (artt. 1188, 1189, 1190, 1191, 1192, 1196, 1199 e 1200), di estinzione dell'obbligazione in modo diverso dall'esecuzione della prestazione dedotta (artt. 1197 e 1198) e di mora del creditore (artt. da 1206 a 1217).

Analogamente è a dirsi per quanto concerne la disciplina dell'inadempimento e dell'estinzione delle obbligazioni per ragioni diverse dall'adempimento: fatto salvo il recesso unilaterale dell'amministrazione dagli accordi espressamente previsto dall'art. 11 l. 241/1990, debbono reputarsi applicabili gli artt. da 1218 a 1229 (in tema di inadempimento e risarcimento del danno), da 1241 a 1252 (in tema di compensazione) e da 1256 a 1259 (in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione), nonché le norme sulla risoluzione per inadempimento (artt. da 1453 a 1462), per impossibilità sopravvenuta (artt. da 1463 a 1466) e per eccessiva onerosità (artt. da 1467 a 1469).

Nel contempo, la giurisprudenza amministrativa (avallata dal Consiglio di Stato con la recente sentenza n. 4251 del 12 luglio 2018) ha affermato che dal comma 2 dell'art. 11 l. 241/1990 si evince un principio di rigorosa tassatività delle regole privatistiche applicabili agli accordi disciplinati dalla medesima norma e, in particolare, alle convenzioni urbanistiche, con la conseguenza che, per esempio, non può essere invocato l'art. 72 l. fall. (che attribuisce al curatore fallimentare il potere di sciogliersi dal contratto, liberando il fallimento da eventuali vincoli negoziali in atto).

I giudici amministrativi hanno, in proposito, rilevato che, alla luce del principio evincibile dall'art. 1372 c.c. (secondo il quale il contratto ha forza di legge tra le parti), l'art. 72 l. fall. assume carattere derogatorio, in quanto la finalità della norma è quella di non penalizzare oltremodo gli interessi del ceto creditore, proteggendoli dal possibile pregiudizio derivante dalla necessità che il curatore fallimentare debba fare fronte agli impegni contrattuali assunti dal fallito prima della dichiarazione di fallimento; tale esigenza, tuttavia, non può essere enfatizzata in misura tale da consentire al curatore lo scioglimento da una convenzione stipulata ai sensi dell'art. 11 l. 241/1990, che sottende l'esecuzione di una prestazione dettata dall'interesse pubblico (come tale ascrivibile alla generalità dei consociati), come tale prevalente su quello pur sempre particolare riconducibile alla massa dei creditori. In altre parole, se si ritenesse applicabile alle convenzioni urbanistiche l'art. 72 l. fall., la concreta possibilità di realizzazione dell'interesse pubblico (di cui l'amministrazione è istituzionalmente portatrice) verrebbe pregiudicata dalle scelte del curatore fallimentare, con un rovesciamento della gerarchia di valori che non trova riscontro nel dettato normativo, dal momento che, richiamando l'art. 11 l. 241/1990 i soli principi codicistici in materia di obbligazioni e contratti, non può sostenersi la prevalenza di una norma a contenuto derogatorio per di più dettata da una legge speciale.

Lo Studio resta a disposizione per ogni chiarimento.

Per il Dipartimento di Consulenza Legale e contrattuale
Avv. Paolo Cagliari