

Vincoli negoziali precontrattuali nei confronti dei terzi e attività della P.A. Applicabilità del rimedio ex art. 2932 c.c. ai contratti della P.A. e agli accordi di cui agli artt. 11 - 15 L. 241/1990.

Autore: Grimaldi Matteo

In: Diritto amministrativo

Il procedimento di formazione del c.d. *contratto complesso* è caratterizzato dall'inserimento, nel corso delle trattative, di negozi giuridici preparatori che producono obblighi preordinati ed orientati alla formazione del contratto.

Essi vengono comunemente indicati con l'espressione "vincoli negoziali precontrattuali", e possono essere definiti come atti o negozi di carattere unilaterale o bilaterale per effetto dei quali una o entrambe le parti del contratto *in itinere* assumono degli impegni o degli obblighi in relazione alla futura stipulazione contrattuale.

L'ordinamento giuridico conosce, fundamentalmente, quattro tipologie di vincoli negoziali precontrattuali: la proposta irrevocabile (art. 1329 c.c.); l'opzione (art. 1331 c.c.); la prelazione, legale (in determinate e tassative ipotesi previste dalla legge, come, ad esempio, l'art. 732 c.c.) e convenzionale (ammessa pur in assenza di una figura generale); il contratto preliminare (art. 1351 c.c.).

Le prime due figure elencate producono l'effetto di escludere la possibilità di revoca della proposta da parte del proponente, con la differenza che la proposta irrevocabile è negozio giuridico unilaterale, mentre l'opzione è un vero e proprio contratto-accordo bilaterale (generalmente a titolo oneroso) con il quale le due parti convengono che una di esse rimanga vincolata alla propria dichiarazione e l'altra abbia facoltà di accettarla o meno.

La prelazione si caratterizza in ciò che il vincolo incide sulla libertà nell'individuazione del soggetto con il quale stipulare il contratto, ferma restando la libertà circa l'an della stipulazione e, quindi, lasciando impregiudicata la possibilità di scelta circa l'opportunità di stipulare il contratto.

Il contratto preliminare genera vincoli ancor più penetranti, tesi, da un lato, a predeterminare il contenuto del contratto definitivo, dall'altro, a sancire l'obbligo della relativa stipulazione. Contratto preliminare con il quale, secondo le recenti acquisizioni dottrinali e giurisprudenziali, non solo si "scambiano consensi", ma dal quale scaturisce, altresì, l'obbligo di "preparare la prestazione del definitivo".

Si è posto, in dottrina e in giurisprudenza, il problema dei caratteri dei vincoli negoziali precontrattuali nei confronti dei terzi.

Più in particolare, si è affrontata la tematica dell'opponibilità nei confronti del terzo dei vincoli negoziali e, in seconda battuta, la configurabilità di una responsabilità in capo al terzo che abbia indotto, in qualche misura, il soggetto, parte del rapporto obbligatorio precontrattuale, a violarne il relativo vincolo.

Per quanto concerne la prima problematica, ci si chiede: *quid iuris* nel caso in cui un soggetto che si è obbligato a mantenere ferma la proposta per un certo tempo o che ha concesso il diritto di opzione, o, ancora, tenuto alla *denuntiatio* in caso di prelazione convenzionale, stipuli un contratto con un terzo, violando così gli obblighi nascenti dal rapporto precontrattuale?

Occorre verificare quale sia la soluzione fornita dall'ordinamento giuridico nel caso di conflitto tra il soggetto beneficiario del vincolo ed il terzo che ha stipulato il contratto con il soggetto vincolato.

L'opinione assolutamente pacifica è che, nel nostro sistema giuridico, i vincoli negoziali precontrattuali non sono opponibili nei confronti dei terzi, e hanno una rilevanza esclusivamente *inter partes*, sul piano del binomio diritto di credito-obbligazione.

La mancata opponibilità del vincolo nei confronti dei terzi e, conseguentemente, la rilevanza meramente interna, soltanto tra le parti, del rapporto obbligatorio precontrattuale, fa sì che la violazione di codesti obblighi, il mancato rispetto di questi vincoli, lasci impregiudicato l'acquisto da parte del terzo e determini, esclusivamente tra le parti, una responsabilità per inadempimento dell'obbligazione ai sensi dell'art. 1218 c.c.

In altri termini, il beneficiario del rapporto precontrattuale, ingiustamente gabbato dal comportamento dell'altra parte obbligata, non potrà opporre al terzo il vincolo precontrattuale, e l'unica tutela sarà quella del risarcimento del danno da inadempimento contrattuale (salvi i profili di responsabilità del terzo per cooperazione o induzione all'inadempimento, che, a seconda delle diverse opinioni, avrà carattere aquiliano o contrattuale).

Questa impostazione, che postula la rilevanza *inter partes* del vincolo precontrattuale e l'inopponibilità nei confronti dei terzi del vincolo medesimo fa leva su un duplice ordine di considerazioni.

In primo luogo, si rileva che questi vincoli non sono trascrivibili: non essendo suscettibili di trascrizione, la prelazione, l'opzione e la proposta irrevocabile non sono rilevanti e opponibili nei confronti dei terzi.

Quindi, in tale prospettiva, il terzo che stipula il contratto (definitivo) e lo trascrive, non essendoci la precedente trascrizione dei vincoli precontrattuali, acquista correttamente e, in base al principio generale della priorità della trascrizione nel nostro sistema immobiliare, non gli possono essere opposti vincoli non trascritti. È evidente, poi, che questa scelta del legislatore relativamente ai beni immobili non può che riverberarsi sulle stipulazioni contrattuali che non interessano beni immobili in relazione alle quali non vi

sia la previsione della trascrizione.

Il secondo argomento, positivo, addotto dai sostenitori della tesi dell'opponibilit  ai terzi dei vincoli precontrattuali   rappresentato dalla disciplina di cui all'art. 1379 c.c., in tema di divieto di alienazione.

La norma, sancendo che  il divieto di alienare stabilito per contratto ha effetto solo tra le parti e non   valido se non   contenuto entro convenienti limiti di tempo e se non risponde ad un apprezzabile interesse di una delle parti?, sarebbe evocativo di un principio pi  generale alla stregua del quale i limiti all'autonomia contrattuale convenzionalmente assunti restano confinati al rapporto tra le parti e non sono opponibili ai terzi.

Ancora, dalla circostanza che solo in tema di prelazione legale il legislatore riconosce il diritto di riscatto nei confronti del terzo si deduce, *a contrario*, che nelle ipotesi di prelazione convenzionale, di proposta irrevocabile e di opzione, la regola   quella, riveniente dall'art. 1379 c.c., dell'opponibilit  nei confronti del terzo.

La problematica della opponibilit  ai terzi dei vincoli precontrattuali ha trovato una soluzione diversa in relazione al contratto preliminare.

Tale figura presenta due specifiche peculiarit  che rendono pi  incisiva la tutela riconosciuta al soggetto che vuole ottenere la stipula del contratto definitivo, reagendo all'inadempimento dell'obbligo precontrattuale e prevalendo sul terzo acquirente.

In primo luogo, l'ordinamento riconosce una tutela specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c., per effetto del quale il soggetto che subisce l'inadempimento pu  chiedere l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto definitivo e ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso.

In secondo luogo, la caratteristica che rende realmente opponibile al terzo il vincolo derivante dal contratto preliminare   data dalla possibilit  di trascrizione del preliminare (riconosciuta a partire dal 1996).

La trascrizione del contratto preliminare, caratterizzata da un meccanismo ad efficacia prenotativa, per mezzo del quale gli effetti del contratto definitivo, successivamente trascritto, si producono dal momento della trascrizione del preliminare, fa s  che al soggetto promissario acquirente non siano opponibili tutte le stipulazioni contrattuali trascritte successivamente alla trascrizione del preliminare, ancorch  in epoca precedente alla stipula del definitivo.

Il vincolo derivante dal contratto preliminare  , dunque, opponibile ai terzi, sulla base del meccanismo prenotativo della trascrizione, a differenza dei vincoli derivanti da proposta irrevocabile, opzione e prelazione.

In ultima analisi, i vincoli negoziali precontrattuali si atteggianno nei confronti dei terzi secondo le seguenti

coordinate: per la proposta irrevocabile, l'opzione e la prelazione, vale il principio dell'inopponibilità ai terzi dei relativi vincoli, con l'unica forma di tutela data dal risarcimento del danno da inadempimento ex art. 1218 c.c. e salva la possibilità di far valere la responsabilità aquiliana (o contrattuale) del terzo che abbia collaborato all'inadempimento; per il contratto preliminare, invece, vale l'opposto principio dell'opponibilità ai terzi attraverso il meccanismo ad efficacia prenotativa della trascrizione (2645-bis c.c.) Ora, il problema dell'opponibilità del contratto preliminare e, in particolare, dell'applicabilità del rimedio di cui all'art. 2932 c.c. si è posto in modo particolare per i contratti della P.A.

Riconosciuta, secondo la ricostruzione più recente, l'autonomia negoziale generale della P.A., non legata, dunque, ai casi espressamente previsti dalla legge, ferma comunque restando l'individuazione di limiti connessi alla funzionalità dell'azione amministrativa tutta, ivi compresa l'azione che si esplica attraverso strumenti contrattuali e, più in generale, atti *iure privatorum*, si è posto il problema di verificare se un contratto preliminare stipulato dalla P.A. possa essere oggetto di esecuzione in forma specifica secondo il paradigma di cui all'art. 2932 c.c.

La giurisprudenza, in un primo tempo, ha sostenuto che, nelle ipotesi di non esecuzione dell'obbligo di concludere il contratto definitivo, non sia possibile per il privato rivendicare la sentenza di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c., alla luce della insindacabilità della decisione discrezionale dell'amministrazione di non stipulare il contratto definitivo.

In altri termini, essendo l'azione tutta della P.A. tesa al perseguimento dell'interesse pubblico, non sarebbe possibile ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso, perché ci si tradurrebbe in un'indebita ingerenza del giudice nelle valutazioni di opportunità della P.A., la quale sarebbe sempre libera di procedere alla stipulazione del definitivo o disattendere l'obbligo derivante dal preliminare.

La giurisprudenza più recente, ormai prevalente, ritiene tuttavia che una scelta simile sia fondata su una inammissibile commistione tra il momento pubblicistico e quello privatistico dell'azione amministrativa.

Infatti, si dice, quando l'amministrazione si autovincola con il contratto preliminare, evidentemente, rinuncia al proprio potere discrezionale e soggiace alle regole del diritto comune circa l'obbligo di stipulare il contratto definitivo.

Non è rivendicabile un momento di insindacabilità della discrezionalità quando l'amministrazione, a ben vedere, ha già effettuato le proprie valutazioni di opportunità con il contratto preliminare, consumando il suo potere discrezionale ed assumendo un'obbligazione di diritto comune, come tale coercibile, alla stipula del contratto definitivo.

Se tale ultimo orientamento appare condivisibile in linea di principio, resta ferma la possibilità per l'amministrazione di agire in via di autotutela, facendosi carico, tuttavia, di esplicitare le ragioni di

interesse pubblico che giustificano la scelta di porre nel nulla la stipulazione preliminare.

Altra e diversa problematica ? quella, affrontata dagli interpreti, in tema di applicazione del rimedio *ex art. 2932 c.c.* agli accordi di cui agli artt. 11 e 15 della legge 241/90, cos? come modificati dalla legge n. 15/2005.

Ora, in via generale, l?art. 11, L. 241/90, disciplina gli accordi tra privati e P.A., nella duplice tipologia di:
a) accordi preparatori del provvedimento amministrativo con cui il privato e la P.A. concordano il contenuto del provvedimento; b) accordi sostitutivi del provvedimento, per effetto dei quali il procedimento amministrativo si conclude con un accordo tra privato e P.A. che tiene luogo del provvedimento amministrativo.

Entrambi, alla luce della modifica introdotta dall?art. 7, L. n. 15/2005, aventi carattere atipico, prescindendosi da una specifica previsione di legge.

L?art. 15, L. 241/90, invece, si occupa degli accordi tra pubbliche amministrazioni.

Il problema dell?applicabilit? dell?art. 2932 c.c. agli accordi *ex art. 11, L. 241/90* ? strettamente connesso alla natura giuridica che si attribuisce a tali accordi.

Sul tema sono state elaborate due tesi: la tesi privatistica e la tesi pubblicistica.

Secondo la tesi privatistica gli accordi di cui all?art. 11, L. 241/90 sarebbero dei veri e propri contratti di diritto privato caratterizzati da un oggetto pubblico, che regolano, cio?, un?attivit? amministrativa di natura pubblicistica.

La tesi in discorso si fonda su svariati argomenti: in primo luogo, si valorizza il dato letterale, sottolineando come l?art. 11, L. 241, nel parlare di questi accordi non utilizza il termine ?convenzioni? (solitamente evocativo dell?idea di accordi di diritto pubblico), ma il termine ?accordo?, laddove l?accordo ? elemento costitutivo del contratto (1326 c.c.); in secondo luogo, si dice che il legislatore fa riferimento esplicitamente alle norme del codice civile, in quanto compatibili, ove ? chiaro che se si fosse trattato di un accordo di carattere pubblicistico, tali principi sarebbero stati inapplicabili; ancora, si ricostruisce il potere di recesso unilaterale di cui al 4? comma dell?articolo citato come un diritto potestativo di recesso di natura eminentemente privatistica, laddove, se fosse stato un accordo pubblicistico la P.A. avrebbe potuto comunque procedere in via di autotutela, pur nel silenzio del dato normativo. Non sembra decisivo il richiamo all?interesse pubblico pi? volte enunciato nella norma, atteso che tutta l?attivit? della P.A., anche quella pi? strettamente privatistica, deve essere funzionale alla cura concreta dell?interesse pubblico. Infine, si evidenzia la generale tendenza alla ?privatizzazione del diritto amministrativo?, contenuta nella legge 15/2005, invocandone, pi? in particolare, l?art. 1, che, aggiungendo il comma 1-bis all?art. 1 della L. n. 241/1990, sancisce che: ?La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente?.

Ora, se si accede alla tesi privatistica, si dovranno necessariamente applicare tutte le forme di tutela previste dall'ordinamento per le ipotesi di inadempimento delle obbligazioni derivanti dall'accordo.

Il problema si pone, in particolare, nel caso di accordi preparatori.

In tali tipologie di accordi l'inadempimento si determina quante volte l'amministrazione o non adotta il provvedimento concordato al quale si è obbligata, o lo adotta con un contenuto diverso.

Nel primo caso (non adozione del provvedimento) si verificherebbe un inadempimento vero e proprio di un accordo di diritto privato, pur se caratterizzato da un oggetto pubblico, con la conseguenza che il soggetto potrebbe chiedere la risoluzione del contratto per inadempimento e il risarcimento del danno o l'azione di esatto adempimento e, secondo alcuni, sarebbe analogicamente applicabile il rimedio di cui all'art. 2932 c.c., al fine di ottenere una sentenza che tenga luogo del contratto non concluso, anche se, a ben vedere, in tal caso la sentenza tiene luogo dell'atto non adottato e non dell'accordo non concluso, ma il principio sarebbe fundamentalmente identico se ci si riferisce al caso in cui l'amministrazione ha comunque rinunciato alla sua discrezionalità nel momento in cui si è obbligata all'adozione di un determinato provvedimento amministrativo.

Tale opzione ermeneutica non è andata esente da critiche nella misura in cui si è rilevato che applicare analogicamente una norma sull'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto al caso dell'obbligo di adottare un provvedimento amministrativo significa applicazione analogica di una norma eccezionale che fa riferimento ad una fattispecie completamente diversa. In quest'ottica il 2932 c.c. sarebbe più congruamente applicabile ove l'amministrazione, con un accordo preliminare, si obbligasse a stipulare un accordo definitivo, preparatorio o sostitutivo: qui, in effetti, avremmo la violazione dell'obbligo di concludere un accordo che, essendo un contratto di diritto comune, soggiacerebbe all'art. 2932 c.c.

Ovviamente, la prospettiva cambia se si accede alla tesi della natura pubblicistica degli accordi ex art. 11, L. 241/90, tesi, questa, prevalente nell'interpretazione giurisprudenziale, e che si fonda sulla lettura al contrario di tutti gli argomenti svolti dalla tesi privatistica.

Questa scelta esegetica giunge alla conclusione che gli accordi di cui all'art. 11, L. 241/90 sono atti di diritto pubblico con cui la P.A., pur se attraverso una tecnica consensuale, esercita il potere pubblico.

È evidente che, in tal caso, non vi sarà spazio per l'utilizzo del rimedio ex art. 2932 c.c.

Infatti, nel caso di inadempimento derivante dall'omissione di provvedimento, quindi nell'ipotesi, vista in precedenza, dell'accordo preparatorio con cui la P.A. si obbliga ad adottare un provvedimento amministrativo avente un determinato contenuto, e, tuttavia, resta in silenzio o adotta un provvedimento difforme, secondo questa tesi pubblicistica tale omissione di provvedimento equivarrebbe, nella sostanza, all'ipotesi classica del silenzio-rifiuto e quindi il privato non potrebbe chiedere l'esecuzione in forma

specifica dell'obbligo di emanare il provvedimento con quel determinato contenuto, ex art. 2932 c.c., ma solo invocare la tutela prevista dall'ordinamento per il silenzio-rifiuto della P.A. (alla luce delle innovazioni introdotte dalla L. 15/2005, art. 2).

Stesso discorso ? possibile fare, *mutatis mutandis*, per gli accordi previsti dall'art. 15, L. 241/90.

Se ad essi si riconosce natura privatistica saranno applicabili tutti i rimedi previsti del codice civile in caso di inadempimento: ivi compresa la tecnica di cui all'art. 2932 c.c., ove l'amministrazione competente non emani l'atto di adozione dell'accordo.

Se, al contrario, come sembra preferibile, si accoglie la tesi pubblicistica che nega la natura contrattuale di tali accordi, si escluderanno i rimedi privatistici di cui sopra, e si verserà, ancora, in un'ipotesi di silenzio-rifiuto.?

?

Avv. Matteo Grimaldi

<https://www.diritto.it/vincoli-negoziali-precontrattuali-nei-confronti-dei-terzi-e-attivita-della-p-a-applicabilita-del-rimedio-ex-art-2932-c-c-ai-contratti-della-p-a-e-agli-accordi-di-cui-agli-artt-11-15-l-2411990/>