



Università
degli Studi
di Catania

FACOLTÀ DI SCIENZE POLITICHE

Dipartimento di Analisi dei Processi Politici, Sociali ed Istituzionali

DOTTORATO DI RICERCA EUROPEO IN DIRITTO AMMINISTRATIVO

CICLO XXIII

TESI DI DOTTORATO DI RICERCA di

Loredana Patti

“Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione”

Coordinatore: Chiar.mo Prof. Ignazio Maria Marino

Tutor: Chiar.mo Prof. Ignazio Maria Marino

Anno Accademico 2010 – 2011

INDICE

INTRODUZIONE

CAPITOLO I

L'INTRODUZIONE DELL'ART. 11 DELLA LEGGE 241/1990: UN PRIMO INQUADRAMENTO SISTEMATICO

1. L'art. 11 della legge 7 agosto 1990 n. 241: genesi della norma.
2. Il dibattito sulla natura giuridica degli accordi.
 - 2.1 segue: l'inquadramento pubblicistico.
 - 2.2 segue: l'inquadramento privatistico.
 - 2.3 segue: le ricadute del dibattito nell'applicazione della norma.
3. Alle origini della figura: le tesi dualistiche e la teoria del cd. contratto di diritto pubblico.
4. Accordi e partecipazione procedimentale.
5. Amministrare per accordi e principio di legalità.

CAPITOLO II

PROFILI FONDAMENTALI DI DISCIPLINA DEGLI ACCORDI PROCEDIMENTALI

1. Contenuto e funzione delle due figure di accordo procedimentale.
2. La determinazione preliminare: esigenze garantistiche e interessi tutelati.
3. La disciplina applicabile: diritto civile e "cautele pubblicistiche".
4. Il recesso: il difficile equilibrio tra la stabilità del vincolo e la necessità del costante perseguimento dell'interesse pubblico.
5. La giurisdizione esclusiva.

CAPITOLO III

LE PRINCIPALI FATTISPECIE CONSENSUALI NELLA PRASSI AMMINISTRATIVA E NELL'APPLICAZIONE GIURISPRUDENZIALE

1. Il campo di applicazione dell'art. 11 e la sua configurabilità quale norma generale in materia di accordi tra privati e pubblica amministrazione.
2. Segue: i cd. limiti "interni" al vaglio della giurisprudenza.
3. Le concessioni di servizi pubblici tra sistemazioni interne e diritto comunitario.
4. Pianificazione urbanistica e consenso prima e dopo l'art. 11 della legge 241/1990.
5. Accordi procedimentali e procedure ad evidenza pubblica.

Bibliografia

Giurisprudenza

INTRODUZIONE

Il ricorso a moduli convenzionali di esercizio della potestà amministrativa costituisce uno tra i fenomeni più rilevanti dell'evoluzione del nostro sistema di diritto amministrativo. A tale fenomeno, globalmente inteso, è possibile riportare tutte quelle ipotesi in cui l'attività amministrativa si manifesta non nelle forme del provvedere unilaterale e autoritativo, quanto piuttosto attraverso la ricerca del consenso dei soggetti amministrati.

Si tratta del tema dell'accordo nell'azione amministrativa, documentato sin dalle origini del nostro sistema nella prassi dell'operato dei soggetti pubblici e da sempre oggetto di ampio dibattito dottrinale, che con la legge sul procedimento amministrativo, legge 7 agosto 1990, n. 241, trova un riconoscimento formale sul piano dell'ordinamento positivo quale modello generale di svolgimento delle pubbliche funzioni.

La legge sul procedimento amministrativo infatti interviene a disciplinare la tendenza alla consensualizzazione dei rapporti amministrativi attraverso l'introduzione di due figure generali di accordo: gli accordi cd. procedurali di cui all'art. 11 concernenti i rapporti tra pubbliche amministrazioni e privati e gli

accordi cd. organizzativi di cui all'art. 15 che intervengono tra soggetti pubblici per la disciplina dei reciproci rapporti.

Il presente lavoro sarà dedicato all'analisi specifica degli accordi che intervengono tra soggetti pubblici e soggetti privati allo scopo di cogliere le istanze sottese alla positivizzazione di questo modello e le relative implicazioni a livello di sistema, tenendo in debito conto la problematica intimamente connessa del progressivo sfaldamento della linea di confine tra diritto pubblico e diritto privato che ha caratterizzato la costruzione dei sistemi a diritto amministrativo.

La costruzione, da un lato, di un corpo di regole autonome facente perno sui poteri autoritativi della pubblica amministrazione e l'esistenza, dall'altro, di vaste aree dell'attività amministrativa rette dal diritto privato hanno da sempre impegnato la dottrina giuspubblicistica nel tentativo di determinare i reciproci confini tra diritto privato e diritto pubblico nella disciplina dell'attività di soggetti pubblici.

Ora, il tema che qui ci occupa si caratterizza per l'innesto all'interno della tradizionale struttura procedimentale pubblicistica di uno strumento di decisione e determinazione dell'assetto d'interessi a struttura pattizia, basato cioè sul concorso della "volontà" della parte pubblica, cui è affidata la cura dell'interesse pubblico primario, e della volontà della/e parte/i privata/e cui fanno capo gli interessi particolari collegati all'azione dei pubblici poteri. Si assiste pertanto all'adozione, nella fase di definizione

dell'assetto d'interessi, di uno schema di tipo *lato sensu* negoziale che ricalca il modello tipico di composizione dei conflitti intersoggettivi propri del diritto privato.

In un'ampia prospettiva, l'istituto dell'accordo quale modulo di svolgimento dell'azione amministrativa può essere inquadrato nell'ambito della cd. privatizzazione del diritto amministrativo che costituisce uno tra i temi più controversi e dibattuti dall'odierna scienza pubblicistica.

Con l'espressione "privatizzazione" del diritto amministrativo ci si riferisce al fenomeno, che può essere apprezzato su diversi e concorrenti piani, della penetrazione al suo interno, nel quadro cioè di aree di disciplina tradizionalmente ad esso riservate, di istituti e sistemi di regole proprie del diritto privato. Gli accordi ex art. 11 costituiscono un esempio di questa tecnica sia per l'innesto nella serie procedimentale, naturalmente destinata a sfociare nell'assunzione di una decisione unilaterale del soggetto pubblico, dello schema dell'accordo sia per il rinvio espresso, in punto di disciplina, ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti fatta salva la clausola di compatibilità. All'adozione dello schema consensualistico corrisponde pertanto, nella visione del legislatore, l'applicazione di regole mutate dal diritto privato, ferma restando la verifica della compatibilità di queste con il "contesto" pubblicistico in cui l'accordo si inserisce.

E' evidente che si tratta di una scelta di politica legislativa (nulla, infatti, avrebbe impedito al legislatore di dettare un sistema di regole compiuto e proprio degli accordi tra privati e pubblica amministrazione, in alternativa alla tecnica del rinvio alla disciplina codicistica) che si pone in linea con la "fuga" verso il diritto privato che può constatarsi in tanti altri campi dell'azione dei soggetti pubblici.

Tradizionalmente, il nostro ordinamento giuridico si riporta al modello continentale del cd. stato amministrativo, espressione con la quale si suole riferirsi a quei sistemi giuridici caratterizzati da una normazione speciale –pubblica (il diritto amministrativo appunto) distinta dal diritto comune, in contrapposizione al cd. modello anglosassone dove sia i rapporti interprivati sia le vicende giuridiche dei soggetti pubblici sono in linea di principio soggetti allo stesso complesso di regole.

La costruzione del nostro sistema si è infatti avuta attraverso la progressiva acquisizione di una rilevanza giuridica autonoma in capo all'amministrazione pubblica con la sottoposizione della relativa attività ad un regime giuridico particolare, il cui principale elemento distintivo è rappresentato dall'attribuzione ai relativi atti di una particolare efficacia,

consistente nella idoneità ad incidere unilateralmente e imperativamente nella sfera giuridica dei cittadini¹.

Tale definizione “minima” dello stato amministrativo mette in luce il significato originario della specialità di tale ramo del diritto : storicamente esso nasce sul finire dell’Ottocento come il diritto della supremazia dell’amministrazione, come un complesso di regole, cioè, che disciplina, al contempo legittimandole², le speciali prerogative di cui dispone il soggetto pubblico, attraverso la sottrazione al diritto civile della regolamentazione dei rispettivi atti e delle relative controversie³.

¹ Cfr. al riguardo, M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Il Mulino, 1976, 25 ss;

² Occorre tenere presente, infatti, anche la “garanzia” rappresentata dal diritto amministrativo nei rapporti tra pubblica amministrazione e cittadini. In questo senso la nascita, nei sistemi continentali, del diritto amministrativo è da inquadrare nell’ambito del passaggio dallo Stato assoluto allo Stato di diritto. Nel primo l’attività che lo Stato svolgeva per il raggiungimento delle proprie finalità non era soggetta al diritto, con la sola eccezione di quell’attività che lo Stato svolgeva non per *publica potestas* ma su di un piano di parità con i privati, ad es. attraverso la conclusione di contratti. Attività quest’ultima naturalmente soggetta al diritto civile. Con l’avvento dello Stato di diritto si assiste alla sottoposizione di ogni attività statale, quindi anche quella svolta iure imperii, al diritto che, nei sistemi continentali, è appunto il diritto pubblico-amministrativo.

³ La tradizione giuridica fa risalire la prima affermazione della specialità del diritto amministrativo al noto *arrêt Blanc*, che ha segnato nell’ordinamento francese la sottrazione di una serie di controversie alla giurisdizione ordinaria. Esso trae origine dalla vicenda di un certo Fortier, un vetturale, che non avendo ricevuto il pagamento di alcuni trasporti effettuati per conto della Repubblica aveva agito davanti al giudice ordinario per l’adempimento. In quell’occasione il Direttorio, con l’arrêt direttoriale del 2 germinale anno V, affermò la regola secondo cui il potere di accertare un diritto di credito nei confronti della pubblica amministrazione non doveva spettare al giudice ordinario ma doveva essere regolato in via amministrativa (il cd. principio dell’*Etat débiteur*). Cfr., B. Sordi, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto*, in *Dir. amm.*, n. 4/1995, 490.

Invero, il nostro ordinamento giuridico ha sempre riconosciuto allo Stato- Pubblica amministrazione, in quanto persona giuridica, una piena capacità giuridica di diritto privato che trova tuttora fondamento nell'art. 11 (Persone giuridiche pubbliche) del codice civile a norma del quale “Le province e i comuni, nonché gli enti pubblici riconosciuti come persone giuridiche godono dei diritti secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico”. Ma con la formazione del sistema a diritto amministrativo, il diritto civile viene a rivestire, nella disciplina delle attività della Pubblica Amministrazione, una portata via via decrescente e residuale. Sul piano del diritto sostanziale, emblematica di tale progressivo allontanamento⁴ dello Stato dal diritto civile è la vicenda relativa all'inquadramento giuridico del rapporto d'impiego che, originariamente assoggettato al medesimo trattamento giuridico del personale dipendente di enti e soggetti privati, viene ricondotto entro gli schemi autoritari e unilaterali propri del diritto pubblico amministrativo . Vicenda che mette bene in evidenza la matrice “ideologica” prima che giuridica della progressiva pubblicizzazione di vaste aree di attività riconducibili allo Stato- Pubblica Amministrazione originariamente soggette al diritto civile in quanto in nulla diverse da analoghe attività svolte da privati se non nell'elemento della riconducibilità dei relativi

⁴ Per questa analisi, cfr. S. A. Romano, *Attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, in *Dig. Disc. Pubbl.*,.

rapporti nel quadro dell'apparato organizzativo dello Stato o di altre persone giuridiche pubbliche.

Lo stesso può dirsi relativamente all'evoluzione del sistema di giustizia amministrativa, la cui legge fondamentale – la legge 20 marzo 1865 n. 2248 all. E abolitrice del contenzioso amministrativo – da un lato sottopone alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie in cui è parte la pubblica amministrazione per “tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico” sul presupposto della riferibilità alla p.a. di rapporti giuridici regolati dal diritto comune; dall'altro pone delle significative limitazioni ai poteri del giudice ordinario nei confronti della p.a. in applicazione del principio della separazione dei poteri e a testimonianza della “specialità” del regime giuridico dei rapporti riferibili ai soggetti pubblici. Specialità che trova una definitiva consacrazione con l'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato, ovvero con la creazione di una giurisdizione speciale⁵ configurata come competenza a decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge contro atti e provvedimenti della p.a., davanti alla quale viene a concentrarsi, pertanto, la tutela del cittadino nei confronti dell'attività amministrativa autoritativa (o d'impero, nel

⁵ Sulle ragioni politiche e giuridiche che furono alla base dell'istituzione di una giurisdizione amministrativa speciale in luogo del rafforzamento della giurisdizione del giudice ordinario, ovvero in controtendenza rispetto alla scelta del legislatore del 1865 che aveva adottato il principio della giurisdizione unica, vedi ampiamente M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, il Mulino, 1976, 69 ss.

linguaggio dell'epoca) che trova nel provvedimento amministrativo la sua espressione tipica e peculiare.

Questa evoluzione trova una sicura conferma nelle elaborazioni della nostra scienza amministrativistica che per larga parte del secolo scorso ha ricostruito l'attività amministrativa attribuendo un ruolo centrale e pressoché assorbente all'attività di natura autoritativa. Di qui la tendenza degli interpreti a studiare e trattare l'attività amministrativa attraverso la visuale del provvedimento⁶, con i suoi caratteri di tipicità, nominatività ed esecutorietà, e lo scarso interesse teorico verso quelle manifestazioni dell'attività amministrativa rette dal diritto privato ovvero verso quelle altre manifestazioni che, pur soggette ad una disciplina di stampo prettamente pubblicistico, non implicano l'esercizio di poteri autoritativi⁷.

Ciò non toglie che un'attività amministrativa di diritto privato è sempre continuata ad esistere e già la dottrina più remota osservava come lo Stato, per il perseguimento dei suoi fini, potesse

⁶ In questo senso, E. Casetta, *Attività amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 522. Occorre però por mente al fatto che la primissima scienza del diritto amministrativo nel ricostruire la nozione di atto amministrativo vi riportava i contratti stipulati dalla pubblica amministrazione. Per l'Italia, il riferimento è, in particolare, a G.D. Romagnosi, *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tessere le istituzioni*, Firenze, 1832, 181. Emergeva pertanto una nozione latissima di atto amministrativo, intendendosi per tale l'atto soggettivamente amministrativo, cioè quell'atto promanante da un'autorità pubblica a prescindere dalla veste giuridica formale, di diritto privato o di diritto pubblico, rivestita.

⁷ Il riferimento è, in particolare, all'area dei servizi pubblici su cui vedi *infra sub* cap. I § 3 e cap. III § 3.

indifferentemente servirsi tanto di strumenti pubblicistici quanto di strumenti privatistici⁸. Anzi, se si guarda alla storia dell'amministrazione italiana⁹ è possibile constatare come alle origini l'attività di diritto comune, quella che tradizionalmente veniva definita attività di gestione, rappresentava una parte cospicua dell'attività posta in essere dalle pubbliche amministrazioni per la cura degli interessi loro affidati e che i rapporti contrattuali hanno giocato un ruolo di notevole importanza nella prima configurazione del contenzioso amministrativo.

Ora, al di là della riconosciuta capacità del soggetto pubblico di compiere atti giuridici di diritto privato, sicuramente tali attività, benché rette dal diritto privato, si caratterizzano peculiarmente per la finalizzazione al necessario perseguimento dell'interesse pubblico che presiede e informa ogni attività giuridica della pubblica amministrazione. Al riguardo, la dottrina tradizionale distingue tra attività privata della pubblica amministrazione e attività amministrativa di diritto privato¹⁰

⁸ Classica la citazione di G. Mantellini, *Lo Stato e il codice civile*, vol. II, Firenze, 1882, 353 "sia che lo Stato ordini, agisca o provveda, sia che lo Stato contratti, non cambia natura e non cambia di fine".

⁹ Cfr., B. Sordi, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. Amm.*, n. 4/1995, 483 ss.

¹⁰ Fondamentale lo studio di A. Amorth, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. Dir. pubbl.*, 1938, 435 ss. A partire dalla fondamentale elaborazione teorica di A. Amorth, la dottrina successiva ha in larga parte ripreso tale distinzione chiarendo come tutta l'attività della p.a. sia diretta al perseguimento del pubblico interesse, non essendo ipotizzabile un'amministrazione che agisca per fini egoistici, come invece fa il privato nell'esplorazione della sua autonomia negoziale, e come essa si distingua al suo

propriamente detta e solo a quest'ultima si riconnetteva la natura di attività "amministrativa" benché retta dal diritto civile. Con la prima locuzione ci si riferiva a quell'attività che gli enti pubblici compiono nell'amministrare il proprio patrimonio, sulla base di considerazioni esclusivamente economiche, nello svolgimento della quale il soggetto pubblico non solo utilizza strumenti privatistici ma agisce, anche sotto un profilo sostanziale, alla stregua di un privato. Ossia quell'attività non direttamente preordinata alla cura dell'interesse pubblico. Con la seconda, viceversa, si faceva riferimento a quell'attività preordinata al raggiungimento delle finalità istituzionali del soggetto pubblico ma svolta attraverso gli strumenti del diritto privato. Dunque attività sostanzialmente amministrativa che si distingue dall'attività amministrativa di diritto pubblico solo per il regime giuridico formale cui è sottoposta in ragione della natura dello strumento¹¹ utilizzato per il suo compimento. L'importanza teorica di questa distinzione è in realtà ormai del tutto superata dalla considerazione che tutta l'attività della pubblica amministrazione è direttamente o indirettamente preordinata o comunque soggetta all'interesse

interno secondo che sia rivolta in via diretta ovvero in via mediata alla cura di interessi pubblici.

¹¹ Nell'attività amministrativa di diritto pubblico, la pubblica amministrazione agisce nelle vesti di autorità attraverso l'emanazione di provvedimenti amministrativi; in quella di diritto privato essa opera in situazione di parità con gli altri soggetti dell'ordinamento attraverso la conclusione di contratti.

pubblico e, di conseguenza, sempre (in misura minore o maggiore)“conformata” dall’ordinamento in relazione ad esso¹².

Si pensi al nucleo centrale dell’attività amministrativa di diritto privato: l’attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni, ovvero quelle fattispecie in cui i soggetti pubblici concludono contratti di diritto comune. A differenza di quanto accade in un ordinamento per molti versi vicino al nostro quale quello francese¹³, nel nostro sistema, per una lunga tradizione che ha la sua origine nel sistema di tutela giurisdizionale che da sempre ha affidato al giudice ordinario le controversie in materia contrattuale, l’attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni è stata ascritta al diritto comune, quale esercizio della generale capacità di diritto privato riconosciuta agli enti pubblici ex art. 11 cod. civ. L’ascrivibilità al diritto comune non è stata posta in discussione nemmeno con l’emergere e il progressivo consolidarsi di un corpo di regole “particolari” dell’attività contrattuale dei soggetti pubblici attinenti sia alla fase pubblicistica di scelta del contraente (cd. evidenza pubblica) sia alla fase esecutiva, che sono

¹² La validità di questa distinzione è mantenuta sul piano teorico, nella misura in cui consente di distinguere tra attività rivolta in modo diretto e attività rivolta in modo indiretto alla cura dell’interesse pubblico. Tuttavia la dottrina più recente fa osservare come a questa distinzione non corrisponda una vera e propria diversità di disciplina, quanto piuttosto solo una diversa graduazione dei “correttivi pubblicistici” rispetto agli ordinari schemi privatistici. Cfr., F. Cangelini, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Giuffrè, 2004, 43.

¹³ Si fa riferimento alla dottrina francese del *contrat administratif*, espressione con la quale ci si riferisce a contratti sottoposti a regole speciali di diritto pubblico (e alla cognizione dei Tribunali amministrativi), nei quali l’ente pubblico negozia in una posizione di supremazia speciale. Cfr. F. Satta – F. Cardarelli, *Il contratto amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2007, 205 ss.

state generalmente ricostruite come regole di diritto privato speciale o, comunque, come mere deroghe alla disciplina generale di diritto privato.

Data per pacifica la capacità dei soggetti pubblici di concludere contratti di diritto comune in posizione di parità con gli altri soggetti dell'ordinamento, la nostra scienza giuridica si è a lungo interrogata circa l'ammissibilità teorica di una figura contrattuale di diritto pubblico che si caratterizzasse per assumere ad oggetto della pattuizione tra le parti lo svolgimento di una pubblica funzione, ovvero una *res* estranea al comune commercio della quale la sola pubblica amministrazione potesse disporre. Si tratta della nota dottrina del contratto di diritto pubblico originata dalla constatata presenza nella prassi dell'operato delle pubbliche amministrazioni di accordi cui l'amministrazione partecipava nella sua veste tipica di autorità, ovvero in relazione ad ambiti di attività rispetto ai quali essa risultava titolare di poteri unilaterali. Figure di accordo, pertanto, diverse rispetto ai contratti di diritto comune cui l'amministrazione ricorre, alla stregua di ogni altro soggetto dell'ordinamento, per procurarsi denaro, beni o altre utilità presenti sul libero mercato, nel campo delle normali pattuizioni patrimoniali tra *cives*.

Il dibattito circa la configurabilità di un'area contrattuale a regime pubblicistico ha trovato nuova linfa negli ultimi decenni proprio a seguito dell'introduzione della previsione generale di cui all'art. 11 della legge sul procedimento, in cui parte degli interpreti

ha ravvisato il riconoscimento *de iure condito* di una figura di incerta collocazione dogmatica.

In un'ampia accezione può parlarsi in entrambi i casi di attività consensuale della pubblica amministrazione, intendendo genericamente per attività consensuale quelle fattispecie rette, in misura maggiore o minore, dal diritto privato e basate sulla logica del consenso, dell'incontro delle volontà piuttosto che sulla logica dell'atto imperativo e unilaterale. Ciò posto, è opinione abbastanza pacifica quella che distingue nettamente le figure di accordo riconducibili al modello di cui all'art. 11 dai contratti e, più in generale dall'attività svolta secondo moduli privatistici, benché non manchino letture di segno differente che o enfatizzano gli aspetti pubblicistici¹⁴ dei contratti della pubblica amministrazione accostandoli agli accordi ex art. 11 ovvero, nell'opposta direzione, prediligono una lettura privatistica di questi ultimi riconoscendovi natura propriamente "contrattuale".

Sembra prevalere una ricostruzione degli accordi procedurali che isola questi ultimi dall'attività svolta secondo moduli privatistici: si parla, al riguardo, di attività a connotazione

¹⁴ L'accento è posto, in particolare, sulla procedura ad evidenza pubblica che precede la stipulazione del contratto, pacificamente ricondotta alla categoria del procedimento pubblicistico, così come sui poteri speciali riconosciuti alla pubblica amministrazione nella fase di esecuzione del contratto laddove ricostruiti alla stregua di veri e propri provvedimenti amministrativi, tali dunque da denotare la sopravvivenza del potere unilaterale della p.a. alla stipula del contratto. Parte della dottrina ha poi, all'indomani della novella dell'art. 11 intervenuta nel 2005, accostato la determinazione (di procedere alla stipula dell'accordo) di cui al comma *4bis* dell'art. 11 all'istituto della delibera a contrarre tradizionalmente proprio della contrattualistica pubblica.

pubblicistica non avente carattere autoritativo. In questa direzione, fortemente valorizzato l'elemento relativo alla differenza di tutela giurisdizionale¹⁵ attesa, come noto, l'importanza in termini di inquadramento sistematico che il riparto di giurisdizione ha sempre rivestito nel nostro ordinamento.

Invero, nel caso degli accordi procedimentali, la soluzione negoziata si pone come alternativa alla soluzione unilaterale che rimane pur sempre praticabile quale naturale sbocco del procedimento amministrativo. Nel caso specifico, poi, degli accordi c.d. integrativi l'attività consensuale si inserisce come momento di una serie procedimentale che, formalmente, si conclude con l'adozione di un provvedimento unilaterale.

In quest'ottica, sotto il profilo cioè del "ruolo" del consenso rispetto alla definizione dell'assetto d'interessi, la dottrina¹⁶ distingue, all'interno della vasta area dell'attività consensuale, fattispecie a consenso necessario, comprendenti quelle ipotesi in cui non è configurabile un provvedimento unilaterale che tenga luogo degli effetti prodotti dalla fattispecie consensuale, e fattispecie a consenso non necessario, alle quali si riportano tutti quei casi in cui la pubblica amministrazione può

¹⁵ Giurisdizione amministrativa esclusiva, estesa anche alla fase esecutiva, nel caso degli accordi ex art. 11; giurisdizione del giudice ordinario per le controversie in sede di esecuzione dei contratti ad evidenza pubblica.

¹⁶ Cfr., F. Cancelli, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Giuffrè, 2004, 45 ss.

determinare un assetto d'interessi corrispondente al contenuto dell'eventuale accordo, praticando l'alternativa provvedimentale.

Tuttavia, come già accennato e come vedremo nel corso del presente lavoro, una tra le possibili letture dell'art. 11 è quella che, facendo leva sull'esplicito rinvio ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, assegna agli accordi procedurali natura privatistica *tout court* e li inquadra nell'ambito di un più ampio disegno riformatore che vede nel *favor* nei confronti dell'utilizzo di strumenti privatistici da parte dei soggetti pubblici il suo tratto distintivo unitario.

Negli ultimi decenni è, infatti, possibile ravvisare una linea di tendenza di segno opposto rispetto a quella che, come visto, ha segnato la costruzione del nostro sistema, consistente nell'arretramento dell'autorità a fronte dell'adozione di modelli organizzativi, tecniche di disciplina e modelli di azione propri del diritto comune.

Basti fare solo qualche esempio: si pensi alla vicenda concernente la privatizzazione del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, con l'applicazione della normativa giuslavoristica sviluppatasi quale branca del diritto privato e la conseguente "depubblicizzazione" degli atti di gestione del rapporto di lavoro¹⁷, tradizionalmente inquadrati nello schema

¹⁷ Si ricordi che la Corte costituzionale, nell'esprimersi sulla privatizzazione, ha affermato che "la scelta tra l'uno e l'altro regime resta affidata alla

provvedimentale; si pensi ancora alla privatizzazione di numerosi enti pubblici con la conseguente penetrazione all'interno dell'organizzazione pubblica del modello societario che segna un'evoluzione ulteriore rispetto all'adozione, tipica delle prime forme d'intervento diretto nell'economia del nostro sistema statale, della figura del cd. ente pubblico economico che già si caratterizzava peculiarmente, all'interno dell'apparato pubblico amministrativo, per l'assenza di poteri autoritativi nei confronti degli altri soggetti dell'ordinamento.

Si pensi, ancora, alla recente introduzione nel corpo della legge 241/1990 della norma di cui all'art. 1, comma *1bis* ai sensi della quale "la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente". Al di là delle interpretazioni possibili di tale disposizione e al di là della sua effettiva portata innovativa, essa è quantomeno espressione di un atteggiamento ideologico di *favor* nei confronti del ricorso allo strumentario giuridico di diritto comune e dunque di un netto ribaltamento di prospettiva rispetto alle costruzioni della dogmatica pubblicistica tradizionale che vedeva il ricorso allo strumentario giuridico proprio del diritto amministrativo come il modello normale

discrezionalità del legislatore" (Corte cost. 25 luglio 1996 n. 313 in *Foro it.*, 1997, I, 43) e, con riguardo precipuo all'art. 97 cost., ha osservato che tale disposizione non impone lo statuto pubblicistico del pubblico impiego e che, attraverso la privatizzazione del rapporto, il legislatore ha inteso realizzare "senza pregiudizio dell'imparzialità, anche il valore dell'efficienza contenuto nel precetto costituzionale" (Corte cost. 16 ottobre 1997, n. 309, in *Foro it.*, 1997, I, 3486).

dell'*agere* della pubblica amministrazione e l'utilizzo degli strumenti privatistici come un'eccezione.

Le riforme cui si è fatto sopra cenno, benché dettate da ragioni pratiche ,prima ancora che storico-politiche, eterogenee e tali da imporre all'interprete riflessioni differenziate, si caratterizzano per un elemento unitario di fondo rappresentato dall'espansione dell'area del diritto privato: in talune ipotesi a questa espansione corrisponde un correlativo arretramento dell'area del "pubblico"; in altre essa si concreta nella contrattualizzazione di rapporti giuridici in passato inquadrati entro gli schemi autoritari dell'esercizio del potere.

Sul piano della riflessione generale, a quanti ricollegano all'attuale progressiva penetrazione del diritto privato e alla diffusa tendenza alla negoziazione una corrispondente riduzione dell'area di incidenza della normazione speciale amministrativa, si contrappone l'opinione di quanti leggono le trasformazioni nella direzione di una riorganizzazione della sfera pubblica e del suo diritto. In particolare ad arretrare è l'area dell'autoritatività non quella della pubblicità nella consapevolezza che pubblico non coincide con autoritativo. Starebbe cioè emergendo una nuova dimensione della pubblicità non più basata sull'idea ottocentesca della supremazia statale e della contrapposizione dello Stato alla società, ma su una tendenziale pari ordinazione pubblico- privato che trova nella costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale un punto di riferimento forte e gravido di conseguenze

sia per l'interpretazione degli istituti giuridici già esistenti sia per l'evoluzione futura delle forme d'intervento dello Stato nella società.

Per quanto riguarda gli accordi riconducibili al modello normativo di cui all'art. 11 della legge sul procedimento amministrativo, si assiste all'utilizzo, all'interno della serie procedimentale, di uno schema – quello dell'accordo, appunto – di composizione di interessi, siano essi interessi in conflitto ovvero interessi convergenti verso un medesimo risultato, non necessariamente di diritto privato, ma che può considerarsi uno schema generale, comune tanto al diritto pubblico quanto al diritto privato.

Finora la scienza giuridica pubblicistica ha tenuto ferma la linea di confine tra diritto pubblico e diritto privato e ha indugiato in ricostruzioni sistematiche volte a riportare singoli istituti nell'alveo dell'uno o dell'altro. Emblematica è la lunga elaborazione dottrinale e giurisprudenziale intorno alla figura della concessione-contratto e, a questa intimamente collegato, il tema del contratto di diritto pubblico. Si comprende pertanto come, all'indomani dell'introduzione degli accordi procedimentali, gli sforzi maggiori della dottrina si siano concentrati nel tentativo di dare una qualificazione precisa in termini pubblicistici ovvero privatistici della nuova figura. Come si vedrà, la disciplina dettata dall'art. 11 contiene elementi a favore sia dell'una che dell'altra opzione: appare pertanto innegabile che siamo in presenza di una

fattispecie composita la cui concreta definizione è rimessa all'interprete. Parimenti si può osservare sin d'ora che l'adesione all'una piuttosto che all'altra ricostruzione dogmatica (natura pubblicistica/natura privatistica) risulta più condizionata da un atteggiamento ideologico di fondo che sorretta su basi positive sicure.

Si consideri, altresì, da un lato la scarsa diffusione nella prassi dell'operato delle pubbliche degli accordi ex art 11 e, dall'altro, che l'opera interpretativa della giurisprudenza si è per lo più concentrata sulla possibilità di inquadrare la fattispecie controversa nell'art. 11 al quasi esclusivo fine dell'individuazione del giudice competente a decidere. Come si avrà modo di osservare nel corso della trattazione, infatti, l'introduzione della norma di cui all'art. 11, in cui si è ravvisata la copertura normativa di un fenomeno – quello della “negoziiazione” tra privati e pubblici poteri – che prima si svolgeva, al di là della previsione di qualche legge di settore, in maniera informale e della cui giuridicità si dubitava, non ha condotto ad un apprezzabile ampliamento dell'area delle fattispecie convenzionali riconducibili al modello dell'accordo procedimentale, che sono invece rimaste per lo più limitate a quelle fattispecie già note alla scienza giuridica anteriormente alla legge 241/1990. Queste poche osservazioni pratiche al fine di evidenziare come il notevole dibattito teorico suscitato dalla figura in esame ha sinora trovato scarso riscontro nell'applicazione concreta che degli

istituti giuridici si fa nelle aule giudiziarie ovvero nel diritto vivente.

Invero, al di là dei tentativi di inquadramento dogmatico della figura entro le coordinate classiche di un sistema giuridico a diritto amministrativo, una prima lettura che dell'istituto può darsi è quella che muove dalla considerazione della *sedes materiae*, ovvero la legge contenente la disciplina generale del procedimento amministrativo e, nella specie, il capo III concernente la partecipazione al procedimento. In quest'ottica la diffusione o, comunque, il riconoscimento positivo della "consensualità" nella definizione dei rapporti pubblico-privato può essere apprezzato come una delle possibili forme di esplicitazione della partecipazione procedimentale e, pertanto, collegato al tema delle diverse tecniche di definizione dell'assetto degli interessi proprie di uno stato moderno che si caratterizzi per la estrema pluralità e complessità degli interessi coinvolti dalle decisioni pubbliche. Una prima prospettiva di indagine e una possibile chiave di comprensione è quella della proliferazione delle esigenze sociali e della frammentazione degli interessi propri della modernità e la conseguente inadeguatezza dei poteri pubblici di farvi fronte attraverso l'impiego delle tradizionali tecniche autoritative e attraverso decisioni assunte unilateralmente. Non è un caso, infatti, che i campi in cui può constatarsi la maggiore diffusione del modulo consensuale sono quello dell'urbanistica e della

programmazione economica¹⁸ in cui si assiste alla presenza di interessi economici forti facenti capo a gruppi di pressione in grado di contrattare con la parte pubblica e di apprestare soluzioni idonee a sopperire alle inefficienze e ai ritardi dell'amministrazione tradizionale¹⁹.

Collegato il tema dell'accordo a quello della dialettica degli interessi e al procedimento quale sede elettiva di rappresentazione e confronto degli interessi particolari implicati dalla decisione pubblica, si comprende come l'esistenza e gli sviluppi di un "amministrazione per accordi" si rifletta sul tema delle trasformazioni del potere discrezionale²⁰ che non trova più nel provvedimento amministrativo la sua unica e tipica manifestazione

¹⁸ Si intende fare riferimento alle convenzioni di lottizzazione e ai diversi strumenti di programmazione dell'uso del territorio e delle attività economiche riconducibili alla c.d. programmazione negoziata, benché, come vedremo, non vi sia concordia di opinioni circa l'ascrivibilità delle singole figure agli accordi ex art. 11, piuttosto che ai contratti propriamente detti.

¹⁹ Si pensi, ancora una volta, alle convenzioni di lottizzazione con le quali il privato si impegna alla realizzazione diretta delle opere di urbanizzazione dando così attuazione, in alternativa all'intervento pubblico, alle prescrizioni di piano regolatore.

²⁰ Gli accordi possono essere visti come un formidabile esempio delle nuove forme e del ruolo nuovo che la discrezionalità amministrativa sta assumendo: la discrezionalità assume un ruolo centrale e, a monte, nella "scelta" tra provvedimento e soluzione negoziata e, a valle, nella determinazione del contenuto dell'accordo. Infatti se si vede nell'accordo una manifestazione della partecipazione procedimentale e nel procedimento la sede in cui interesse pubblico affidato alla cura dell'amministrazione procedente e interessi privati si confrontano, diventa chiaro il legame con la discrezionalità, costituendo quest'ultima "in una comparazione, qualitativa e quantitativa degli interessi pubblici e privati che concorrono in una situazione sociale oggettiva, in modo che ciascuno di essi venga soddisfatto secondo il valore che l'autorità ritiene abbia nella fattispecie" Così M. S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 74. Sulla ricostruzione del pensiero del Maestro sul tema della discrezionalità, cfr. F. G. Scoca, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4/2000, 1045 ss.

e richieda una puntuale analisi delle possibili interferenze tra consensualità e i principi fondanti, già a livello costituzionale, lo statuto amministrativo : si pensi alla questione, delicata e non ancora del tutto inesplorata, del rapporto tra attività non autoritativa e principio di legalità; ai rapporti tra negoziazione e i principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa; alle possibili interferenze con i vincoli discendenti dal diritto comunitario; alla tutela dei terzi estranei alla fattispecie negoziale, costituendo l'esigenza di generale tutelabilità delle posizioni dei terzi un elemento caratterizzante lo statuto amministrativo.

Più che ai diversi fenomeni di privatizzazione il tema va fondamentalmente collegato al progressivo declino dell'azione amministrativa impostata in termini autoritativi²¹ ferma restando la natura pubblica dei fini perseguiti e la caratterizzazione in termini di “funzione” dell'azione pubblica svolta secondo modalità concordate.

E' ormai un'acquisizione pacifica della migliore dottrina l'idea per cui da diversi decenni si stia assistendo una riconsiderazione della dimensione del “pubblico” che, da un lato, ne sposta l'elemento identificativo dal soggetto all'attività e, dall'altro, trova nel problema della funzionalizzazione di questa il

²¹ Cfr., F. Tiganò, *Gli accordi procedimentali*, Torino, 2002, 8 ss.

suo tratto unitario²². Si ritiene cioè che la “pubblicità” risieda nella direzione finalistica dell’attività²³, ovvero nel perseguimento di scopi, interessi che l’organizzazione amministrativa assume, per il tramite della legge, come doverosi. Questo inquadramento passa attraverso l’apprezzamento dell’attività amministrativa essenzialmente come svolgimento di una funzione. Giuridicamente, il termine funzione²⁴ designa un’attività che si caratterizza in quanto inerente ad un *munus*, ad un *officium*, predeterminato nello scopo, collegato a una potestà, rilevante globalmente e conferito in considerazione di un interesse non proprio, o almeno non esclusivamente proprio, ma altrui o di natura puramente oggettiva. L’acquisizione fondamentale della scienza giuridica è stata quella di verificare come la funzionalizzazione dell’attività sia propria anche di quei sistemi giuridici che non conoscono il diritto amministrativo, quale branca del diritto pubblico che ha nella specialità e autoritatività della sua normazione i suoi tratti differenziali, e come essa sia riscontrabile anche rispetto allo svolgimento da parte delle pubbliche

²² In questo senso, I. M. Marino, *Giurisdizione esclusiva e Costituzione*, in *Le nuove frontiere della giurisdizione esclusiva*, a cura di V. Parisio e A. Perini, Milano, 2002, 22 ss.

²³ Tale direzione finalistica immanente all’attività amministrativa è oggi esplicitata dal dettato dell’art. 1 della legge 241 del 1990 secondo cui “l’attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge...”. (...)

²⁴ In argomento, fondamentale F. Modugno, *Funzione* (voce), in *Enc. Dir.*, XVIII, 301. Cfr., altresì, A. Piras, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. Dir.*, 78.

amministrazioni di attività regolate dal diritto privato²⁵. Sotto quest'ultimo profilo, si consideri ad esempio la procedimentalizzazione della fase di scelta del contraente nella disciplina dell'attività contrattuale delle pp.aa. La formazione della volontà contrattuale della pubblica amministrazione è oggetto di una disciplina pubblicistica che viene introdotta, a partire dalla legge di contabilità dello Stato (r.d. 2440/1923) e dal relativo regolamento di esecuzione (r. d. 827/1924), al fine di assicurare un controllo circa l'impiego delle risorse finanziarie pubbliche e circa la realizzazione concreta dell'interesse pubblico, attraverso la scelta del migliore contraente.

Centrale è l'idea che a connotare unitariamente l'attività amministrativa è il vincolo alla funzione, implicante il dovere di agire sempre per la concretizzazione dell'interesse pubblico, quale che sia lo strumento utilizzato all'uopo, costituendo l'esercizio di poteri autoritativi solo uno dei possibili modelli di azione pubblica.

Partendo da queste premesse largamente condivise, parte della dottrina, sulla base della necessaria conformazione dell'attività amministrativa alla realizzazione costante dell'interesse pubblico, ritiene che la pubblica amministrazione agisca sempre secondo valutazioni discrezionali, negando così la configurabilità di una vera e propria capacità negoziale di diritto privato della p.a.²⁶, e

²⁵ Cfr., Modugno, *op. cit.*, 308.

²⁶ Cfr. F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Giappichelli, 139, secondo cui, se per autonomia privata si intende un potere libero, incondizionato di regolamentare i propri interessi, essa non può essere riconosciuta alla p.a. che è

parla di uno statuto giuridico unitario²⁷ di disciplina, sempre applicabile indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica dello strumento d'azione prescelto, che si sviluppa a partire dai principi, costituzionali e non (quali il principio di legalità, imparzialità, buon andamento, proporzionalità ecc.) e dai criteri generali di cui all'art. 1 della legge 241/1990 che reggono l'attività amministrativa.

Con riferimento al tema che qui ci occupa, occorre considerare come il vincolo alla funzione trova una diretta esplicitazione nello stesso dettato normativo avendo il legislatore sentito l'esigenza di subordinare espressamente la conclusione dell'accordo al perseguimento del pubblico interesse, divenendo tale direzione finalistica elemento costitutivo della fattispecie normativa da cui trarre possibili conseguenze interpretative. Direzione finalistica che può apprezzarsi anche in relazione alla disciplina dell'efficacia del rapporto scaturente dall'accordo, attesa la facoltà di scioglimento unilaterale dal vincolo riconosciuta alla pubblica amministrazione in funzione del pubblico interesse, aspetto quest'ultimo che

sempre vincolata a curare nel modo migliore gli interessi che le sono affidati, se invece per autonomia privata si intende genericamente la capacità di porre in essere atti di natura privatistica allora essa, in questa lata accezione, sarà predicabile anche rispetto all'amministrazione.

²⁷ Cfr., F.G. Scoca, *op. cit.*, 140. L'Autore supera per questa via la nota concezione gianniniana che faceva coincidere la discrezionalità non con tutto l'agire libero della pubblica amministrazione, ma solo con quella parte di esso che si ha quando l'amministrazione agisce nelle vesti di autorità, con la conseguenza che, in difetto di una posizione di autorità, l'agire libero della pubblica amministrazione era configurato come manifestazione di autonomia privata.

condiziona significativamente la ricostruzione teorica e l'inquadramento degli accordi ex art. 11 nel sistema.

Anticipando in questa sede alcuni tra i contenuti e le riflessioni che saranno svolti nelle pagine che seguono, si può dire che nell'analizzare la disciplina degli accordi procedurali si è tentato di assumere un atteggiamento scevro da pregiudizi ideologici e si è cercato di cogliere, al di là delle astratte elaborazioni teoriche, le ricadute applicative dell'istituto. Tale compito è stato tuttavia reso difficile dalla constatazione del limitato livello di "emersione" della figura nella prassi giurisprudenziale. Nei fatti, i principali sforzi interpretativi compiuti dalla giurisprudenza sulla norma attengono all'inquadramento nel suo ambito applicativo di fattispecie consensuali preesistenti e oggetto di discipline settoriali e, come si vedrà, l'art. 11 è per lo più valorizzato in funzione di radicamento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Al contempo, in relazione ai pochi esempi di fattispecie consensuali "atipiche" (ovvero non previste da leggi di settore) si registra la tendenza ad un'utilizzazione dell'art. 11 in chiave che potremmo dire "residuale": vi si fanno confluire cioè tutte quelle fattispecie convenzionali non riconducibili all'area dell'attività contrattuale propriamente detta della pubblica amministrazione pur in difetto dei presupposti applicativi disegnati dalla disposizione normativa quale ad esempio il rapporto di integrazione/sostituzione rispetto a un provvedimento o, ancora, l'inserimento all'interno di una serie

procedimentale preordinata alla cura di un pubblico interesse realizzabile anche in via autoritativa. L'impressione che se ne ricava è che la consensualità tra amministrazione e amministrati, al di là delle sue forme più note e consolidate, continui a svolgersi secondo schemi e logiche prevalentemente informali e poco visibili.

Ciò posto, le reali potenzialità applicative della norma, se considerate nella direzione di sviluppare la partecipazione procedimentale e attraverso di essa il grado di legittimazione "sociale" delle scelte amministrative attraverso l'adozione di tecniche di condivisione delle medesime, ci paiono ad oggi in larga parte inesplorate : difficile dire se ciò dipenda da forme di resistenza degli apparati burocratici a modalità di esercizio dei rispettivi compiti sganciate dalla "certezza" delle tradizionali tecniche unilaterali ovvero da un limitato sviluppo degli stessi istituti della partecipazione procedimentale, probabilmente ancora percepiti in un'ottica prevalentemente "oppositiva" rispetto all'esercizio di poteri ablatori o limitativi della sfera giuridica dei singoli piuttosto che in una prospettiva di collaborazione e di codeterminazione delle decisioni degli apparati pubblici.

CAPITOLO I

L'introduzione dell'art. 11 della legge 241/1990: un primo inquadramento sistematico

1. Art. 11 legge 7 agosto 1990 n. 241: genesi della norma.

La figura dell'accordo trova ingresso nel nostro ordinamento, quale modello generale di svolgimento dell'azione amministrativa, con la legge sul procedimento amministrativo che disciplina, rispettivamente, gli accordi tra privati e pubblica amministrazione all'art. 11 e gli accordi che intervengono nei rapporti reciproci tra soggetti pubblici all'art. 15. Con riguardo ai primi, l'art. 11 comma 1 introduce la possibilità che l'amministrazione concluda "accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale, ovvero, nei casi previsti dalla legge, in sostituzione di questo". Il comma 2 dichiara applicabili ad ambedue le tipologie di accordo "ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili".

Il testo definitivo della legge, come attualmente vigente, ha previsto due tipologie di accordo tra pubblica amministrazione amministrati, rispettivamente, l'accordo cd. endoprocedimentale o integrativo e l'accordo cd. sostitutivo. La prima figura – il cd.

accordo integrativo²⁸ – si inserisce all'interno della serie procedimentale senza concluderla, ma limitandosi a definire il contenuto discrezionale del provvedimento finale che l'amministrazione deve adottare conformandosi a quanto concordato con la parte privata. La seconda – l'accordo sostitutivo – chiude il procedimento definendo esso stesso l'assetto degli interessi in sostituzione del provvedimento finale. In questa ipotesi, pertanto, la costituzione degli effetti è da ascrivere al solo strumento consensuale la cui adozione determina la “rinuncia” da parte dell'amministrazione all'emanazione del provvedimento previsto dalla legge a conclusione di quel tipo di procedimento. Provvedimento che qui viene del tutto a mancare.

Come già anticipato nel capitolo introduttivo, la formulazione dell'art. 11, in cui il rinvio alle norme civilistiche, oltre ad essere assistito dal duplice limite dell'assenza di discipline di segno diverso, da un lato, e della clausola di compatibilità, dall'altro, convive con elementi di chiara matrice pubblicistica – la collocazione dell'istituto nel quadro della partecipazione procedimentale, l'applicabilità agli accordi cd. sostitutivi dei medesimi controlli previsti per il provvedimento sostituito, la

²⁸ Esso rappresenta la consacrazione di una prassi praticata, nel silenzio della legge, da molte amministrazioni in relazione a procedimenti particolarmente complessi in seno ai quali l'autorità procedente concordava con i privati interessati il contenuto dell'emanando provvedimento. Dopo un'iniziale disconoscimento della rilevanza giuridica di queste pattuizioni, la giurisprudenza finì col riconoscerne il carattere vincolante nel limitato senso di richiedere all'amministrazione che se ne discostasse di motivare adeguatamente in ordine alle ragioni di pubblico interesse. Sul punto cfr., G.P. Cirillo, *I contratti e gli accordi delle amministrazioni pubbliche*, in *Giur. amm.*, 2007, 10, 327 ss.

particolare forma di recesso unilaterale della pubblica amministrazione, l'assoggettamento, infine, delle relative controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo – ha concentrato l'attenzione degli studiosi sul problema teorico della natura giuridica e della qualificazione dogmatica degli accordi. In particolare ha trovato nuova consistenza il dibattito circa l'ammissibilità nel nostro sistema dell'istituto del cd. contratto di diritto pubblico, inteso quale speciale figura di contratto "avente per oggetto proprio lo svolgimento o il non svolgimento di funzioni pubbliche", il cui contenuto obbligatorio, cioè, inerisca l'esercizio stesso della potestà amministrativa, in alternativa o in aggiunta allo strumento provvedimento. La peculiare disciplina dettata dalla norma unitamente alla mancata presa di posizione del legislatore circa la precisa qualificazione giuridica della figura hanno infatti determinato una profonda divisione tra quanti vi intravedono un esplicito riconoscimento positivo della figura del contratto di diritto pubblico e quanti viceversa ne danno una lettura "privatistica" riconducendola al contratto di diritto privato.

Si comprende perché la norma in esame rivesta una cruciale importanza nell'ambito delle riflessioni della scienza amministrativistica circa l'evoluzione del nostro diritto amministrativo in relazione alla quanto mai incerta definizione di una sicura linea di confine tra diritto pubblico e diritto privato.

Una breve panoramica della genesi della norma in esame, condotta attraverso le risultanze dei lavori preparatori della stessa, può rappresentare un utile punto di avvio per la relativa opera di interpretazione e inquadramento sistematico.

Come noto, la previsione normativa di cui all'art. 11 e con essa l'intero corpo della legge 241 del 1990 proviene dai lavori della Sottocommissione di studio sul procedimento amministrativo presieduta dal Prof. M. Nigro operante nell'ambito della Commissione per la delegificazione e per la semplificazione dei rapporti tra Stato e cittadini coordinata dal prof. Giannini e costituita nel corso della IX legislatura presso la Presidenza del Consiglio dei ministri. In particolare, la legge sul procedimento amministrativo fu elaborata dando ingresso a due esigenze particolarmente avvertite²⁹, da un lato, quella della partecipazione dei cittadini all'attività amministrativa fin dalla fase del suo avvio, dall'altro, intimamente connessa, quella di assicurare l'accesso dei medesimi agli atti dei pubblici poteri in vista della duplice finalità

²⁹ Come noto, il progetto di varare una legge contenente la disciplina generale del procedimento amministrativo fu avviato dopo la presentazione alle Camere, nel corso della VIII legislatura, del *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato* (16 novembre 1979) da parte del Ministro per la funzione pubblica prof. Massimo Severo Giannini che fu oggetto di un approfondito esame da parte del Senato conclusosi con l'approvazione di un ordine del giorno di indirizzo al Governo. Nel documento veniva evidenziata l'esigenza di dettare una disciplina del procedimento amministrativo in chiave di semplificazione e di definizione di adeguati momenti di contraddittorio e di partecipazione. Cfr., *La riforma del procedimento amministrativo (I lavori preparatori della legge 7 agosto 1990, n. 241)*, Camera dei deputati, Roma, 1991.

di “democratizzazione” e di “semplificazione” dell’azione amministrativa.

La disciplina originaria delineata nel cd. “schema Nigro” prevedeva anzitutto l’introduzione del principio di contrattualità³⁰ (art. 5), quale principio generale dell’azione amministrativa finalizzato, in concorso con gli ulteriori “nuovi” principi di informalità, doverosità, pubblicità e motivazione, ad assicurare la semplificazione e la progressiva democratizzazione dell’*agere* pubblico. All’enunciazione del principio di contrattualità faceva seguito la enucleazione di quattro tipologie di accordo – accordi procedimentali, normativi, organizzativi e sostitutivi – così prevedendosi: “ Le amministrazioni pubbliche, nei limiti delle proprie attribuzioni, possono concludere accordi nell’ambito del procedimento con i destinatari del provvedimento per sostituire questo o per disciplinarne il contenuto (co. 1). Fuori delle ipotesi di cui al comma precedente possono anche essere conclusi accordi aventi per oggetto l’esercizio di potestà amministrative e le corrispettive prestazioni di persone fisiche e giuridiche al fine di raggiungere obiettivi di interesse pubblico (co. 2). Gli accordi di natura organizzativa possono essere sempre conclusi tra amministrazioni pubbliche per disciplinare lo svolgimento in

³⁰ “Allo scopo di accelerare lo svolgimento dell’azione amministrativa e di disciplinare con maggiore stabilità e precisione i comportamenti propri e dei privati oltre che i diritti e i doveri reciproci, l’Amministrazione favorirà la conclusione di accordi tra essa e gli interessati, senza pregiudizio dei diritti dei terzi”. Cfr., G. Manfredi, *Accordi e azione amministrativa*, Giappichelli, 2001, 81; M. Nigro, *Conclusioni*, in A. Masucci (a cura di) *L’accordo nell’azione amministrativa*, Formez – Quaderni regionali, 1988, 79 ss.

collaborazione di attività di interesse comune (co. 3). Le amministrazioni pubbliche possono consentire, a richiesta del destinatario di una sanzione pecuniaria, prestazioni sostitutive di questa, di cui le amministrazioni riconoscano la corrispondenza al pubblico interesse (co. 4)''.

L'articolo successivo, poi, nel sottoporre tutti gli accordi al requisito formale della forma scritta stabiliva che alle prime due tipologie di accordo (quelli procedimentali e quelli normativi) si applicassero i principi del codice civile in materia di obbligazioni *tout court*, e che agli altri due tipi (quelli organizzativi tra soggetti pubblici e quelli sostitutivi di provvedimenti sanzionatori) si applicassero i medesimi principi solo in quanto compatibili con il loro oggetto.

Emergeva pertanto un chiaro atteggiamento di *favor* verso la consensualizzazione dei rapporti tra pp.aa. e amministratori, prevedendosi l'accordo quale modalità ordinaria di adozione delle decisioni pubbliche, in evidente rottura con l'architettura tradizionale del nostro diritto amministrativo basato sulla centralità del provvedimento unilaterale e secondo un disegno ispirato al modello tedesco.

La legge federale tedesca sul procedimento amministrativo del 1976 ha costituito il principale parametro di riferimento cui si è ispirato il legislatore italiano nell'elaborare la legge 241 del 1990. Tra le principali novità da essa introdotte è da annoverare appunto la codificazione del cd. contratto di diritto pubblico che il §

54³¹ della legge definisce come l'atto mediante il quale si costituisce, si modifica o si estingue un rapporto giuridico nell'ambito del diritto pubblico. L'ordinamento tedesco, pertanto, risolve *de iure condito* il problema dell'ammissibilità, già da un punto di vista teorico o, se si vuole, dogmatico, del contratto di diritto pubblico individuando nell'esistenza di prescrizioni giuridiche contrarie l'unico limite "negativo" alla conclusione di contratti ad oggetto pubblico. Ed infatti il comma 2 dell'articolo normativo in esame contempla la stipula di un contratto di diritto pubblico tra autorità amministrativa e soggetto/i amministrato/i quale soluzione ordinaria alternativa all'emanazione dell'atto amministrativo unilaterale.

Analogamente a quanto previsto nel modello tedesco, nell'originario disegno di legge elaborato dalla sottocommissione Nigro all'affermazione espressa del principio di contrattualità faceva coerentemente seguito la previsione della facoltà generale delle pubbliche amministrazioni di addivenire alla stipula di accordi sostitutivi. Entrambe le previsioni, sintomatiche di una netta presa di posizione del legislatore verso una diffusa contrattualizzazione dei rapporti amministrativi, sono tuttavia venute meno nella formulazione definitiva della legge che, almeno

³¹ Che, testualmente, recita: "Un rapporto giuridico nell'ambito del diritto pubblico può essere costituito, modificato o estinto mediante contratto (contratto di diritto pubblico), a meno che non esistano prescrizioni giuridiche contrarie. In particolare, in luogo dell'emanazione di un atto amministrativo, l'autorità può concludere un contratto di diritto pubblico con colui al quale essa altrimenti si rivolgerebbe con un atto amministrativo".

sino alla recente novella intervenuta nel 2005, subordinava la stipula di accordi sostitutivi alla previsione espressa delle singole leggi di settore. Per questa via si è cercato di conciliare l'apertura verso un nuovo modello di amministrazione che valorizza la partecipazione procedimentale e, nel contesto di questa, la logica della "cooperazione" tra amministratori e amministrati con principi basilari del nostro sistema amministrativo, quale il principio di legalità declinato nel principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi.

Come noto, infatti, la soggezione degli accordi sostitutivi di provvedimento alla regola nella necessaria previsione *ex lege* è conseguita ai rilievi formulati dal Consiglio di Stato³² in sede consultiva nei confronti del testo originario del disegno di legge. Nello specifico, il Supremo Organo, pur riconoscendo in generale la convenienza, in certi casi, del passaggio dai congegni autoritativi della atto unilaterale e del procedimento ad una soluzione concordata con il privato (che il Consiglio di Stato qualifica espressamente come di natura contrattuale), tuttavia suggerì l'opportunità di attribuire alle singole leggi di settore il compito di stabilire, di volta in volta, *cognita causa*, tenuto conto della materia regolata, il riconoscimento della facoltà della p.a. di addivenire al regime convenzionale in alternativa all'emanazione del provvedimento.

³² Ad. Gen. 19 febbraio 1987 n. 7, in *Foro it.*, 1988, III, 22 ss.

L'apposizione di questi limite a seguito del parere del Consiglio di Stato, considerato unitamente all'abbandono nel testo definitivo del disegno di legge presentato alle Camere dell'enunciazione del principio di contrattualità tra i principi generali chiamati a sorreggere l'azione amministrativa, dà conto della "dialettica ideologica" che in qualche misura ha accompagnato l'introduzione dell'istituto degli accordi tra privati e pubblica amministrazione. Da un lato, la volontà degli estensori della legge di dare copertura normativa a un fenomeno diffuso³³ nella prassi dell'operato dei pubblici poteri anche al di là dell'esistenza di previsioni di legge facoltizzanti, dettando un nucleo minimo di regole a garanzia dell'interesse pubblico e dei terzi estranei alla pattuizione, oltre che nell'ottica della certezza dei rapporti giuridici scaturenti dalla fattispecie convenzionale; dall'altro la consapevolezza della potenziale portata dirompente di una norma che prevedesse la facoltà di ciascuna pubblica amministrazione di valutare autonomamente e di volta in volta la possibilità di concludere il procedimento attraverso una soluzione negoziata, quale alternativa ordinaria all'atto provvedimentale. E' chiaro che una previsione siffatta sia stata percepita come un

³³ Cfr. M. Nigro, *Conclusioni*, in A. Masucci (a cura di) *L'accordo nell'azione amministrativa*, Formez – Quaderni regionali, 1988, 79 ss. Cfr., altresì, F. Merusi, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. amm.*, 1/1993, 21 ss. Dove si accenna alla frequenza di distorsioni nella prassi per la tendenza del privato, in sede pattizia, di chiedere alla p.a. anche atti e provvedimenti indisponibili e dall'altro la tendenza "estorsiva" della p.a. di chiedere al privato prestazioni completamente estranee agli interessi in gioco.

elemento di rottura rispetto all'impianto formale del nostro sistema incentrato intorno al provvedimento, quale modalità di svolgimento delle potestà amministrative.

Le riforme successive, e il riferimento non può che essere alla novella dell'art. 11 intervenuta nel 2005 che ha reso gli accordi sostitutivi "atipici" eliminando la necessità della previsione facoltizzante delle singole leggi di settore e, al contempo, alla introduzione dell'art. 1 co. 1 *bis*, dimostra come sul piano della politica del diritto sia prevalsa quella linea di pensiero che vede nell'attività amministrativa non autoritativa la vera chiave di volta, o perlomeno una tra le altre, dell'evoluzione del nostro sistema giuridico. E' da ritenere infatti che attraverso la generalizzazione dell'accordo sostitutivo il legislatore abbia inteso superare le remore che a livello teorico ostavano al riconoscimento della figura dell'accordo quale modello generale di azione nell'esplicazione delle pubbliche funzioni, facendosi al contempo carico delle preoccupazioni garantistiche che la diffusione della "contrattualità" reca seco con particolare riferimento alla posizione giuridica dei terzi estranei all'accordo stante la naturale attitudine delle decisioni pubbliche di dispiegare effetti o, comunque, di ripercuotersi anche al di fuori della sfera giuridica dei diretti destinatari delle stesse e la correlata necessità di apprestare strumenti di tutela adeguati a favore dei terzi estranei all'accordo. In questa direzione, secondo

un'opinione ampiamente condivisibile³⁴, deve leggersi la contestuale introduzione, sempre ad opera della novella di cui alla legge 15/2005, della determinazione preliminare di cui al comma *4bis*, ovvero di un atto immediatamente impugnabile da eventuali terzi che lamentino di subire un pregiudizio a seguito della conclusione dell'accordo.

Nonostante le cautele con cui l'introduzione dell'accordo quale figura generale del diritto amministrativo è stata circondata, l'ingresso dell'art. 11 nel nostro ordinamento è stato da larga parte dei commentatori salutato come la "norma-base" che consente in via generale l'ingresso della contrattualità all'interno del processo di formazione delle decisioni pubbliche tradizionalmente retto dalla logica dell'autorità.

2. Il dibattito sulla natura giuridica degli accordi.

La peculiare disciplina dettata dall'art. 11 della legge sul procedimento, considerata in relazione alla collocazione della norma nel quadro della disciplina generale della partecipazione procedimentale e in relazione alla costruzione del nostro sistema a diritto amministrativo basato sulla centralità, da un lato, del provvedimento unilaterale e sulla netta demarcazione, dall'altro, tra attività di diritto privato e attività di diritto pubblico della pubblica

³⁴³⁴ Cfr., G. Manfredi, *La nuova disciplina degli accordi tra amministrazione e privati e le privatizzazioni dell'azione amministrativa*, in *Foro amm., Cons. St.*, 2007, 324 ss.

amministrazione, ha concentrato l'attenzione degli studiosi sulla questione teorica della natura giuridica da ascrivere alle figure di accordo introdotte dalla legge sul procedimento.

Il dibattito che ne è nato si è pertanto sviluppato lungo la linea di confine che nella visione tradizionale separa il diritto amministrativo, quale regime ordinario di azione di soggetti pubblici, e il diritto privato, ai cui strumenti la pubblica amministrazione può ricorrere per il perseguimento di finalità non perseguibili attraverso l'armamentario giuridico proprio del suo diritto "speciale", ovvero in alternativa al provvedimento unilaterale.

Ciò posto, considerato cioè che le coordinate ricostruttive utilizzate ai fini dell'inquadramento teorico della figura fanno capo a una problematica di ben più ampio respiro attinente alla *summa divisio* tra diritto pubblico e diritto privato³⁵ che percorre i sistemi giuridici di tipo continentale e, a ben vedere, alla perdurante utilità e "verità" scientifica e pratica di tale divisione, le diverse opinioni emerse si distinguono tra ricostruzioni privatistiche e ricostruzioni pubblicistiche degli accordi procedurali benché prevalga, nella maggior parte degli studiosi, al di là dell'opzione teorica di fondo, la consapevolezza della compresenza nella norma di elementi appartenenti a entrambi i rami del diritto.

³⁵ Criticamente, R. Ferrara, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, Milano, 1985, 19 ss.

2.1 segue: l'inquadramento pubblicistico.

Secondo una prima impostazione, gli accordi di cui all'art. 11 non sono riconducibili alla categoria civilistica del contratto, costituendo piuttosto una fattispecie di esercizio della potestà amministrativa, alternativa alla tradizionale azione unilaterale, fondata sulla ricerca del consenso e ricadente nell'ambito del diritto pubblico³⁶. Questa lettura³⁷ trae origine dal già ricordato parere reso dal Consiglio di Stato sul disegno di legge, secondo cui “gli accordi qui in esame – caratterizzati dalla presenza di volontà che non sono sullo stesso piano – risentono, necessariamente, del contenuto e delle finalità del provvedimento che vanno a sostituire, sicché è logico che la legge assicuri all'amministrazione una qualche posizione di supremazia in relazione al contesto pubblicistico in cui l'accordo viene ad inserirsi”, e ha trovato un autorevole avallo nella sentenza 204/2004 della Corte Costituzionale, secondo cui possono formare oggetto di giurisdizione esclusiva solo quelle materie in cui la P.A. agisce

³⁶ In dottrina, con molta chiarezza, F. Tigano, *Gli accordi procedurali*, Torino, 2002, 305 ss. L'autore conclude, all'esito della sua ricerca, che l'art. 11 ha introdotto la figura del contratto di diritto pubblico: “Gli accordi ex art. 11 l. 241/90 si inseriscono, di conseguenza, nella dialettica tradizionale tra provvedimento e contratto (modelli attraverso i quali si esprime, rispettivamente l'autorità ed il rapporto paritario) sostanzialmente mediando tale divaricazione (...)”.

³⁷ Va ricordato che questa è la lettura suggerita dallo stesso M. Nigro secondo cui le “convenzioni appartengono pienamente al diritto pubblico anche se possono mutuare dal diritto privato principi e regole”. Cfr., M. Nigro, in A. Masucci, *op. loc. cit.*, 86.

esercitando il suo potere autoritativo “ovvero, attesa la facoltà, riconosciuta dalla legge, di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo, se si vale di tale facoltà (la quale, tuttavia, presuppone l’esistenza del potere autoritativo: art. 11 legge n. 241/1990)” dunque materie che, in difetto della previsione di giurisdizione esclusiva, rientrerebbero comunque, in quanto vi opera la Pubblica Amministrazione- Autorità, nella giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo. Secondo la Corte, pertanto, gli accordi ex art. 11 si caratterizzerebbero quali espressioni, ancorchè mediate, di esercizio del potere.

L’interpretazione che attribuisce natura pubblicistica agli accordi fa leva su numerosi dati sistematico-testuali ricavabili dalla pur scarna disciplina recata dall’art. 11:

-la collocazione dell’istituto all’interno della disciplina del procedimento, che rappresenta, tradizionalmente, la sede tipica di esercizio del potere amministrativo e di cui l’accordo costituisce un esito solo eventuale attesa la possibilità che esso sfoci, in mancanza del raggiungimento della soluzione negoziata, nell’adozione del provvedimento unilaterale;

- la cd. funzionalizzazione al perseguimento dell’interesse pubblico, quale si evince dal comma 1 della norma in esame che espressamente subordina la conclusione di accordi al perseguimento dell’interesse pubblico, individuato quale elemento funzionale imprescindibile. Funzionalizzazione che rilevarebbe non

solo nella fase genetica del rapporto, ma anche nella fase esecutiva come sarebbe testimoniato dall'istituto del recesso previsto dal comma4;

- la sottoposizione degli accordi sostitutivi ai medesimi controlli che la legge prevede per il provvedimento sostituito. Secondo i fautori della tesi pubblicistica, infatti, la norma va interpretata nel senso che l'accordo debba essere sottoposto ad una verifica condotta secondo i consueti parametri della verifica di legittimità propria dei provvedimenti amministrativi³⁸;

- altro elemento ampiamente valorizzato nella direzione di un'interpretazione che distingue nettamente queste figura di accordo dai contratti è la previsione della possibilità, per la parte pubblica, di recesso per sopravvenuti motivi di interesse pubblico;

- infine, ed è questo l'elemento che, soprattutto nell'interpretazione giurisprudenziale, riveste maggiore rilievo a fini ricostruttivi la speciale configurazione della giurisdizione esclusiva che, nel caso degli accordi, investe l'intera "vita" degli stessi essendo estesa anche alle controversie relative alla loro esecuzione. In ciò ravvisandosi un fondamentale elemento di distinzione rispetto alla configurazione della giurisdizione per l'attività contrattuale della p.a. dove si assiste al riparto tra

³⁸ Diversamente, quanti propendono per un inquadramento privatistico dell'istituto sottovalutano la decisività di questo dato osservando, da un lato, che anche i contratti di diritto comune conclusi dalla p.a. sono assoggettati a forme di controllo (dunque non si tratterebbe di un elemento indicativo della loro specificità pubblicistica) e, dall'altro, che la verifica andrebbe condotta secondo un regime di invalidità modellato su quello dei contratti. Cfr., G. Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Milano, 2003, 96.

giurisdizione amministrativa per la fase dell'evidenza pubblica e giurisdizione del giudice ordinario per le controversie concernenti l'esecuzione del contratto.

2.2 segue: l'inquadramento privatistico.

L'opinione di quanti attribuiscono alla figura degli accordi natura privatistica si basa sull'idea fondamentale della riconducibilità di essi al *genus* del contratto di diritto privato. Per questa via si reputa che, esaurita con la conclusione dell'accordo la serie procedimentale pubblicistica, ad essi si applicherebbe integralmente, fatta solo salva la speciale facoltà di recesso³⁹ espressamente prevista dal comma 4 dell'articolato normativo, la disciplina di diritto comune. In quest'ottica il principale argomento che viene valorizzato risiede nel dettato del comma 2 della norma ai sensi del quale agli accordi "si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili".

Effettivamente , considerata la scarna disciplina dettata dall'art. 11, il disposto di cui sopra, nella parte in cui stabilisce quale complesso di norme sia applicabile alle fattispecie consensuali, costituisce l'elemento dal quale trarre le maggiori conseguenze interpretative e applicative nella ricostruzione

³⁹ Su cui vedi *infra sub* cap. 2, § 4.

dell'istituto. In senso contrario si obietta tuttavia che sembra provare troppo l'argomento di quanti traggono dal rinvio alle norme civilistiche in punto di disciplina conseguenze sul piano dell'inquadramento dogmatico della figura all'interno dell'ordinamento giuridico.

Da più parti si osserva come tale rinvio risulti circondato da un triplice ordine di cautele tali per cui l'applicazione delle norme civilistiche non sarebbe il risultato diretto di un'operazione di sussunzione della fattispecie convenzionale concreta nella fattispecie normativa astratta del contratto di diritto comune, quanto piuttosto l'esito di una complessa operazione ermeneutica in cui, e di questo può trovarsi ampia prova nelle applicazioni giurisprudenziali, prevale un approccio per così dire empirico-casistico che tiene conto delle componenti funzionali insite nelle fattispecie pattizie ascrivibili al modello degli accordi procedimentali, stabilendo di volta in volta se la norma civilistica invocata ovvero astrattamente applicabile in forza del rinvio operato dal comma 2 sia in concreto applicabile. Già sul piano dell'astratta previsione di legge relativamente al triplice ordine di limiti che circoscrive il rinvio alle norme civilistiche deve osservarsi che esso opera anzitutto con riguardo ai principi e non propriamente alle norme di diritto civile; che è poi accompagnato da una duplice clausola di salvezza consistente, rispettivamente, nell'assenza di disposizioni di segno contrario ("ove non diversamente previsto") e nella clausola di compatibilità ("in

quanto compatibili”). Dell’esatto significato e portata di questi “limiti” sono state tentate diverse letture di cui si darà conto nella ricostruzione analitica della norma che sarà fatta nel successivo capitolo.

Nondimeno può in questa sede già osservarsi che la portata più o meno ampia di queste limitazioni dipende in definitiva, nel dibattito dottrinale, dall’adesione all’uno o all’altro approccio interpretativo. Si pensi alla diversa funzione che può in astratto attribuirsi al vaglio di compatibilità prescritto dalla legge: tra quanti optano per una lettura contrattualprivatistica c’è chi⁴⁰, ad esempio, afferma che esso può considerarsi espressivo di “uno dei molteplici statuti speciali o microsistemi giuridici in cui si compone il variegato panorama dei contratti comuni”^o, ancora, c’è chi⁴¹ suggerisce di leggerlo in senso restrittivo come verifica della compatibilità dei principi civilistici con la sola disciplina “speciale” posta dallo stesso art. 11: per questa via sarebbero ad esempio sicuramente incompatibili quei principi civilistici che contrastano con il potere di recesso riconosciuto alla parte pubblica del rapporto. All’opposto, chi privilegia l’ottica pubblicistica ritiene che la clausola di compatibilità si giustifichi alla luce della diversità ontologica sussistente tra accordi ex art. 11 e contratto, diversità apprezzabile sotto i diversi profili della patrimonialità (che non sempre è presente negli accordi), del vincolo (che vede la

⁴⁰ Così, G. Comporti, *Il coordinamento infrastrutturale*, Milano, 1996.

⁴¹ Cfr., G. Manfredi, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001, 109.

partecipazione di una parte in posizione di supremazia e che non godrebbe della stessa stabilità del vincolo contrattuale) e dell'oggetto della disposizione (che in questo caso sarebbe rappresentato dall'esercizio stesso della funzione amministrativa, dunque una *res extra commercium* estranea alla negoziazione di diritto comune).

Occorre ancora considerare che il rinvio operato dalla norma in esame attiene ai principi in materia di *obbligazioni* e contratti: si vuole con questa osservazione significare che se può senz'altro ammettersi il contenuto obbligatorio, in senso proprio, degli accordi della legge sul procedimento non per questo deve a ciò collegarsi il riconoscimento della natura di contratti di diritto privato ai sensi dell'art. 1321 e ss. del codice civile. Il contenuto obbligatorio degli accordi non passa necessariamente attraverso la qualificazione di essi in termini di contratti e ciò può affermarsi alla luce della fondamentale disposizione di cui all'art. 1173 dello stesso codice che enuncia le fonti delle obbligazioni ponendo, accanto al contratto, il fatto illecito e ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico⁴². Seguendo questa impostazione, si potrebbe riconoscere agli accordi procedurali l'idoneità, in base alla norma-base dell'art. 11 ovvero in base alle altre norme di settore che contemplano fattispecie consensuali, a essere fonti di vere e proprie obbligazioni

⁴² Cfr., M. Renna, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. amm.*, n. 1/2010, 47-48.

senza la “necessità teorica” di predicarne la natura di veri e propri contratti.

Peraltro c'è chi ha contestato la natura contrattuale, ovvero il contenuto obbligatorio, degli accordi sulla scorta del rilievo che in essi sarebbe assente l'attributo della patrimonialità che, ai sensi dell'art. 1321 cod. civ. contenente la nozione di contratto, è coesistente all'istituto contrattuale essendo questo “l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale”. Al riguardo si è obiettato che gli accordi di cui all'art. 11 hanno spesso ad oggetto comportamenti o prestazioni prive del carattere della patrimonialità, soprattutto se riguardate dal lato della pubblica amministrazione. Anche sotto questo profilo, che involge problematiche di ampio respiro che intersecano il diritto delle obbligazioni e dei contratti, si può valorizzare il dettato dell'art. 1174 cod. civ. riguardante ancora una volta i rapporti obbligatori in generale a prescindere dalla natura dell'atto/fatto che ne costituisce la fonte. L'art. 1174 richiede che l'obbligazione abbia ad oggetto una prestazione “suscettibile di valutazione economica” e corrispondente a “un interesse, anche non patrimoniale, del creditore”.

In verità se è vero che il contenuto delle prestazioni dedotte negli accordi attiene spesso a obblighi di fare non aventi un contenuto propriamente patrimoniale è tuttavia altrettanto vero che, in linea con l'evoluzione nell'interpretazione dell'attributo della

patrimonialità⁴³, anche quelle prestazioni che appaiono a prima vista più lontane da questo sono suscettibili di valutazione economica, costituendo l'esercizio stesso di potestà pubblicistiche nell'attuale contesto socio-economico un bene in senso proprio.

Affermazione quest'ultima che può considerarsi implicita nella stessa "legificazione" del fenomeno della "contrattualità amministrativa" nel senso che, si afferma, la stessa previsione generale dell'art. 11 che sancisce *de iure condito* la negoziabilità della funzione pubblica costituirebbe prova del valore economico che ad essa, in un dato momento storico, è riconosciuto dall'ordinamento giuridico⁴⁴.

Il concetto di patrimonialità assunto dall'art. 1174 cod. civ. può così ricomprendere anche gli obblighi che l'amministrazione assume nei confronti dei privati aventi spesso per oggetto l'assunzione di un determinato provvedimento o comunque l'esercizio negoziato del suo potere discrezionale.

Peraltro, già da un punto di vista empirico non si può fare a meno di constatare come nella prassi amministrativa gli accordi

⁴³ Cfr., Di Majo, voce *Obbligazione*, in *Enc. Giur.*, dove, testualmente: "bisogna avere un concetto più ampio di valutabilità economica, di quello che la dottrina dimostra di solito di avere, preoccupata ingiustificatamente dalla possibilità del risarcimento pecuniario del danno ... per ricercare se una data prestazione è patrimonialmente valutabile deve essere preso in considerazione l'ambiente giuridico-sociale nel quale l'obbligazione sorge. La valutabilità pecuniaria di una prestazione sta infatti ad indicare che in un dato ambiente giuridico-sociale, i soggetti siano disposti ad un sacrificio economico per godere di quella prestazione, e che ciò possa avvenire senza offendere i principi della morale e del costume sociale, oltre, beninteso, la legge".

⁴⁴ In termini simili, cfr. S. Civitarese Matteucci, *Contributo allo studio del principio contrattuale*, Torino, 1997, 193.

sono particolarmente diffusi in settori dove più elevata è l'incidenza delle decisioni amministrative su interessi economici privati.

2.3 segue: le ricadute di questo dibattito nell'applicazione della norma.

Il dibattito sulla natura giuridica degli accordi procedimentali e la relativa scelta di campo conduce a ricostruzioni profondamente differenti soprattutto in punto di patologia ed esecuzione degli stessi.

Riguardo al primo dei due profili, chi ritiene che gli accordi seguano il regime amministrativo dell'atto cui accedono o che sostituiscono afferma la predicabilità rispetto ad essi dei vizi propri degli atti amministrativi, considerandoli assoggettati ad un analogo sindacato secondo il consueto parametro della illegittimità e, ora, della nullità ex art. 21-*septies*.

La ricostruzione dell'accordo quale contratto di diritto comune porta con sé, invece, l'idea di una considerazione degli stati invalidanti secondo le categorie civilistiche. Più precisamente, si ritiene che gli eventuali vizi di legittimità debbano farsi valere o *sub specie* di vizi del contratto o *sub specie* di ipotesi di nullità⁴⁵ per violazione di norme imperative.

⁴⁵ Secondo un'operazione di conversione delle cause di illegittimità (del provvedimento corrispondente) in cause di nullità del contratto analoga a quella

Riguardo al secondo aspetto, c'è da considerare che si trova l'affermazione, da parte di quanti ricostruiscono la figura in termini pubblicistici, secondo cui la p.a. nella fase di esecuzione del rapporto rimarrebbe titolare di vere e proprie potestà⁴⁶, laddove previste dal complesso normativo in cui si inquadra l'accordo, che si verrebbero a giustapporre agli strumenti azionabili, alla stregua di qualsiasi altro contraente, in base al diritto comune (azione di risoluzione, eccezione di inadempimento, facoltà di disdetta previste contrattualmente ecc.). Tra questi poteri di intervento, idonei a incidere unilateralmente sull'assetto d'interessi concordato si collocherebbe, in particolare, l'esercizio dei poteri di autotutela. Si comprende, invece, come nell'ottica che privilegia la natura negoziale degli accordi procedimentali si esclude, fatta salva la

espressamente prevista dalla legge federale tedesca sul procedimento amministrativo, che, appunto, include tra le ipotesi di nullità dei contratti pubblici quella in cui un atto amministrativo con analogo contenuto sarebbe illegittimo. Sul punto, vedi *infra sub cap. II, § 3*.

⁴⁶ Vedi TAR Umbria, 24 marzo 1999, n. 218 secondo cui "L'impegno contrattualmente assunto dall'amministrazione, ove abbia per oggetto l'esercizio di pubbliche potestà, non è vincolante in senso assoluto, e non attribuisce un diritto soggettivo incondizionato alla controparte privata. L'efficacia obbligatoria del contratto cede, infatti, nei confronti dell'esercizio dei pubblici poteri: a condizione però che si tratti di un interesse legittimo. Il privato contraente può esigere l'adempimento dell'obbligazione della controparte pubblica, in assenza di un atto autoritativo che disponga in senso difforme; una volta, invece, che l'atto autoritativo difforme sia stato posto in essere, il privato ha il potere di provocare il sindacato di legittimità, facendo valere come parametro di legittimità, fra gli altri, anche gli impegni contrattualmente assunti dall'amministrazione. Qualora il giudizio si concluda con il riconoscimento della legittimità dell'atto impugnato, il contratto dovrà (o potrà) considerarsi risolto, ed il privato si intenderà liberato dalle sue obbligazioni, avrà diritto alla restituzione dei beni eventualmente ceduti e, secondo la previsione dell'art. 11, co. 4, al pagamento di un indennizzo. Qualora l'esito del giudizio sia invece nel senso dell'illegittimità del provvedimento, all'annullamento di quest'ultimo farà seguito il risarcimento del danno".

previsione espressa della speciale facoltà di recesso, la permanenza di poteri pubblicistici in capo alla parte pubblica esercitabili successivamente alla definizione concordata dell'assetto d'interessi.

La disamina della giurisprudenza formatasi nel corso di questo ventennio ci porta ad osservare che nell'atteggiamento dei giudici è ricorrente l'affermazione della natura pubblicistica degli accordi ex art. 11 e, segnatamente, se ne afferma la natura di contratti di diritto pubblico⁴⁷: occorre tuttavia considerare che queste affermazioni sono per lo più rintracciabili nel quadro di sentenze che statuiscono sulla giurisdizione. In questi casi sulla scorta della riconduzione della fattispecie concreta di accordo alla figura degli accordi procedurali di cui all'art. 11, in contrapposizione alle fattispecie contrattuali di diritto comune per le quali, come noto, il riparto di giurisdizione segue una regola differente, se ne afferma la natura pubblicistica e la conseguente devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo

⁴⁷ Cfr., *ex multis*, TAR, Sicilia, Catania, sez. III, 28/9/2010 n. 3860 in *Archivio Giuridico Iuris Data*, 2011, dove, con un espresso richiamo alla sent. Corte Cost. 204/2004, si afferma "proprio il richiamo alla valenza pubblicistica degli accordi ex art. 11 della l. 241/1990, della cd. amministrazione consensuale, consente di affermare che, nelle ipotesi di accordo previste dalla legislazione speciale (come le convenzioni in materia urbanistica, cui va assimilata la convenzione in esame in materia di edilizia residenziale) permane intatto l'attributo pubblicistico dell'esercizio del potere amministrativo e della natura pubblica degli interessi portati dall'Amministrazione (...)"; TAR, Sardegna, Cagliari, sez. I, 14/6/2010, n. 1485, in *Archivio Giuridico Iuris Data*: "(...) la giurisprudenza della Corte di Cassazione (cfr. di recente Cass., SS.UU., 30 marzo 2009, n. 7573) riferisce alla materia delle concessioni di beni pubblici le convenzioni stipulate per la cessioni di aree su cui edificare alloggi di edilizia residenziale pubblica, qualificando tali accordi come contratti di diritto pubblico riconducibili alla più ampia fattispecie di accordi sostitutivi del provvedimento tra privati e p.a. di cui all'art. 11";

ai sensi del comma 5 dell'art. 11. A ben vedere, però, nella maggior parte dei casi riscontrati non si tratta di affermazioni che preludono ad un'operazione di inquadramento dogmatico incidente in misura significativa sulla ricostruzione della relativa disciplina.

Piuttosto, sul piano della disciplina concreta applicata per la risoluzione delle controversie in materia di accordi si assiste, ai sensi del comma 2 , ad un piena applicazione delle regole civilistiche a “preferenza” ovvero ad “esclusione” di potestà pubblicistiche astrattamente esercitabili in relazione all'oggetto dell'accordo. In questa direzione, particolare importanza rivestono quelle sentenze che, pur riconoscendo il collegamento tra accordi procedimentali ed esercizio del potere discrezionale affermano la piena applicabilità, nelle ipotesi di mancata corretta “esecuzione” degli “obblighi” scaturenti dall'accordo, delle regole civilistiche sull'inadempimento del contratto con conseguente inammissibilità dell'esercizio da parte della parte pubblica di potestà riconducibili alla sua “originaria”posizione di supremazia⁴⁸ (della quale si è spogliata addivenendo all'accordo). Nella specie, è affermazione ormai costante della giurisprudenza amministrativa che debbano

⁴⁸ Cfr., Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 2006, n. 236 in *Urbanistica e Appalti*, n. 8/2006, relativa ad una convenzione integrativa di una concessione di servizio pubblico avente ad oggetto l'accertamento e la riscossione di tributi comunali che il giudice riconduce alla figura dell'accordo sostitutivo di cui all'art. 11. Pertanto, facendo applicazione dei principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, esclude che, in difetto di clausole espresse, la parte pubblica possa unilateralmente “dichiarare” la risoluzione del contratto sulla base dell'inadempimento addebitato alla controparte. Piuttosto si afferma essere compito del giudice, secondo le regole civilistiche, valutare la sussistenza dell'inadempimento e la sua non scarsa importanza”.

trovare applicazione tutte le regole che disciplinano l'inadempimento dei contratti, trovando così ingresso nella valutazione del giudice anche le regole di diritto comune in materia, rispettivamente, di imputabilità dell'inadempimento, di prova del danno cagionato e di congruità e proporzionalità della relativa sanzione⁴⁹.

Cionondimeno occorre considerare, in generale, che l'inerenza agli accordi procedimentali di interessi pubblicistici per tutta la durata del rapporto costituisce un'affermazione costante e, se si vuole, l'elemento distintivo tra queste fattispecie convenzionali e le fattispecie contrattuali di diritto comune di cui si avvale ogni pubblica amministrazione per il perseguimento delle sue finalità. Si tratta di comprendere se la natura pubblicistica di questi interessi lasci sopravvivere in generale in capo alla p.a. poteri discrezionali esercitabili dopo la conclusione dell'accordo in pregiudizio della controparte o, se piuttosto, tale discrezionalità sia circoscritta entro il limitato ambito d'operatività della speciale

⁴⁹ Cfr., al riguardo, la recentissima sentenza Cons. Stato, sez. IV, 4797/2011 in www.ildirittoamministrativo.it con cui il Supremo Collegio in relazione a una controversia sorta nell'esecuzione di un rapporto convenzionale per l'affidamento di un servizio pubblico, inquadrata la fattispecie nel ambito dell'art. 11 legge 241/1990, afferma che „nonostante la stretta inerenza a questi accordi di interessi pubblicistici, essi sono assoggettati alle comuni regole civilistiche in materia di adempimento nonché di obbligo di buona fede delle parti del contratto, ponendosi così “in ombra l'affermazione che nella detta materia persista sempre in capo all'amministrazione un margine di apprezzamento esterno al sindacato giurisdizionale”. Su questa base, il giudice ha censurato il comportamento della parte pubblica del rapporto convenzionale che aveva adottato dei provvedimenti applicativi delle penali previste dalla convenzione, accertando la non imputabilità dell'inadempimento in capo alla sola concessionaria e la mancata prova di un danno effettivo a carico della p.a.

facoltà di recesso ed esercitabile solo in presenza del relativo presupposto⁵⁰.

Quello della sopravvivenza o meno del potere discrezionale successivamente alla conclusione dell'accordo è un problema ulteriormente complicato dal fatto che sovente accade che la pubblica amministrazione continui ad esercitare la propria attività funzionale anche attraverso l'adozione di provvedimenti idonei ad incidere sul rapporto dedotto nell'accordo non solo sotto il profilo sostanziale ma altresì, in ipotesi, sotto quello della tutela processuale fruibile dalla controparte privata. Al riguardo la giurisprudenza più recente tende ad escludere che sia pregiudiziale alla tutela consistente nell'azionabilità dei rimedi civilistici la tempestiva impugnazione, attraverso l'esperimento della classica azione di annullamento, di quei provvedimenti attraverso i quali si sia realizzato l'inadempimento o comunque la realizzazione di un assetto di interessi contrastante con quello dedotto nell'accordo⁵¹.

⁵⁰ Si pensi alla discussa tematica della configurabilità del potere di autotutela rispetto a fattispecie definite mediante accordi. Su cui vedi *infra* cap. II, § 4.

⁵¹ Cfr., Cons. Stato, sez. IV, 4/5/2010 n. 2568, in *Iuris Data Archivio giuridico*2011, relativamente alla mancata esecuzione di una convenzione di lottizzazione a seguito del diniego prestato dal Comune (parte della lottizzazione) a fronte di una richiesta di una nuova concessione edilizia necessaria per il completamento delle opere previste nel piano di lottizzazione. Il giudice afferma "(...) la persistenza, pur nell'ambito di un rapporto convenzionale di lottizzazione, di un potere discrezionale dell'ente pubblico (potere in presenza del quale la posizione del privato non può che configurarsi in termini di interesse legittimo) non vale di per sé ad escludere che atti amministrativi aventi rilievo nel procedimento di esecuzione degli accordi stessi e normalmente incidenti su interessi pretensivi dei privati possano (e debbano) essere assoggettati ad un sistema di tutela di quelle posizioni non solo mediante il tradizionale meccanismo impugnatorio e demolitorio, ma anche mediante applicazione diretta della disciplina dell'inadempimento del contratto. (...) Una

3. Alle origini del dibattito: le tesi dualistiche e la teoria del cd. contratto di diritto pubblico.

Il dibattito sulla natura giuridica e il conseguente inquadramento teorico degli accordi ex art. 11 risente, in larga parte, di teorizzazioni anteriori alla legge del 1990 che, in seno alla dottrina italiana, hanno trovato nell'elaborazione della nozione di "contratto di diritto pubblico" l'espressione più controversa ma anche quella oggetto di maggiore approfondimento.

La costruzione della figura del contratto di diritto pubblico nasce dall'esigenza di trovare una sistemazione teorica, e scientificamente valida, alla emersione nella pratica amministrativa e nella legislazione di settore di esempi di negoziazione-cooperazione tra privati e pubblici poteri non compiutamente inquadrabili né nello schema dell'atto amministrativo né tantomeno nell'ambito dell'attività contrattuale di diritto privato. La teorizzazione del contratto di diritto pubblico rappresenta, appunto, lo sforzo di ricondurre ad unità attraverso la definizione di uno schema giuridico comune e dotato di elementi di originalità figure "esorbitanti" rispetto alle categorie giuridiche tradizionali del contratto e del provvedimento amministrativo la cui contrapposizione, se vogliamo, ha fondato nei sistemi a diritto

volta, insomma, accertata l'equiparazione tra convenzione di lottizzazione ed accordo sostitutivo, occorre far conseguire a tale premessa una tutela della situazione giuridica che possa definirsi sottesa che possa definirsi piena".

amministrativo la fondamentale dicotomia diritto pubblico – diritto privato.

Il dato di fondo da cui ha preso origine il dibattito sul contratto di diritto pubblico è stato rappresentato dalla diffusione di figure di contrattazione contraddistinte, in ciò distinguendosi dai contratti di diritto comune, dal fatto che a formare oggetto della pattuizione è l'esercizio stesso del pubblico potere, dunque un oggetto sottratto alla comune circolazione giuridica, in quanto tradizionalmente sottoposto alle regole proprie del diritto amministrativo⁵².

Anteriormente all'introduzione della disciplina generale di cui alla legge 241 del 1990 la scienza giuridica si è a lungo interrogata circa l'ammissibilità teorica e l'inquadramento dogmatico di fattispecie così configurate. A monte di questo dibattito si colloca l'obiezione di quanti, soprattutto in passato, negavano la "negoziabilità" dell'esercizio dei pubblici poteri: negavano cioè che la pubblica amministrazione potesse rinunciare, obbligandosi nei confronti di un privato, all'esercizio delle proprie prerogative, prima tra tutte quella di perseguire il pubblico interesse e adattare costantemente la propria azione in ragione di esso anche attraverso l'adozione di atti idonei a sacrificare gli eventuali interessi privati in conflitto indipendentemente o contro la volontà dei titolari degli interessi stessi. Volontà non necessaria

⁵² Cfr., G.Falcon, *Convenzioni e accordi amministrativi* (voce), in *Enc giur.*, IX, Roma, 1988.

né nella fase di definizione dell'assetto d'interessi né nella fase di realizzazione dell'assetto come deciso dalla pubblica amministrazione stante la riconosciuta capacità (in passato in via generale e ora sottoposta alla speciale disciplina di cui all'art. 21^{ter}) dei soggetti pubblici di portare ad esecuzione imperativamente i propri atti, ferma solo la possibilità dei privati incisi di azionare gli strumenti di tutela giustiziale e giurisdizionale. Questa obiezione dogmatica “pregiudiziale” trovava poi un argomento forte nell'assenza di una norma generale che offrisse una copertura giuridica a fenomeni che spesso rimanevano confinati sul terreno della prassi amministrativa⁵³. Come spesso accade nella storia degli ordinamenti giuridici è nella prassi delle amministrazioni pubbliche che, pur in difetto di una disciplina normativa, nascono figure di accordo nell'ambito di materie caratterizzate dalla titolarità di potestà d'intervento pubblico (si pensi, per fare l'esempio più vistoso, alla materia urbanistica) e dalla compresenza di una pluralità d'interessi privati

⁵³ Cfr., F. Tigano, *Gli accordi procedurali*, Torino, 2002, 305 ss. L'autore parla della “difficoltà obiettiva di attribuire rilevanza giuridica a momenti di informalità in cui al vantaggio di “trattare” il provvedimento con il privato, non seguiva alcun vincolo per l'amministrazione. Fin tanto che un certo assetto sociale e politico lo ha permesso, la ricerca dell'accordo tra privato e pubblica amministrazione, relegata nel campo dell'informalità, ha seguito strade obbligate dal fatto che la p.a. avesse comunque il potere di imporre la propria volontà in via unilaterale. (...) Infatti, da un lato la formalizzazione di strumenti pubblicistici consensuali avrebbe portato a giuridicizzare tali processi, sottoponendone la formazione a precise regole procedurali atte ad arginare fenomeni di corruzione, dall'altro esisteva il timore che dello strumento consensuale si potesse abusare a discapito dell'interesse pubblico. In definitiva, il problema aveva in sé un profilo teorico (se fosse ammissibile un negozio di e nel diritto pubblico) e uno pratico (se fosse opportuno procedere alla formalizzazione della prassi esistente)”.

facenti capo e a singoli e a collettività e dalla crescente complessità delle valutazioni che i soggetti pubblici sono chiamati per orientare le proprie decisioni. Accadeva spesso che i privati, per ottenere l'emanazione di un atto amministrativo, si impegnavano nei confronti della pubblica amministrazione al compimento di determinate prestazioni aventi solitamente contenuto patrimoniale. Si parlava, al riguardo, di atti di assoggettamento o atti di obbligo. Accadeva altresì che si concludessero degli accordi preliminari, consistenti in dichiarazioni sottoscritte dalle parti, con cui la p.a si dichiarava disposta ad assumere un determinato provvedimento nei confronti di un privato ovvero ne concordava i contenuti. La giurisprudenza, dopo un periodo iniziale di netta chiusura nel quale era disconosciuta la rilevanza giuridica di queste figure, cominciò ad apprestare una forma di tutela nei confronti dei soggetti privati, attribuendo loro una limitata rilevanza giuridica nel limitato senso che si affermava che l'amministrazione potesse discostarsene non *ad libitum* ma solo per ragioni adeguatamente motivate di pubblico interesse. E' chiaro comunque che queste prime forme di contrattazione informali preludevano pur sempre alla emanazione di un provvedimento non intaccando pertanto la centralità di quest'ultimo nell'esercizio delle pubbliche funzioni.

Accanto momenti informali di negoziazione in campi che la legge riservava all'azione unilaterale dei pubblici poteri, il nostro ordinamento ha da sempre conosciuto fattispecie di "rapporto" tra pubbliche amministrazioni e soggetti privati caratterizzate dalla

compresenza di elementi pubblicistici ed elementi “contrattuali” il cui inquadramento sul piano dogmatico si è intrecciato con gli alterni “spostamenti” sul piano della tutela giurisdizionale. Si pensi, solo per fare gli esempi più macroscopici, al rapporto di pubblico impiego⁵⁴ e alle concessioni di beni e servizi pubblici.

Negli Stati preunitari l’attività “contrattuale” (ampiamente intesa) delle pubbliche amministrazioni rientrava pressoché interamente nell’ambito del contenzioso amministrativo. Con la soppressione degli organi del contenzioso, tali controversi furono attratte nella giurisdizione (unica) del giudice ordinario con conseguente accentuazione dei profili privatistici degli istituti. Né è un caso che con l’istituzione della quarta sezione del Consiglio di Stato e la creazione del doppio sistema di giurisdizione queste figure crearono notevoli problemi applicativi in punto di riparto e furono successivamente devolute alla cognizione esclusiva del giudice amministrativo, divenendo e rimanendo per lungo tempo le principali materie di giurisdizione esclusiva⁵⁵.

⁵⁴ Si consideri che la teorizzazione del contratto di diritto pubblico, che ha avuto origine in Germania con gli studi di Laband, Jellinek e Apelt, si è inizialmente incentrata intorno alle due figure della concessione della cittadinanza e del rapporto di pubblico impiego: nell’ottica della dottrina germanica la qualificazione in termini contrattuali di queste due figure muoveva dall’esigenza di giustificare (ricostruendolo in termini consensuali) l’assoggettamento del soggetto privato e la limitazione della sua sfera personale senza la necessità della previa previsione legislativa. Sul tema del contratto di diritto pubblico, fondamentale per impostazione ricostruttiva e critica l’opera di F. Ledda, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, 1965.

⁵⁵ Per il quadro storico, cfr. Sordi, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. amm.*, 1995, 487 ss. Prendendo ad esempio il pubblico impiego si consideri che nella fase di “pubblicizzazione” del nostro sistema giuridico il consenso del pubblico

Particolarmente indicativa delle difficoltà di inquadramento dogmatico di figure che, per così dire, si collocano lungo la linea di confine diritto pubblico-diritto privato, è il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sviluppatosi intorno alle concessioni di beni e di servizi pubblici. Con riguardo poi alle concessioni di pubblici servizi, si tratta di una figura di importanza centrale per l'evoluzione del nostro sistema di diritto amministrativo sia per l'impiego nella disciplina di questi rapporti (precisamente del rapporto tra amministrazione concedente e concessionario privato) dello strumento convenzionale sia per l'inerenza ad un ambito di materia, quello dei servizi pubblici, che ha rappresentato la principale e più significativa espressione dell'attività amministrativa non autoritativa⁵⁶. L'attività di servizio pubblico si caratterizza infatti per suoi connotati propri che valgono a distinguerla tanto dall'attività autoritativa quanto da quella di diritto privato. Dalla prima si distingue perché non si estrinseca attraverso provvedimenti ma attraverso lo strumento contrattuale, dalla seconda in quanto sottoposta ad un regime pubblicistico, che convive con l'utilizzo di mezzi privatistici e che riguarda soprattutto l'aspetto della organizzazione di questa attività che, in

dipendente alla assunzione fu ridotto a mera condizione di efficacia dell'atto di nomina e quest'ultimo strutturato come atto unilaterale imperativo, v. G. Berti, *Dall'unilateralità alla consensualità nell'azione amministrativa*, in *L'accordo nell'azione amministrativa*, A. Masucci (a cura di), Quaderni Regionali, Formez, 1988. Con precipuo riguardo alle concessioni, cfr. la fondamentale opera di D'Alberti, *Le concessioni amministrative*, Napoli, 1981, 10 ss.

⁵⁶ Cfr. I.M.Marino, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1987, 41 ss.

quanto costituente essa stessa fine dell'ente politico, essendo cioè funzionalizzata in sé stessa, è stata tenuta distinta da altri campi di attività parimenti caratterizzate dall'utilizzo di strumenti privatistici, quale l'impresa pubblica che per lunga parte del secolo scorso ha costituito il principale modello d'intervento degli apparati pubblici nell'economia.

Ora, la compresenza nella concessione di beni e di servizi pubblici di una componente autoritativa evidente nell'instaurazione del rapporto e di una componente negoziale consistente nella nascita di un vero e proprio rapporto obbligatorio dedotto in convenzione tra pubblica amministrazione e privato portò la giurisprudenza a "riconoscere" la rilevanza giuridica e la portata costitutiva di entrambi i due momenti con l'elaborazione della cd. concezione dualistica o del doppio grado secondo cui le vicende concessorie davano luogo a una fattispecie composita in cui ad un atto amministrativo unilaterale (il provvedimento concessorio appunto) segue necessariamente un contratto: con il primo, la pubblica amministrazione dispone autoritativamente del bene pubblico⁵⁷ sottraendolo all'uso pubblico e costituendo in capo al concessionario diritti e poteri che nessun privato può esercitare su un bene pubblico in assenza di una concessione amministrativa;

⁵⁷ Occorre ricordare che la teoria fu originariamente elaborata rispetto alle concessioni di beni pubblici e poi estesa ai servizi pubblici. La sua prima compiuta espressione la si rinviene in Cass., Roma, 12 gennaio 1910, in *Riv. dir. comm.*, 1910, 248.

con il secondo vengono regolati gli aspetti patrimoniali inerenti l'uso particolare del bene pubblico e le obbligazioni reciproche.

A ben vedere, la teoria del doppio grado (detta anche teoria della concessione-contratto) distingue, pur riconducendoli nell'ambito di una fattispecie complessa, i due profili, pubblicistico e privatistico riconoscendo a ciascuno autonomia sul piano concettuale e giuridico, fatta salvo il collegamento esistente tra i due atti tale per cui all'eventuale caducazione del provvedimento consegue il venir meno anche del contratto (ma non viceversa essendo la concessione il presupposto del successivo rapporto convenzionale). Si distingueva pertanto tra il momento costitutivo del rapporto concessorio affidato ad un provvedimento integralmente orbitante nell'area del diritto amministrativo e il momento della determinazione di reciproci diritti ed obblighi affidato ad una convenzione progressivamente attratta al diritto privato. Ne deriva che l' "accordo", il momento della negoziazione è considerato estraneo e successivo all'esercizio del potere, secondo uno schema che, operati gli opportuni distinguo, è tuttora ravvisabile nelle procedure ad evidenza pubblica per la stipula dei contratti pubblici, dove ad una serie procedimentale pubblicistica che sfocia nell'adozione di un provvedimento amministrativo (aggiudicazione definitiva) fa seguito la conclusione di un contratto tendenzialmente soggetto al regime di diritto civile. Si avrà modo di osservare peraltro che il recente innesto nella sequenza procedimentale che conduce alla conclusione di accordi ex art. 11

legge 241/1990 della cd. determinazione preliminare⁵⁸ ha indotto parte dei commentatori a ravvisarvi il riconoscimento sul piano normativo della perdurante validità della teoria del doppio grado e, correlativamente, un argomento forte a favore della tesi della natura privatistica degli accordi.

La sistemazione più nota del modello cd. a doppio grado è quella che fa capo all'elaborazione fattane da Giannini⁵⁹ che l'ha applicata a tutti i rapporti contrattuali tra pp.aa. e privati attinenti a un oggetto pubblico e al quale si deve la diversa denominazione di contratti ad "oggetto pubblico", volendosi con essa indicare l'idea di un accordo caratterizzato appunto per la peculiarità del suo oggetto – l'esercizio di potestà pubblicistiche – di cui solo la p.a. può disporre e, perciò, per il fatto di contemplare tra i contraenti almeno una parte titolare di potestà pubblicistiche. L'Autore attribuiva portata generale a questa figura, ritenendo che ad essa potesse farsi ricorso, senza la necessità di una specifica norma facoltizzante tutte le volte in cui sussistesse un aspetto patrimoniale collegato all'esercizio di potestà pubbliche.

Secondo questa ricostruzione, la caratteristica fondamentale di questi contratti era rappresentata dal loro costante collegamento ad un provvedimento amministrativo. A seconda poi del tipo di legame che si instaurava tra provvedimento e contratto si

⁵⁸ Su cui, diffusamente, vedi capitolo II *sub* § 2.

⁵⁹ M.S. Giannini, *Corso di diritto amministrativo*, III, 2 *L'attività amministrativa*, Milano, 1967.

distinguevano contratti accessivi a provvedimenti, contratti ausiliari di provvedimenti e contratti sostitutivi di provvedimenti. Tale classificazione tendenzialmente aderente alle principali figure di accordo tra privati e p.a. via via emerse nella prassi delle pubbliche amministrazioni trova solo parziale corrispondenza nella disciplina recata dall'art. 11 della legge sul procedimento.

I contratti accessivi a provvedimenti sono convenzioni che accedono ad un provvedimento amministrativo che è già per sé stesso fonte di obbligazioni per il soggetto privato. Esse possono produrre effetti unilaterali quando stabiliscono ulteriori obblighi solo in capo al privato, ovvero effetti bilaterali qualora prevedano obblighi specifici anche in capo alla pubblica amministrazione. Il legame evidente tra atto provvedimento e contratto è di regola univoco, nel senso che solo le vicende che riguardano il primo si riverberano sul secondo e non viceversa. E' poi facile constatare come questa figura sia perfettamente aderente all'istituto di origine giurisprudenziale della concessione-contratto sopra visto.

I contratti ausiliari di provvedimenti si inseriscono all'interno dei procedimenti amministrativi 4 vengono utilizzati qualora sorga l'esigenza di dettare una compiuta disciplina degli aspetti patrimoniali del rapporto. Essi si distinguono dai contratti accessivi necessari non già per il tipo di collegamento esistente tra provvedimento e contratto, che è analogo, quanto piuttosto per il loro carattere facoltativo, nel senso che in questi casi la disciplina del rapporto può essere contenuta nella sua globalità nell'atto

provvedimentale e il contratto è di regola utilizzato per il conseguimento di risultati più vantaggiosi.

Infine, i contratti sostitutivi⁶⁰ di provvedimenti i quali, a differenza delle altre due tipologie, tengono luogo di provvedimenti amministrativi giacché l'amministrazione, pur conservando la titolarità delle sue potestà pubblicistiche, si pone su un piede di parità con il privato, concludendo un accordo in luogo dell'emanazione del provvedimento finale. Essi hanno da sempre avuto grande applicazione sia nel campo della pianificazione urbanistica (si pensi alle convenzioni di lottizzazione e/o a quelle edilizie) sia in quello della programmazione economica.

Tornando alle concessioni, c'è da dire che studi approfonditi⁶¹ del fenomeno rilevarono, in realtà, l'inadeguatezza di un modello che scomponeva in due atti, concettualmente e giuridicamente distinti ancorché collegati, fattispecie da considerarsi in una prospettiva unitaria e misero in luce che nella prassi concreta spesso accadeva che il contratto finiva con l'essere l'unico atto-fonte dell'intero rapporto.

⁶⁰ Rispetto a questi, fondamentale è la distinzione con i cd. contratti alternativi che presuppongono una scelta discrezionale "a monte" della pubblica amministrazione di agire come privato, ricorrendo allo strumento contrattuale di diritto comune in alternativa alla via procedimentale; i primi, viceversa, si innestano sul procedimento e presuppongono la potestà pubblica di cui rappresentano una forma di esercizio in luogo dell'atto unilaterale. Cfr., M.S. Giannini, *Corso di diritto amministrativo*, op.loc.cit.,116.

⁶¹ Il riferimento è a G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984; M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative*, Napoli, 1981.

All'esigenza di considerare unitariamente sul piano giuridico della costituzione degli effetti e del rapporto fattispecie complesse così configurate corrisponde la teorizzazione della figura del cd. contratto di diritto pubblico, categoria giuridica controversa alla quale sono ricondotti tutti quei rapporti intervenienti nell'esplicazione dell'attività pubblica dello Stato (e degli altri enti pubblici) e derivanti non già da atti unilaterali della pubblica amministrazione, emanati nell'esercizio della sua potestà di comando, bensì da atti che, atteso l'innegabile concorso di almeno di soggetti contrapposti ravvisabile nella loro struttura, richiamano lo schema generale del contratto⁶².

Il nucleo centrale di questa teoria risiede nel riconoscimento già sul piano concettuale dell'esistenza di contratti che la pubblica amministrazione stipula nell'esercizio del suo potere autoritativo e che, pertanto, sul versante della dichiarazione di volontà della parte pubblica del rapporto sono espressione di un potere amministrativo discrezionale e non di autonomia negoziale. I tratti caratteristici della figura sono così individuati: nel criterio soggettivo della necessaria partecipazione al negozio di un soggetto pubblico dotato di poteri autoritativi; nell'elemento teleologico della finalizzazione a un interesse pubblico, nel criterio oggettivo dell'inerenza del regolamento contrattuale ad un oggetto di diritto pubblico.

⁶² Si è ripresa la definizione di M. Gallo, *Contratto di diritto pubblico* (voce), in *Noviss. Dig. It.*, IV, Torino, 1964, 644 ss. Per una completa ricostruzione storica, a partire dalle teorizzazioni della dottrina tedesca, F. Ledda, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, in *Scritti giuridici*, Cedam, 2002, 1 ss.

4. Accordi e partecipazione procedimentale.

La disciplina legale degli accordi istituisce un legame tra accordi e procedimento amministrativo. E' compito dell'interprete stabilire se tale legame, sicuramente esistente sul piano della configurazione astratta della fattispecie normativa, sia da reputarsi inscindibile e "necessario" così da escludere la riconducibilità dentro lo schema di cui all'art. 11 di negoziazioni non raggiunte nel contesto di un procedimento amministrativo. La questione non è di poco momento e si collega ad una vasta serie di profili problematici che gli accordi ex art. 11 pongono alla scienza giuridica: quali l'esatta definizione del campo d'operatività della figura e la possibilità di fissare una sicura linea di confine rispetto all'utilizzo in generale di strumenti privatistici e rispetto ai limiti che la pubblica amministrazione incontra nel ricorso alla consensualità, il delicato rapporto tra generalizzazione dell'accordo sostitutivo e tipicità del provvedimento amministrativo, l'individuazione dei soggetti legittimati alla conclusione di accordi e, ancora più in generale, il rapporto tra amministrazione consensuale e principio di legalità.

L'esistenza nella configurazione astratta del normotipo dell'accordo ex art. 11 di un collegamento con il procedimento è ricavabile da una serie di indici testuali. Anzitutto, un primo indice interpretativo può desumersi dalla collocazione stessa degli accordi

all'interno del capo III della legge sul procedimento destinato appunto alla disciplina della "partecipazione al procedimento amministrativo", dato dal quale può in primissima battuta desumersi come la conclusione di accordi rappresenti un'espressione, forse la più compiuta, della partecipazione procedimentale.

Se si guarda, infatti, al procedimento, e propriamente all'istruttoria che si svolge al suo interno, quale sede di acquisizione dei fatti rilevanti al fine di identificare compiutamente e globalmente l'intero spettro degli interessi pubblici e privati presenti e addivenire all'individuazione dell'interesse concreto da curare attraverso quel determinato procedimento⁶³, non si può non considerare come esso rappresenti la sede più appropriata per la "rappresentazione" da parte dei privati di tutti quegli elementi idonei a concorrere alla valutazione della praticabilità e della "convenienza" di una soluzione negoziata (Salvo poi ulteriormente chiedersi se nell'ipotesi degli accordi le regole da osservare nello svolgimento del procedimento siano elusivamente quelle di matrice pubblicistica di disciplina dell'attività procedimentale ovvero non debbano, piuttosto, essere integrate, operando una sorta di parallelismo con le trattative che precedono la stipula dei contratti di diritto comune, con altre regole di

⁶³ Cfr., I.M.Marino, *Giudice amministrativo, motivazione degli atti e "potere" dell'amministrazione*, in *Foro amm. TAR* 2003, 247.

derivazione privatistica quale ad esempio il principio di buona fede e la tutela dell'affidamento).

L'ambientazione procedimentale consente poi di svolgere un ulteriore passaggio con riguardo alla questione della necessaria preordinazione e della garanzia della rispondenza della soluzione negoziata al pubblico interesse. L'esistenza di un procedimento nel quadro del quale si incardina il confronto pubblico-privato per una definizione concordata dell'assetto degli interessi in gioco costituisce probabilmente la prima e più sicura garanzia di siffatta aderenza: l'avvio di un procedimento amministrativo vale infatti ad "esternare" l'esistenza sul piano astratto di un pubblico interesse rimesso alla cura dell'autorità procedente. Nel corso di esso poi l'attività di concreta emersione dell'interesse pubblico concreto alla cui realizzazione è preordinato non solo il provvedimento finale tipico ma sì anche l'eventuale accordo integrativo o sostitutivo, come espressamente evidenzia il comma 1 dell'art. 11 ("in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse"), pur avvalendosi degli apporti informativi e valutativi dei privati partecipanti, pur comprendendo l'apprezzamento degli interessi privati coinvolti, è pur sempre ancorata alla definizione e concretizzazione di esso interesse pubblico. Si vuole con ciò sottolineare un aspetto solo apparentemente scontato: il fatto che nell'istruttoria procedimentale gli interessi privati sono pur sempre funzionali all'individuazione

dell'interesse pubblico concreto⁶⁴, non possono cioè rilevare di per sé né orientare finalisticamente l'azione amministrativa ancorché concordata.

Come osservato da autorevole dottrina⁶⁵, il cd. contrattualismo amministrativo rileva quale “la versione più attuale e meno impacciata della procedura amministrativa”. La codificazione del procedimento amministrativo ha, a sua volta, rappresentato il superamento della centralità del provvedimento quale elemento di sintesi di tutta l'attività giuridica della pubblica amministrazione, spostandosi l'attenzione dal provvedimento, quale cristallizzazione del “connubio autorità e garanzia” su cui si reggeva il primo Stato di diritto, agli interessi, al conflitto reale tra interessi sottostante, che nel procedimento trova composizione attraverso l'esercizio motivato della discrezionalità amministrativa. In questo senso, continua questa autorevole dottrina, al procedimento amministrativo va riconosciuto il “ruolo storico di passaggio intermedio tra l'ideologia del provvedimento unilaterale autoritario e quella dell'atto contrattuale tendenzialmente paritario”.

Fatte queste generali premesse, l'analisi testuale della norma offre una serie di indici a favore della tesi della necessaria procedimentalizzazione degli accordi amministrativi. Anzitutto tale legame deriva dalla caratterizzazione che la legge stessa fa di

⁶⁴ Ancora, I.M.Marino, op. loc. cit, 348.

⁶⁵ Così G. Berti, op. loc. cit., 31.

questi accordi come “facoltativi”, costituendo un epilogo solo eventuale della serie procedimentale naturalmente destinata a concludersi con il provvedimento finale. Nella stessa direzione rileva il fatto che essi sono costruiti in rapporto ad un provvedimento del quale predeterminano il contenuto ovvero che sostituiscono: è attraverso la serie procedimentale che questa “funzione” di integrazione-predeterminazione ovvero di sostituzione può pienamente realizzarsi.

Si consideri, ancora, che il legislatore prevede la conclusione di accordi “in accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell’art. 10”, laddove l’espreso rinvio all’art. 10 presuppone l’innesto della proposta di accordo ovvero delle osservazioni idonee ad orientare verso la convenienza di una soluzione pattizia, in una serie procedimentale già avviata rispetto alla quale è possibile individuare i soggetti legittimati ad esercitare le facoltà di cui all’art. 10 della legge sul procedimento. Nello stesso senso muovono l’inserimento, ad opera del d.l. 163 del 1995, del comma *1bis* ai sensi del quale “al fine di favorire la conclusione degli accordi di cui al comma 1, il responsabile del procedimento può predisporre un calendario di incontri cui invita, separatamente o contestualmente, il destinatario del provvedimento ed eventuali controinteressati” e l’ancora più significativa novella recata dalla legge 15 del 2005 con l’inserimento della cd. determinazione preliminare di cui al comma *4 bis*, stabilendosi la necessità che la conclusione dell’accordo sia preceduta da una determinazione

dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento. Con riguardo a quest'ultimo aspetto, la determinazione preliminare può interpretarsi sia alla stregua di un ulteriore passaggio della sequenza procedimentale, sia nella direzione di un accostamento della disciplina degli accordi alla disciplina dell'attività contrattuale di diritto privato. E' infatti evidente la similarità tra questa figura e l'istituto della cd. determinazione a contrattare che, originariamente previsto dall'art. 192 del Testo unico degli enti locali quale avvio della procedura di scelta del contraente, trova oggi pari disciplina nel codice dei contratti pubblici.

Alla determinazione preliminare e al raffronto con quanto previsto nella materia dei contratti pubblici sarà dedicato un paragrafo del successivo capitolo cui si rinvia. In questa sede può anticiparsi che, in linea con gli argomenti finora sviluppati, deve ritenersi che la procedimentalizzazione ex art. 11 rivesta un significato diverso rispetto alla procedura di scelta del contraente nei contratti pubblici. Le procedure di evidenza pubblica assolvono alla finalità di selezionare il migliore contraente della pubblica amministrazione. Nell'ottica originaria del legislatore nazionale, a far data dalle prime leggi di contabilità pubblica, tale finalità rispondeva, oltre che a evidenti ragioni di controllo della spesa pubblica, all'interesse di assicurare al contraente –pubblica amministrazione una controparte affidabile e in grado di eseguire al meglio la prestazione dovuta (questo, ovviamente, nel solo caso

di contratti cd. passivi). Nell'ottica attuale, la procedura di evidenza pubblica, fortemente condizionata dalla produzione normativa di origine comunitaria, è in primo luogo diretta ad assicurare l'interesse alla libera concorrenza. Si tratta manifestamente di interessi che sono sì interessi pubblici, intesi come interessi facenti capo alla generalità dei cittadini e degli operatori economici, ma sono, a nostro modo di vedere, cosa ben diversa dall'interesse pubblico procedimentale che rileva in materia di accordi. La procedimentalizzazione dell'attività contrattuale attraverso l'assoggettamento alle regole dell'evidenza pubblica serve a funzionalizzare un fenomeno, quello dell'acquisto di beni o prestazioni sul mercato, che globalmente considerato risulta essere di per sé un fenomeno di autonomia privata in cui l'interesse pubblico concreto rileva, per così dire, dall'esterno⁶⁶.

L'accordo ex art. 11 invece costituisce esso stesso svolgimento della discrezionalità amministrativa nella misura in cui predetermina ovvero sostituisce il provvedimento: esso nasce in sé stesso funzionalizzato, perché la legge lo configura quale strumento di individuazione e realizzazione dell'interesse pubblico concreto.

Ciò posto, c'è da dire che la questione dell'identità procedimentale tra accordi e procedimento è considerata da parte

⁶⁶ Si può richiamare quell'impostazione dottrinale che distingue, nell'ambito dell'attività amministrativa in relazione alla cura dell'interesse pubblico, tra attività *funzionale*, ovvero attività genericamente strumentale rispetto alla realizzazione dell'interesse pubblico, e attività *funzionalizzata*, intendendosi per tale quell'attività che una norma giuridica rende necessariamente strumentale alla cura del pubblico interesse, cfr. E. Sticchi Damiani, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992, 36 ss.

della dottrina quale un dato decisivo per escludere l'inquadramento in termini squisitamente privatistici del fenomeno dell'esercizio consensuale della funzione⁶⁷ amministrativa. Tale argomento, per quanto in linea di principio corretto, risulta tuttavia messo in crisi dalla constatata diffusione di forme di procedimentalizzazione di attività amministrative a sicuro regime privatistico. Da questo punto si è affacciata da tempo l'idea di individuare nella legge generale sul procedimento, o quantomeno le statuizioni della stessa dalle quali sono ricavabili i principi fondamentali dell'azione dei pubblici poteri anche in collegamento con i canoni costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità e della tutelabilità delle situazioni soggettive nei confronti delle pubbliche amministrazioni, un nucleo minimo e "indisponibile" di garanzie⁶⁸ che dovrebbe assistere ogni attività amministrativa, intesa nel suo significato unitario di attività di cura di interessi facenti capo alla collettività.

Nel dibattito dottrinale⁶⁹ e giurisprudenziale si confrontano due opinioni: secondo la prima, la conclusione di un accordo ex art. 11 presupporrebbe sempre la previa attivazione di un procedimento

⁶⁷ Cfr., G. Greco, op. loc. cit., 193.

⁶⁸ A. Maltoni, *Considerazioni in tema di attività procedurali a regime privatistico delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. amm.*, n. 1/2011, 97 ss.

⁶⁹ Cfr., tra gli altri, S.A. Frego Luppi, *Il principio di consensualità nell'agire amministrativo alla luce della legislazione e della giurisprudenza più recenti*, in *Dir. amm.*, n. 3/2008, 691 ss; G. Sciullo, *profili degli accordi fra amministrazioni pubbliche e privati*, in *Dir. amm.*, n. 4/2007, 823. Sul punto vedi anche cap. III, sub §§ 1 e 4.

amministrativo conforme alle regole di cui alla legge generale sul procedimento e potrebbe aver luogo solo all'interno di un contesto procedimentale; a questa prima impostazione si contrappone l'opinione di quanti reputano che a caratterizzare la figura in esame non è tanto l'elemento della procedimentalizzazione quanto, piuttosto, il dato oggettivo della negoziazione avente ad oggetto l'esercizio del potere. In quest'ottica, si avrebbe accordo riconducibile al *genus* dell'art. 11 tutte le volte in cui, anche prescindendo dalla pendenza di un procedimento amministrativo, si possa riscontrare la ricerca del consenso sull'esercizio di poteri amministrativi, con notevole ampliamento dell'area d'operatività della previsione normativa.

Anche in giurisprudenza si registrano entrambe le opinioni. A fronte di sentenze secondo cui "l'accordo rivela un nesso strettissimo con la partecipazione procedimentale, tanto che può dirsi ... che non possono considerarsi accordi al di fuori e prima dell'avvio del procedimento e che non siano espressione della partecipazione procedimentale tesa a stabilire nel caso concreto quale sia l'interesse pubblico⁷⁰", o che affermano " non si può qualificare l'atto di cui trattasi come sostitutivo di un provvedimento, posto che gli accordi sostitutivi ex art. 11, legge 241/1990 presuppongono l'esistenza di un procedimento amministrativo con il quale la p.a. tende ad ottenere proprio quel

⁷⁰ Così, Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2636.

bene della vita al quale previene, successivamente, per il tramite dell'accordo con il privato⁷¹”, si registrano sentenze che attribuiscono alla consequenzialità dell'accordo rispetto all'avvio di un procedimento amministrativo un valore puramente descrittivo ed empirico, irrilevante a fini qualificatori, ritenendo che si abbia accordo ex art. 11 tutte le volte in cui le parti concorrono a determinare il modo e l'esito dell'esercizio di una potestà pubblicistica, anche in assenza di un procedimento in corso di svolgimento⁷².

5. Amministrare per accordi e principio di legalità.

L'impiego di strumenti convenzionali nello svolgimento dell'attività amministrativa pone alla scienza giuridica un interrogativo di fondo attinente alla relazione che si instaura tra attività amministrativa consensuale e principio di legalità, quale principio fondamentale del nostro ordinamento giuridico che, applicato alla pubblica amministrazione, esprime il duplice significato⁷³ di funzione di garanzia per le posizioni giuridiche dei soggetti amministrati e funzione di assicurazione della

⁷¹ Vedi TAR Puglia, Bari, sez. III, 5 marzo 2008, n. 501 in *Dir. prat. Amm.*, n. 4/2008, 92 ss.

⁷² Così, Cass., SS. UU., 15 dicembre 2000, n. 1262; TAR, Lombardia, sez. III, 27 dicembre 2006, n. 3067 in *Fora mm. - Tar*, 2006, 3742 ss.

⁷³ Cfr., F. Trimarchi Banfi, *Il principio di legalità e l'impiego del diritto privato per compiti dell'amministrazione pubblica*, in *Amministrare*, n. 1-2/2008, 5 ss.

sottoposizione dell'organizzazione e dell'attività amministrativa all'indirizzo politico deliberato dall'organo rappresentativo della volontà popolare attraverso la legge.

La questione del ruolo svolto dal principio di legalità rispetto a quelle forme dell'attività amministrativa che si dispiegano ponendosi al di fuori dei canoni tradizionali dell'*agere* pubblico fondato su tecniche di regolazione degli interessi di tipo autoritativo, già dibattuta dalla dottrina tradizionale⁷⁴ rispetto alla cd. attività amministrativa di diritto privato, ha ritrovato nuovo vigore a seguito della generalizzazione della tecnica del consenso, alternativa alla tecnica dell'autorità, quale strumento di esercizio delle pubbliche funzioni e di correlativa cura dell'interesse pubblico, ad opera dell'art.11 della legge 241/1990 e, viepiù, con l'introduzione nel corpo della stessa legge del disposto di cui all'art. 1, comma 1-*bis* che sancisce l'impiego del diritto privato quale regola generale dell'azione amministrativa per l'adozione di atti di natura non autoritativa. Secondo una lettura diffusa, quest'ultima norma dovrebbe interpretarsi nel senso di limitare l'impiego dello strumentario giuridico proprio del diritto amministrativo in relazione all'adozione di quei soli atti che possiamo definire autoritativi⁷⁵, nell'accezione più diffusa della

⁷⁴ Classico lo studio di C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982.

⁷⁵ L'autoritatività, quale carattere proprio del provvedimento amministrativo, è intesa nel suo nucleo essenziale come idoneità a modificare situazioni giuridiche altrui senza necessità dell'altrui consenso. La principale questione problematica attinente alla ricostruzione del significato della locuzione atto autoritativo attiene

nozione, quali atti idonei ad incidere unilateralmente nella sfera giuridica del destinatario e rispetto ai quali nasce storicamente⁷⁶ il principio di legalità nel suo significato originario di legalità-garanzia, collegato a una concezione del rapporto Stato- Società civile in termini conflittuali e antagonistici⁷⁷.

A rigore, il tema si profila in termini parzialmente differenti in relazione a ciascuna delle norme considerate. La norma da ultimo citata, infatti, nella misura in cui sembra esprimere una preferenza generalizzata per l'impiego degli strumenti giuridici di diritto privato tutte le volte in cui l'azione amministrativa possa svolgersi senza la necessaria adozione di atti dotati di forza imperativa⁷⁸, pone il problema radicale della "fuoriuscita" dal

all'inerenza o meno ad esso di quegli atti amministrativi, quali le concessioni e le autorizzazioni, che producono effetti giuridici favorevoli nella sfera giuridica dei loro destinatari. Sulla costruzione della figura concettuale del provvedimento amministrativo e sulla sua evoluzione, cfr. F. G. Scoca, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, n. 1/1995, 1 ss.

⁷⁶ Sull'evoluzione storica del principio, cfr. di recente B. Sordi, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in *Dir. amm.*, n. 1/2008, 1 ss.; cfr., altresì, V. Gasparini Casari, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in *Il diritto dell'economia*, n. 3/2007, 617 ss.

⁷⁷ Cfr., sul punto, F. Ledda, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1999, 323ss., dove si osserva che il rapporto antagonistico Stato e cittadini che deve ritenersi a primo fondamento della legalità intesa nel suo significato di garanzia si rivela oggi del tutto anacronistico.

⁷⁸ Qui si usa la nozione di imperatività in senso analogo a quella di autorità: invero nel linguaggio corrente della stessa scienza pubblicistica le due nozioni sono spesso considerate fungibili. Secondo, invece, una prospettiva che scompone e scandaglia analiticamente i diversi attributi dell'atto amministrativo, inteso come *provvedimento*, il concetto di imperatività esprimerebbe non tanto, o meglio non solo, l'attitudine dell'atto a produrre modificazioni giuridiche della sfera altrui senza il consenso dell'interessato, ma piuttosto l'ulteriore attributo

diritto amministrativo, con la soggezione dei relativi atti alla normativa di diritto comune. Le fattispecie consensuali riconducibili al dettato dell'art. 11 si collocano, invece, in una zona grigia dove il ricorso allo strumento negoziale si configura, perlomeno nella configurazione astratta che dell'istituto fa la norma e al di là delle sue interpretazioni estensive ricordate nel precedente paragrafo, quale atto finale di una serie procedimentale astrattamente destinata a sfociare nell'adozione di un provvedimento, che se non può non incidere sul momento genetico dell'accordo è idonea a proiettare i suoi effetti sulla "vita" del medesimo e sui rapporti giuridici che per effetto dell'accordo vengono a instaurarsi. Se si accede a questa interpretazione⁷⁹, l'area di operatività delle due norme è nettamente distinta, dovendosi collocare l'accordo all'interno del raggio d'azione dell'attività amministrativa provvedimentoale, rispetto alla quale è chiamato a svolgere un ruolo sostitutivo o integrativo.

Ciò precisato, le due norme sono entrambe sintomatiche del progressivo ridimensionamento del ruolo dell'autorità nella disciplina complessiva dell'attività amministrativa e, correlativamente, implicano l'esigenza "scientifica" di sottoporre a

della esecutività, della sua idoneità a essere portato a esecuzione senza la necessità dell'intermediazione della funzione giurisdizionale. Cfr., ancora, F. G. Scoca, *op. loc. cit.*, 50.

⁷⁹ Non mancano sia in dottrina che in giurisprudenza interpretazioni di segno opposto che o valorizzano la previsione dell'art. 1 comma *1bis* al fine di massimizzare il rinvio alle norme civilistiche sancito dall'art. 11 ovvero danno una lettura convergente delle due norme considerandole espressione dello stesso fenomeno.

verifica la perdurante validità del principio ovvero di imporre un'attenta riconsiderazione.

Nella sua concezione originaria il principio di legalità è visto come strumento di garanzia dei singoli dalle ingerenze del potere pubblico e si declina nei due profili della cd. conformità formale, esprimente il dovere della pubblica amministrazione di agire solo sul presupposto dell'esistenza di una norma attributiva del potere ed entro i limiti da essa delineati, e della conformità sostanziale, che implica l'ulteriore soggezione alla disciplina sostanziale della legge di disciplina delle modalità di esercizio del potere. Si comprende, pertanto, come in un'ottica tradizionale⁸⁰, che può considerarsi ormai del tutto superata, esso sia stato considerato applicabile alla sola attività amministrativa di tipo autoritativo, considerando invece esclusa dal suo raggio d'azione l'attività amministrativa che si dispiega secondo moduli convenzionali. Al collegamento strumentale tra principio di legalità e attività autoritativa ha fatto poi seguito la declinazione dello stesso nei correlati corollari della tipicità e nominatività del provvedimento amministrativo.

Con l'evoluzione della forma di Stato, e nella specie con il passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale pluriclasse, e con il progressivo ampliamento del novero delle attività riconducibili agli apparati pubblici, anche il rapporto tra legge e attività

⁸⁰ Il riferimento è principalmente a M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1993, 87 ss.

amministrativa subisce una revisione concettuale e funzionale. Nell'elaborazione della scienza giuridica all'originario profilo di garanzia delle libertà individuali, che costituisce il nucleo originario del principio di legalità, viene ad affiancarsi un profilo ulteriore, comunemente noto come legalità-indirizzo, che si esprime nell'attribuzione alla legge del ruolo di strumento di indirizzo dell'amministrazione e della sua attività, attraverso la predeterminazione degli obiettivi che essa è chiamata a perseguire. Così letta, la legalità –indirizzo trova la sua specificazione nella teorizzazione del cd. vincolo di scopo⁸¹, nell'idea cioè della predeterminazione ad opera della legge degli scopi che la pubblica amministrazione deve perseguire nello svolgimento delle sue funzioni.

Inteso in questa seconda accezione, il principio di legalità è considerato applicabile anche all'attività amministrativa di diritto privato e all'attività consensuale, sul presupposto che anch'esse debbano considerarsi, in base alla nota teoria della funzionalizzazione, sempre preordinate al raggiungimento di finalità poste dalla legge in funzione della realizzazione dell'interesse pubblico.

⁸¹ Sul cd. vincolo di scopo, cfr. Marzuoli, *op. loc. cit.*, 143 ss., in particolare per il rilievo secondo cui il vincolo di scopo non può essere inteso come il vincolo a perseguire, genericamente, l'interesse pubblico né con il vincolo a perseguire il fine proprio di ogni potere amministrativo. Piuttosto il vincolo di scopo, inteso nella sua portata astratta e generale, va completato con quelle che l'Autore definisce le cd. indicazioni di scopo che possono promanare dalla stessa legge ovvero, anche in assenza di indicazioni legislative, da atti amministrativi che siano espressione di organi politico-rappresentativi.

Fatte questi brevissime premesse, si tratta di capire se in relazione all'attività amministrativa svolta mediante accordi il rapporto tra legge e amministrazione venga ad assumere nuovi profili d'interesse o comunque richieda riflessioni nuove.

Sotto il profilo della legalità-indirizzo e della funzionalizzazione dell'attività amministrativa al perseguimento degli scopi fissati dalla legge, il ricorso alla tecnica del consenso pone il delicato problema della verifica della conformazione concreta del pubblico interesse⁸² realizzata attraverso l'accordo. Ora se si considera che il principale strumento di questa verifica, nel caso dell'attività provvedimentale, è rappresentato dalla particolare forma del sindacato giurisdizionale che il giudice amministrativo, attraverso il canone dell'eccesso di potere, compie sull'esercizio della discrezionalità amministrativa al fine di accertare eventuali deviazioni dagli scopi assegnati, si comprende come il problema della "legalità" dell'amministrazione consensuale si concreti nell'individuazione dei caratteri e dei contenuti del sindacato giurisdizionale che si compie sull'accordo e della predicabilità rispetto ad esso dei vizi della funzione costruiti sul modello dell'atto unilaterale⁸³.

⁸² Cfr. M. A. Cabiddu, *Principio di legalità e amministrazione consensuale*, in *Amministrare*, n. 1-2/2008, 27 ss, dove si osserva come accanto al problema di evitare lo sviamento del potere attraverso la contrattualità, si pone l'ulteriore problema di conciliare la garanzia dell'interesse pubblico e la necessità del suo perseguimento con gli impegni assunti e con la tutela dell'affidamento della controparte.

⁸³ Vedi, cap. II, *sub* § 3.

L'esame dell'attività consensuale nel suo concreto svolgimento induce poi a sottoporre a revisione critica l'impostazione tradizionale secondo cui l'utilizzo della tecnica del consenso implichi un arretramento della legalità in funzione di garanzia: come si vedrà la diffusione della consensualità amministrativa, da un lato, non pone al riparo i singoli dalle "coartazioni" del potere pubblico, dall'altro, pone il problema di assicurare ai soggetti terzi estranei alla negoziazione adeguati mezzi di protezione delle proprie posizioni giuridiche soggettive ove incise dall'assetto degli interessi definito attraverso lo strumento pattizio. Sotto il primo profilo, può osservarsi come risulti ad oggi non sufficientemente esplorata la problematica relativa ai limiti del contenuto negoziabile, tanto in relazione all'accordo sostitutivo quanto in relazione a quello preliminare.

Ora se si considera che lo strumento negoziale viene di fatto impiegato per l'imposizione di obblighi, anche non previsti dall'ordinamento, ovvero per l'attribuzione ai privati di una posizione di vantaggio o, quantomeno, di una limitazione degli effetti sfavorevoli ad esso derivanti in esito all'esercizio dell'attività provvedimentale (sul punto vedi cap. II, *sub* § 1), si comprende come risulti indispensabile verificare che l'attribuzione di quei vantaggi o l'imposizione di quegli obblighi avvenga nel rispetto della legalità amministrativa che in sé ricomprende principi fondamentali quali l'imparzialità, la tutela dei terzi, l'obbligo di

rendere palesi e controllabili le decisioni pubbliche, il controllo sull'utilizzo delle risorse pubbliche ecc.

Sotto il secondo, si vedrà come il legislatore della novella del 2005 abbia introdotto un ulteriore momento di procedimentalizzazione nell'iter che conduce alla conclusione degli accordi procedimentali al fine precipuo di apprestare un atto a rilevanza esterna, perlomeno secondo l'opinione più diffusa, immediatamente impugnabile dai terzi che subiscano una lesione a seguito della scelta negoziale. Né si può trascurare l'ulteriore aspetto, ove alla conclusione di un accordo procedimentale si correli l'attribuzione di vantaggi e utilità da distribuire selettivamente tra più partecipanti, del possibile innesto sull'iter procedimentale che conduce all'accordo di procedure di scelta sul modello dell'evidenza pubblica, come attualmente previsto in materia di concessioni di servizi e come previsto in diverse leggi regionali in relazione a talune tecniche di urbanistica contrattata collegate a programmi complessi di trasformazione del territorio.

L'idea di fondo che qui si vuole esprimere è quella secondo cui se l'accordo realizza una tecnica di definizione di un assetto degli interessi in relazione ad ambiti di attività che la legge rimette alla "decisione" della sfera pubblica e che si realizza attraverso il concorso della discrezionalità amministrativa e dell'apporto partecipativo del privato, l'esito di questa attività di composizione dovrà avvenire nel rispetto delle finalità predeterminate dalla legge stessa e dei principi fondamentali che disegnano lo statuto giuridico

dell'attività amministrativa, nella sua dimensione funzionale e doverosa di attività di cura dell'interesse pubblico.

Non ci sembra pertanto che, nel campo degli accordi in base alla configurazione che ne fa la legge, possa sostituirsi, sulla base della predicata applicabilità ai rapporti obbligatori che in base ad essi si instaurano, possa rinunciarsi alla legalità amministrativa, intesa non tanto nel significato tradizionale della sottoposizione alla legge⁸⁴, ma nel significato più ampio di sottoposizione al quel "diritto" in cui si compendiano i tratti della specialità amministrativa che se, da un lato, ha fondato la supremazia della pubblica amministrazione dall'altro presenta profili di garanzia che sono naturalmente estranei alla "legalità civilistica"⁸⁵, e che si possono sintetizzare nelle categorie della legalità procedurale, dell'imparzialità, della trasparenza, della necessità del controllo giurisdizionale⁸⁶ e, oggi, nel rispetto dei principi comunitari

⁸⁴ Sulla crisi della legge e sulla sua dequotazione quale fondamento del principio di legalità, cfr. I. M. Marino, *Profili interpretativi dell'autonomia comunale*, in *Aspetti della recente evoluzione del diritto degli enti locali*, Quattrosoli, 2007, 73 ss.; B. Sordi, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in *Dir. amm.*, n. 1/2008, 1 ss.

⁸⁵ Sul perdurante significato di garanzia della specialità del diritto amministrativo e sulla differenza esistente tra legalità di diritto amministrativo e legalità di diritto privato, cfr. M. Mazzamuto, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2011, 463 ss.

⁸⁶ Di una legalità sempre più intesa come "rispetto del diritto" piuttosto che come rispetto della legge, parla B. Sordi, *op. loc. cit.*; Sull'idea della giustiziabilità quale contenuto centrale della legalità comunitaria costruita secondo categorie lontane dalla legalità dei sistemi continentali a diritto amministrativo, vedi art. 42 Carta di Nizza dove il diritto ad una buona amministrazione e a un trattamento equo e imparziale si specifica nei diritti di *hearing, access, giving e reasons* che, appunto, sembrano più evocare la

direttamente applicabili a tutta l'attività amministrativa in forza del richiamo operato dall'art. 1 della legge sul procedimento.

giustiziabilità che la legalità dell'amministrazione: cfr. sempre B. Sordi, *op. loc. cit.*, 6.

CAPITOLO II

Profili fondamentali di disciplina degli accordi procedimentali

1. Contenuto e funzione delle due figure di accordo procedimentale.

La disciplina recata dall'art. 11 contempla due fattispecie di accordo che si differenziano in relazione al diverso rapporto intercorrente tra momento consensuale ed esercizio del potere discrezionale. In premessa, può dirsi che gli accordi previsti dall'art. 11 sono qualificabili come accordi cd. "facoltativi" in quanto rappresentano solo un possibile esito dell'*iter* procedimentale alternativo all'adozione del provvedimento unilaterale. In questo senso, secondo un'opinione le figure rientranti nell'art. 11 dovrebbero essere tenute nettamente distinte dalle fattispecie di accordo cd. necessarie⁸⁷, ovvero da tutti quei casi, previsti da discipline settoriali, in cui è la legge stessa a prevedere che l'esercizio del potere amministrativo debba aver luogo attraverso atti convenzionali, escludendo una facoltà di scelta

⁸⁷ Sulla riconducibilità o meno di queste figure all'art. 11, cfr. le osservazioni di G. Greco, op. loc. cit., 155 ss.

tra soluzione negoziale o atto provvedimentale in capo alla pubblica amministrazione.

La lettera dell'art. 11 prevede che “in accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'articolo 10, l'amministrazione procedente può concludere , senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse , accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo”, così stabilendo un legame genetico tra accordo e provvedimento previsto dalla legge in relazione a quel determinato procedimento sul quale viene ad innestarsi la previsione generale della norma, nel senso che la fattispecie astratta di accordo è disegnata in funzione del provvedimento: in funzione integrativa o preparatoria quando l'accordo verte sul suo contenuto discrezionale, ovvero in funzione sostitutiva tutte le volte in cui l'accordo esaurisce la regolamentazione degli interessi sottostanti al procedimento, non rendendo necessaria l'adozione del provvedimento finale, ma costituendo esso stesso la fonte degli effetti giuridici che la legge ricollega all'adozione dell'atto provvedimentale che viene a sostituire. Se, dunque, può discutersi la tesi che esclude dal campo d'operatività dell'art. 11 le fattispecie a consenso necessario, così restringendo notevolmente la portata applicativa della norma⁸⁸, è tuttavia innegabile che la legge

⁸⁸ Sul punto, cfr., ampiamente, le considerazioni svolte nel capitolo III.

configura gli accordi amministrativi inquadrandoli in un contesto procedimentale naturalmente idoneo a sfociare nell'adozione di un atto unilaterale.

Al di là delle ricostruzioni possibili in ordine alla natura giuridica degli accordi, tale dato positivo ci appare incontrovertibile e costituisce altresì un elemento da cui poter trarre a livello interpretativo conseguenze utili nella comprensione dell'istituto.

Le figure di accordo disciplinate dall'art. 11 sono due e consistono, rispettivamente, nell'accordo cd. endoprocedimentale mediante il quale le parti determinano il contenuto discrezionale del provvedimento finale e nell'accordo cd. sostitutivo attraverso il quale viene concordato l'assetto di interessi, tradizionalmente rimesso alla cura unilaterale della pubblica amministrazione, in sostituzione del provvedimento astrattamente previsto dalla legge che dunque viene del tutto a mancare.

Ora, se si valorizza la sequenza procedimentale e il dato dell'esito conclusivo della medesima attraverso o meno l'adozione di un provvedimento unilaterale della pubblica amministrazione, risulta evidente la diversità delle problematiche applicative poste dalle due figure e il diverso rapporto in cui ciascuna si pone rispetto alla dialettica tra esercizio unilaterale della potestà amministrativa e esercizio in forma consensuale. Non manca tuttavia chi, disconoscendo l'importanza di questo dato, ritiene che entrambe le figure di accordo siano da ricondurre al generale

fenomeno dell'utilizzo da parte della pubblica amministrazione di strumenti negoziali in alternativa all'azione unilaterale condotta secondo i consueti parametri dello statuto giuridico di diritto pubblico. Questa opinione, sostenuta da parte della dottrina, enfatizza il ruolo costitutivo dell'accordo cd. endoprocedimentale e ridimensiona la decisività del dato fenomenico della sequenza accordo- provvedimento finale, ritenendo che con il provvedimento la pubblica amministrazione si limiti a dare esecuzione al negozio intervenuto senza compiere un'attività provvedimentale propriamente detta, ovvero senza esercitare alcun potere discrezionale. E' facile comprendere come questa lettura presupponga l'inquadramento privatistico dell'intero fenomeno degli accordi, cioè l'idea che la pubblica amministrazione venendo a patti con il privato consumi il proprio potere discrezionale persino nell'ipotesi in cui alla conclusione dell'accordo faccia seguito l'obbligo di adottare un provvedimento conforme che, pertanto, risulterebbe privo di autonomia sul piano giuridico e inidoneo a produrre effetti essendo questi ascrivibili all'accordo preliminare.

La ricostruzione prevalente, invece, interpreta la sequenza accordo endoprocedimentale- provvedimento finale riconoscendo valore assorbente sul piano della produzione degli effetti all'atto provvedimentale adottato dal soggetto pubblico in esecuzione di quanto concordato con la controparte privata: in quest'ottica gli accordi cd. preliminari danno vita a una fattispecie procedimentale

complessa che sottopone all'interprete, non tanto problemi di "tipicità" degli effetti scaturenti dall'esercizio in forma consensuale della potestà amministrativa e, dunque, di rapporto tra moduli consensuali e principio di legalità, nonché la delicata questione attinente alla tutela dei terzi estranei all'accordo, che sottostanno, insieme alla necessaria garanzia del perseguimento del pubblico interesse, al fenomeno della sostituzione del negozio all'atto provvedimentale tipico e che hanno indotto i primi estensori della legge 241/1990 a circoscrivere gli accordi sostitutivi alle sole ipotesi previste da una particolare disposizione di legge, quanto piuttosto il peculiare problema degli strumenti giuridici azionabili dal privato a fronte dell'inerzia della pubblica amministrazione successiva all'accordo ovvero a fronte dell'adozione di un provvedimento difforme da quanto concordato.

Ora, in linea di principio la legge stabilisce che questo tipo di accordo interviene sul contenuto discrezionale del provvedimento, risolvendo dunque in radice la questione circa la negoziabilità del potere discrezionale. Deve pertanto ritenersi che il contenuto suo tipico consista nel codeterminare, tenuto conto degli interessi rappresentati dal privato e in relazione agli obblighi che questi si impegna ad assumere nei confronti della parte pubblica, i profili discrezionali del provvedimento finale con il conseguente vincolo ad adottare in parte *de qua* un provvedimento conforme, giacché rispetto agli elementi dell'atto su cui è intervenuto l'accordo la pubblica amministrazione non potrebbe riesercitare la

propria discrezionalità in senso difforme. Con il provvedimento adottato “a valle” dell’accordo la pubblica amministrazione, nell’esercitare la funzione tipica connessa all’adozione di quel tipo provvedimento (funzione concessoria, ablatoria ecc.), conserva il proprio potere discrezionale in relazione a quegli elementi dell’atto estranei all’oggetto delle pattuizioni. L’esistenza di un provvedimento induce a ritenere altresì che in queste ipotesi si conservi intatto il regime giuridico afferente al provvedimento⁸⁹, ivi compreso l’esercizio di ulteriori poteri, previsti dalla legge, successivamente alla sua adozione.

Come si diceva, il principale profilo problematico connesso agli accordi endoprocedimentali attiene proprio al tipo di tutela fruibile dal privato nei casi di mancata adozione del provvedimento finale ovvero di provvedimento contrastante con l’accordo. Sappiamo bene che l’art. 11 sottopone entrambe le tipologie di accordo alla medesima disciplina giuridica: ne consegue che anche per gli accordi preliminari trovano applicazione i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti. Parte della dottrina ritiene che tra le norme applicabili debba ricomprendersi la previsione di cui all’art. 2932 del codice civile attinente all’esecuzione in forma specifica dell’obbligo di concludere un contratto. Questa tesi muove dall’impostazione secondo cui la conclusione dell’accordo, benché seguito dal provvedimento,

⁸⁹ In questo senso, chiaramente, G. Greco, op. loc. cit., 127 ss.

determini l'esaurimento del potere discrezionale della pubblica amministrazione⁹⁰: da esso nascerebbe in capo alla parte pubblica l'obbligo, da intendersi nei termini civilistici di obbligazione, a emanare un provvedimento conforme e in capo alla controparte privata sorgerebbe un vero e proprio diritto soggettivo azionabile ai sensi dell'art. 2932 cod. civ. Ricostruita in questi termini la vicenda, verrebbe meno la principale obiezione alla tesi dell'applicabilità dell'art. 2932 cod. civ. che affonda nel principio della separazione dei poteri, con il corollario dell'impossibilità per il giudice, sia esso giudice ordinario ovvero giudice amministrativo, di sostituirsi alla pubblica amministrazione nello svolgimento della potestà amministrativa al di fuori delle ipotesi tassative previste dall'ordinamento.

In senso opposto, ovvero assumendo che la sequenza accordo preliminare-provvedimento finale pur vincolando il potere discrezionale ne consenta il riesercizio, si riconosce al privato il ricorso agli strumenti classici di azione nei confronti dell'esercizio

⁹⁰ Il principale problema posto dall'accordo integrativo consiste proprio in questo: nel conciliare l'idea dell'irrinunciabilità ed inesauribilità del potere, specie in una fattispecie a formazione progressiva in cui al momento negoziale segue un'attività provvedimentale della pubblica amministrazione, con l'idea di vincolo che costituisce l'essenza di ogni negozio. Si tratta a ben vedere dell'aporia di fondo che grava sull'istituto dell'accordo procedimentale quale risultante dalla conformazione che ne fa la norma base e dal suo inquadramento nel sistema complessivo: il difficile equilibrio tra la necessità della cura permanente dell'interesse pubblico, insita nell'idea di funzione, e la stabilità del vincolo negoziale.

Per la difficile conciliabilità, già su un piano di teoria generale, tra potere e contratto cfr., F. Ledda, *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in *Foro amm.*, 1997, 1273 ss.

illegittimo del potere, quali il ricorso avverso il silenzio nei casi di inerzia e l'azione impugnatoria avverso il provvedimento difforme, unitamente alla tutela risarcitoria per i danni subiti a seguito dell'inadempimento. Il tema, pur essendo stato approfondito per lo più in sede dottrinale, è stato oggetto di una nota sentenza del Consiglio di Stato⁹¹ che, pur escludendo radicalmente l'azione ex art. 2932 cod. civ., ammette la possibilità per il privato di instaurare un'azione di accertamento dell'inadempimento dell'obbligo dell'amministrazione e una successiva azione di ottemperanza o risarcitoria, anche a prescindere dal previo annullamento del silenzio o dell'atto difforme. Tale ultima apertura è ammessa sul presupposto che all'amministrazione non residui alcuna discrezionalità in sede di adozione del provvedimento finale, potendosi così qualificare la relativa posizione in termini di vera e propria obbligazione.

A ben vedere, pertanto, dalla conclusione dell'accordo non deriverebbe in capo al privato un rafforzamento in punto di situazione giuridica tutelabile e strumenti azionabili rispetto all'ipotesi di un procedimento che, in difetto della soluzione negoziata, sfoci in un provvedimento limitativo della sua sfera giuridica ovvero nella mancata adozione del provvedimento ampliativo richiesto. Ora, il fenomeno della conclusione di accordi nel corso di un procedimento complesso al fine di favorire la rapida

⁹¹ Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2636 in *Urbanistica e appalti*, 2002, 1445 ss. con il commento di F. Manganaro, *Il difficile equilibrio tra autorità e consenso negli accordi procedurali*.

conclusione dello stesso ponendo al riparo l'amministrazione da impugnativa, è sempre esistito nella prassi dell'operato dei soggetti pubblici, ma in difetto di una norma che riconoscesse efficacia vincolante a queste pattuizioni l'amministrazione era sostanzialmente libera di concludere o meno il procedimento nella direzione auspicata. In questo quadro, il valore dell'art. 11 dovrebbe risiedere nell'attribuire efficacia costitutiva del vincolo all'accordo antecedente l'emanazione dell'atto e nell'assicurare, salva la facoltà di recesso prevista dal comma 4, la stabilità e la cogenza di questo vincolo⁹².

A margine di queste considerazioni si colloca la tesi dottrinale⁹³ di chi riconosce all'accordo endoprocedimentale una efficacia vincolante limitata solo al *quid* della successiva azione provvedimentale e non anche all'*an* ovvero tale da escludere l'obbligo della pubblica amministrazione di adottare il provvedimento "concordato" con il privato. L'obbligazione a carico dell'amministrazione, secondo questa opinione, vincola la stessa solo, ove liberamente si determini ad adottare il provvedimento finale, ad adottarlo con il contenuto pattuito con il privato.

⁹² Come affermato da M. Nigro "l'impegnatività delle convenzioni è connotato essenziale di esse, e tale impegnatività è legata al fatto che siano date le azioni necessarie per farla valere effettivamente", in *L'accordo nell'azione amministrativa*, Napoli, 1988, 79 ss.

⁹³ F. G. Scoca, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, n. 3/2002, 431 ss.

Quanto al contenuto e ai limiti dell'accordo preliminare, la questione problematica sottesa ad ambedue le sottospecie di accordo attiene alla possibilità di definire in sede pattizia condizioni più favorevoli per il privato rispetto a quelle conseguibili attraverso l'esercizio dell'autorità o, al contrario, alla possibilità di porre sul privato obblighi più gravosi rispetto a quelli derivanti dalla disciplina legale.

Su di un piano teorico, quella dottrina che valorizza l'ambientazione pubblicistica degli accordi e la necessità di assumere quale parametro di riferimento del ruolo ad essi riconosciuto dall'ordinamento il provvedimento tipico del quale determinano il contenuto discrezionale (nel caso degli accordi preliminari) o che sono chiamati a sostituire *in toto* (nel caso degli accordi sostitutivi) reputa che nella considerazione dei contenuti possibili degli accordi bisogna aver riguardo al regime legale tipico del provvedimento entro i cui limiti dovrebbero mantenersi le pattuizioni con i privati. In questo senso si ritiene che la negoziazione debba investire gli spazi "interni" alla discrezionalità amministrativa ma non i limiti esterni, legislativamente prefissati, che presiedono all'attribuzione del potere⁹⁴. E' evidente la preoccupazione sottostante all'ancoraggio dell'accordo al regime giuridico del provvedimento: conciliare l'esercizio della

⁹⁴ Cfr., V. Cerulli Irelli, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, n. 2/2003, 217 ss dove si afferma specificamente che "il contenuto dell'accordo in nessun modo può fuoriuscire da quelli che sarebbero stati i termini del contenuto del provvedimento da esso in tutto o in parte sostituito". Nello stesso senso, G. Greco, *op. loc. cit.*, 126 ss.

consensualità amministrativa con il principio di legalità, da un lato, e, dall'altro, garantire che l'azione amministrativa, pur se svolta secondo moduli negoziali, si svolga nel rispetto del principio di imparzialità che costituisce insieme al buon andamento lo statuto costituzionale dell'organizzazione amministrativa e, correlativamente, della sua azione.

Problematica questa che ha acquistato particolare vigore dopo l'avvenuta generalizzazione dell'accordo sostitutivo ad opera della legge 15/2005 e che si può schematizzare nei due estremi dell'atipicità dello strumento convenzionale e della tipicità del provvedimento. Ci si chiede, infatti, se la mancata predeterminazione della struttura e del contenuto degli accordi possa confliggere con il principio di nominatività dei provvedimenti amministrativi determinandosi, attraverso la scelta della soluzione pattizia, la possibilità di superamento dei limiti e delle garanzie che circondano, in base alla legge, l'esercizio dei poteri pubblicistici.

Il tema si collega, peraltro, alla funzione concreta cui l'accordo procedimentale è chiamato ad assolvere. Sul versante dell'"interesse" del privato, l'utilità pratica della figura dovrebbe consistere nel consentirgli o di "limitare" gli effetti sfavorevoli derivanti da un provvedimento limitativo della sua sfera giuridica, concordando con la pubblica amministrazione modalità di esercizio del potere tali da ridurre il sacrificio del privato entro i limiti consentiti dalle norme attributive del potere stesso, ovvero di

conseguire, tipicamente a fronte dell'assunzione di correlativi obblighi, vantaggi ulteriori o maggiori rispetto a quelli scaturenti dal provvedimento adottato unilateralmente.

Il problema si pone sul piano della legalità dell'azione amministrativa tutte le volte in cui, attraverso l'accordo, la pubblica amministrazione intenda porre sul privato obblighi più gravosi rispetto a quelli che avrebbe potuto imporre attraverso l'esercizio unilaterale del potere⁹⁵, trattandosi di capire se il consenso prestato dal privato costituisca un titolo sufficiente per superare il principio di legalità (in collegamento alla tesi dottrinale richiamata nel capitolo precedente che non considera applicabile all'attività consensuale il principio di legalità inteso come legalità-garanzia).

Al riguardo, occorre osservare che la nostra legislazione non contempla una previsione analoga a quella della legge tedesca sul procedimento che espressamente, con riferimento ai contratti di

⁹⁵ Il tema è stato indagato a livello giurisprudenziale soprattutto con riferimento ai cd. atti unilaterali d'obbligo in materia urbanistica. Sul punto Cass., SS. UU., 24 giugno 1992 n. 773, in *Foro It.*, Rep. 1992, che, in relazione alla deduzione in una convenzione di oneri di urbanizzazione in misura maggiorata rispetto alla misura legale, ha affermato che la convenzione che disciplina l'edificazione di un'area non è assimilabile a un contratto e deve essere assoggettata agli stessi limiti legali del corrispondente provvedimento amministrativo. In senso contrario Cons. Stato, sez. V, 29 settembre 1999, n. 1209 in *Foro it.*, rep. 1999 dove si afferma che il consenso del privato costituisce titolo idoneo all'assunzione di oneri esorbitanti rispetto alla disciplina legale. Cfr. di recente, Cons. Stato, sez. IV, 28 luglio 2005, n. 4015 (in *Urbanistica e appalti*, n. 3/2006, 337 ss.) dove si afferma, in relazione alla misura degli oneri di urbanizzazione determinati forfettariamente in una convenzione di lottizzazione e all'eventuale obbligo di adeguamento alle tariffe regionali, che i contenuti di una convenzione di lottizzazione devono considerarsi espressione dell'autonomia negoziale delle parti e del libero incontro delle rispettive volontà, anche in relazione a elementi predeterminati dalla parte pubblica, e che eventuali patologie del negozio possono farsi valere solo azionando gli strumenti di tutela previsti in caso di invalidità del contratto.

scambio, prevede (par. 56) che in essi la controprestazione del privato “deve essere adeguata rispetto all’insieme delle clausole contrattuali e stare in stretta connessione con la prestazione dell’autorità” nonché che “qualora si abbia diritto alla prestazione dell’autorità, può essere pattuita solo una controprestazione che, in caso di emanazione di un atto amministrativo potrebbe costituire ... il contenuto di una disposizione accessoria”.

A ben vedere, sotto questo profilo diventa dirimente la ricostruzione della manifestazione di volontà della pubblica amministrazione espressa nell’accordo e, correlativamente, il tipo di sindacato che su di esso il giudice è chiamato ad esercitare. Condivisibile ci appare quell’opinione secondo cui diventa decisivo stabilire se l’accordo inerisca o meno a una situazione di potere⁹⁶. Verifica questa che conduce a un risultato positivo tutte le volte in cui “a monte” dell’accordo si collochi la potestà della pubblica amministrazione di agire unilateralmente, in via autoritativa: in tutti questi casi – che, poi, secondo la lettura più rigorosa della norma dovrebbe rappresentare le ipotesi di accordo propriamente riconducibili all’art. 11 – deve reputarsi che la trattativa svolta dalle parti non possa considerarsi del tutto libera⁹⁷ e ci appare conforme

⁹⁶ In questo senso, A. Travi, *Accordi fra proprietari e comune per modifiche al piano regolatore e oneri esorbitanti*, in *Foro it.*, 2002, V, 274 ss.

⁹⁷ Di estremo interesse, le considerazioni svolte dal giudice amministrativo nella sentenza TAR Lazio Roma, sez. II, 4 febbraio 2010, n. 1524 dove, in relazione a un meccanismo di perequazione previsto dalle N.T.A. del nuovo Piano regolatore della città Roma, osserva come sia decisivo “stabilire in quale misura questa convenzionalità – pur colorata di profili pubblicistici – consenta di superare il principio di legalità”.

al sistema sottoporre l'accordo a un sindacato analogo a quello previsto per il provvedimento amministrativo, al fine di apprestare al privato la stessa tutela sostanziale riconosciutagli di fronte al provvedimento. Nello specifico, tale impostazione induce a ritenere che l'equilibrio tra le prestazioni reciproche dedotte in convenzione debba essere sindacato secondo le categorie pubblicistiche, attribuendo rilievo a vizi, tipicamente quelli riconducibili alle logiche dell'eccesso di potere, intraducibili in corrispondenti categorie civilistiche.

Alla medesima conclusione, quella cioè di ritenere che la decisione amministrativa formata in via consensuale sia assoggettata ad un sindacato condotto secondo gli stessi parametri di validità del sindacato che si svolge sull'attività svolta in forma provvedimentale, con riguardo precipuo alle e ai limiti del sindacato della discrezionalità amministrativa, perviene anche quella dottrina che valorizza l'aspetto della necessaria funzionalizzazione dell'attività consensuale, collegato alla legalità-indirizzo, e della conseguente verifica giudiziale del corretto perseguimento dell'interesse pubblico, così attribuendo rilievo a profili di invalidità dell'atto consensuale in termini di sviamento di potere o non corretta funzionalizzazione della fattispecie⁹⁸.

⁹⁸ Per questa considerazioni, cfr. ampiamente F. Cangelli, *op. cit.*, 216. A conclusioni simili perviene F. Fracchia, *L'accordo sostitutivo. Studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padova, 1998, 150 ss.

In questo senso, potrebbe essere valorizzato ai fini del sindacato il rispetto, nella definizione dei reciproci obblighi delle parti, dei criteri di ragionevolezza e di proporzionalità.

2. La determinazione preliminare: esigenze garantistiche e interessi tutelati.

La legge n. 15 del 2005⁹⁹ ha introdotto nel corpo dell'art. 11 il comma 4bis ai sensi del quale “A garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, in tutti i casi in cui una pubblica amministrazione conclude accordi nelle ipotesi previste al comma 1, la stipulazione dell'accordo è preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento”.

⁹⁹ Già anteriormente alla novella, parte della dottrina aveva indicato l'opportunità di far precedere l'accordo da un atto formale della p.a. che fosse esplicativo delle ragioni alla base della scelta della soluzione consensuale. In senso contrario Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2636, cit.: “Secondo un'impostazione restrittiva, l'accordo sarebbe poi sempre conseguente ad una decisione unilaterale dell'amministrazione di completare in via discrezionale il contenuto di un provvedimento che, altrimenti, potrebbe essere adottato in via unilaterale per cui dovrebbe sempre essere preceduto da una fase di scelta (del genere adozione di un atto di delibera a contrarre) che dia conto, con una motivazione apposita, delle ragioni per cui l'amministrazione scende dal piano pubblicistico autoritativo a quello privatistico. In tal modo esisterebbero sempre in sequenza procedimentale un provvedimento ed un contratto, una disciplina unilaterale seguita da una disciplina seguita da una disciplina convenzionale dei reciproci diritti ed obblighi. La prospettiva non può tuttavia essere accolta e non appare più rispondente al dettato normativo: l'azione autoritativa non è rimpiazzata dal principio del favor per il contratto, ma, nel testo della legge n. 241/1990, provvedimento e contratto sono posti sullo stesso piano quali esiti del procedimento partecipato. La legge prevede solo l'accordo (sia pure preliminare a un provvedimento negoziato nel suo contenuto), per cui non occorre postulare una precedente determinazione di tipo provvedimento (la determinazione pubblicistica di concludere l'accordo o di aderirvi)”.

Va, innanzitutto, precisato se l'innovazione riguardi entrambe le forme di accordo previste dall'art. 11. La lettera della legge, che non distingue tra l'una e l'altra tipologia facendo un generico rinvio al comma 1, sembra indurre a ritenere che essa sia sempre necessaria, tuttavia ragioni logiche hanno portato parte degli interpreti a valutarne in chiave estremamente critica l'applicabilità con riferimento all'accordo integrativo. Sia perché rispetto a quest'ultimo, essendo sempre seguito da un autonomo provvedimento, non sussisterebbero le esigenze garantistiche che, si ritiene, siano a fondamento della previsione, sia perché si produrrebbe un inutile aggravio della sequenza procedimentale – determinazione preliminare (che, come vedremo, si considera un vero e proprio provvedimento a rilevanza esterna), accordo, provvedimento - contrario allo spirito delle recenti riforme.

La *ratio* dell'innovazione in parola è stata per lo più ricondotta all'esigenza di apprestare, all'interno della serie procedimentale che conduce all'accordo, un atto immediatamente impugnabile¹⁰⁰ da parte di eventuali terzi. Quello della tutela dei terzi che possono subire pregiudizio per effetto dell'accordo costituisce un nodo nevralgico dell'istituto, con particolare riferimento agli accordi sostitutivi, e ha anche rappresentato un

¹⁰⁰ La dottrina prevalente ritiene che si tratti di un atto avente natura provvedimento a rilevanza esterna e quindi direttamente impugnabile. Non manca chi ne esclude l'immediata impugnabilità sul presupposto del suo carattere non direttamente lesivo, ritenendo che essa vada impugnata unitamente al successivo atto concretamente lesivo (vale a dire l'accordo sostitutivo, o il provvedimento emanato a seguito dell'accordo integrativo).

argomento forte a sostegno dell'inquadramento pubblicistico. Si è osservato, infatti, che una ricostruzione in termini pubblicistici dell'accordo sostitutivo consente di ammetterne l'impugnazione da parte degli eventuali terzi danneggiati¹⁰¹ (che, in difetto della soluzione consensuale, avrebbero potuto impugnare il provvedimento unilaterale) e di sottoporlo ad un sindacato analogo a quello degli atti amministrativi, quindi comprensivo di tutte le censure garantite dall'art. 113 co. 2 Cost¹⁰². Questa soluzione è parsa ai più preferibile rispetto alle conseguenze cui conduce una ricostruzione in termini civilistici che restringe l'area di tutela del terzo alla sola azione di nullità, dalla quale resterebbe fuori proprio l'eccesso di potere che costituisce il principale e più penetrante parametro di controllo della discrezionalità amministrativa (essendo l'eccesso di potere per sua natura intraducibile in un correlativo vizio di nullità civilisticamente apprezzabile).

L'introduzione di un momento provvedimentale antecedente l'accordo è stata così vista come una soluzione a questa problematica e, significativamente, è stata posta in stretta correlazione con il venir meno della riserva di legge riguardo agli accordi sostitutivi. Si è da questo punto di vista affermato¹⁰³ che, venute meno le preoccupazioni garantistiche di tutela dei terzi

¹⁰² Vedi , per approfondimenti, G. Greco, op. cit., 134 ss.

¹⁰³ Vedi, G. Manfredi, *La nuova disciplina degli accordi tra amministrazione e privati e le privatizzazioni dell'azione amministrativa*, in *Foro amm.- Cons. Stato*, 2007, 324 ss.

estranei all'accordo, non v'era più ragione di mantenere la restrizione suddetta.

Sulla funzione garantistica assolta dalla determinazione preliminare concorda la dottrina prevalente ritenendo che attraverso la sua introduzione il legislatore abbia inteso assicurare adeguata copertura alle esigenze di garanzia¹⁰⁴ e di controllo che la diffusione della consensualità amministrativa reca con sé sotto i due concorrenti profili dell'imparzialità, al fine di evitare che il consenso possa favorire forme di "cooptazione" tra interessi pubblici e interessi privati contrari allo statuto costituzionale dell'agire pubblico, e del buon andamento, al fine di consentire un controllo circa l'idoneità dello strumento convenzionale alla miglior cura dell'interesse pubblico.

La legge¹⁰⁵ tace circa il contenuto della determinazione preliminare: la dottrina prevalente ritiene che essa debba contenere, facendo proprie le risultanze dell'attività istruttoria posta in essere

¹⁰⁴ Cfr., B. G. Mattarella, *La nuova legge sul procedimento amministrativo*, in *Giorn. Dir. amm.*, n. 5/2005, 474 dove si osserva come l'introduzione della determinazione preventiva dimostra che "la legge vuole che le amministrazioni negozino, piuttosto che decidere unilateralmente, ma le esigenze di garanzia e di controllo fanno sì che la decisione di negoziare sia isolata e trattata come un provvedimento amministrativo".

¹⁰⁵ Indicazioni utili possono tuttavia trarsi dall'esame dei lavori preparatori della novella; una delle formulazioni della norma indicava infatti il contenuto della determinazione elencando partitamente i suddetti elementi: 1. il fine che l'accordo intende perseguire; 2. i costi e i vantaggi della scelta anche in relazione ai principi di economicità e di semplificazione dell'attività amministrativa; 3. l'oggetto dell'accordo, la forma e le clausole ritenute essenziali; 4. le modalità di scelta del contraente ove sia possibile la scelta tra più soggetti in relazione al contenuto dell'accordo e le ragioni che ne sono alla base; 5. la copertura finanziaria ed economica dell'impegno da assumere.

anche a seguito degli incontri svolti ai sensi del comma 1bis, l'esplicitazione delle ragioni che sono alla base della scelta della soluzione negoziata, il perché si è scelto di addivenire all'accordo. Si tratterebbe, insomma, dell'atto con cui l'amministrazione manifesta e motiva la propria volontà di concludere l'accordo, in alternativa o in aggiunta al provvedimento unilaterale. La funzione assolta da questo atto è meglio precisata ove ci consideri che alla stregua di ogni provvedimento amministrativo essa deve essere adeguatamente motivata: in questo caso la motivazione deve evidentemente riguardare, sulla base e in relazione alle risultanze istruttorie¹⁰⁶, le ragioni, di fatto e di diritto, che inducono l'amministrazione procedente a ritenere lo strumento consensuale più idoneo al raggiungimento del fine pubblico perseguito. Soprattutto, tenuto in debito conto il collegamento effettuato già dalla lettera della legge coi principi dell'imparzialità e del buon andamento, deve ritenersi che nel contesto di quest'atto la pubblica amministrazione debba dar conto dell'avvenuto apprezzamento delle ragioni di eventuali terzi e dell'assenza di pregiudizio a loro carico.

¹⁰⁶ Come osservato, cfr. E. Sticchi Damiani, *Gli accordi amministrativi dopo la legge 15/2005*, in AA.VV., *Riforma della legge 241/1990 e processo amministrativo*, a cura di M. A. Sandulli, Quaderni del Foro amministrativo – TAR, Milano, 2006, 34, quest'atto interviene a dare "maggiore trasparenza dell'azione amministrativa consensuale, potendosi produrre con la determinazione preliminare l'emersione dell'informalità delle trattative svolte a norma dei commi 1 e 1bis dell'art. 11 della legge 241/1990, nel senso che la determinazione preliminare dovrebbe, anzitutto, dar conto dei passaggi attraverso i quali ci si avvia a stipulare l'accordo".

Se vi è ampia convergenza di vedute circa il carattere di atto provvedimentale a rilevanza esterna della determinazione preventiva, diverso è il significato che ad essa viene attribuito nell'economia complessiva dell'attività amministrativa mediante accordi. Secondo un primo orientamento, la sua introduzione costituirebbe una conferma della natura pubblicistica¹⁰⁷ degli accordi procedurali introducendo un nuovo momento di ulteriore proceduralizzazione nella loro formazione. L'argomento, tuttavia, sembra provare troppo.

Invero, l'evoluzione recente del nostro sistema giuridico dimostra come, accanto a processi di privatizzazione dell'organizzazione e dell'attività dei soggetti pubblici, si stia delineando una linea di tendenza¹⁰⁸ che assoggetta tutte le attività svolte da pubbliche amministrazioni, indipendentemente dalla qualificazione in termini di attività privatistica o pubblicistica, all'osservanza di alcuni principi generali volti a garantire che esse si svolgano nel rispetto dei canoni costituzionali. In particolare, risulta particolarmente avvertita l'esigenza che le pubbliche amministrazioni esternino le ragioni poste a fondamento delle scelte compiute, al fine ultimo di renderle verificabili in sede giurisdizionale e di assicurare la tutela delle posizioni soggettive dei destinatari e degli eventuali terzi interessati. Da questo punto di

¹⁰⁷ Così, ad es. F. G. Scoca, *Accordi e semplificazione*, in *Nuove autonomie*, n. 3-4/2008, 557.

¹⁰⁸ Cfr., A. Maltoni, *Considerazioni in tema di attività procedurali a regime privatistico delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. amm.*, n.1/2011, 97 ss.

vista, il procedimento rappresenta una sorta di schema “neutro”, applicabile tanto alle attività disciplinate dal diritto privato¹⁰⁹ quanto a quelle disciplinate dal diritto amministrativo, attraverso il quale l’amministrazione adotta le proprie decisioni in modo che ne sia assicurata la trasparenza e il controllo. Accanto al procedimento, riveste altresì rilievo centrale l’obbligo di motivazione, sancito dall’art. 3 della legge sul procedimento quale componente indefettibile del provvedimento amministrativo, ma quale elemento di raccordo tra istruttoria e provvedimento, da un lato, e procedimento e processo, dall’altro, in quanto funzionale all’esercizio di un controllo giurisdizionale pieno dell’attività amministrativa conformemente agli artt. 24 e 113 della Costituzione.

Altri interpreti accostano la determinazione preliminare alla deliberazione a contrarre (ora determina a contrattare) propria delle procedure di evidenza pubblica, ritenendo che servano entrambe allo stesso scopo, concentrando in un momento anteriore alla stipula dell’accordo le componenti pubblicistiche dell’intera fattispecie e consentendo di superare le principali resistenze opposte all’inquadramento privatistico¹¹⁰ dell’accordo stesso. Si

¹⁰⁹ Si pensi, all’interno della disciplina dei rapporti di lavoro privatizzati alle dipendenze della pubblica amministrazione, alla procedimentalizzazione dell’azione disciplinare, alle disposizioni in materia di conferimento e/o revoca degli incarichi dirigenziali.

¹¹⁰ Vedi, G. Manfredi, op. cit. In senso critico, non si è mancato di rilevare che sembra riaffiorare in queste ricostruzioni la concezione dualistica (la scomposizione cioè del fenomeno degli accordi in due momenti separati e giustapposti: provvedimento e contratto di diritto comune) che risale alla teorica

sostiene cioè che la sua introduzione contribuisca a ridurre le differenze tra il procedimento che conduce alla stipula degli accordi ex art. 11 e la procedura di evidenza pubblica che sfocia nella conclusione del contratto di diritto comune.

Invero l'accostamento tra le due figure benché suggestivo appare improprio se solo si consideri la diversa natura e conseguentemente la diversa funzione assolta dai due atti all'interno delle rispettive serie procedimentali.

La determinazione a contrattare, introdotta dall'art. 192 del d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e ora disciplinata anche dall'art. 11, comma 2, del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163 "codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE", è un atto cui è riconosciuta una rilevanza meramente interna come testimoniato dalla relativa disciplina dell'organo competente alla sua adozione. Infatti, mentre l'art. 11 della legge sul procedimento stabilisce che la determinazione preventiva debba essere assunta dall'organo competente all'adozione del provvedimento finale, la determina a contrattare è assunta dal responsabile del procedimento di spesa che può non coincidere con l'organo competente all'adozione

della concessione-contratto e che si considerava ormai del tutto superata proprio per effetto della disciplina dettata dall'art. 11; sembra cioè venir meno la fungibilità tra atto e accordo che è stata l'idea alla base del progetto Nigro e del testo originario della legge: cfr. G. Sciallo, *Profili degli accordi tra amministrazioni pubbliche e privati*, in *Dir. amm.*, n.4/2007, 816. Nella stessa direzione, cfr., G. Pastori, *Attività amministrativa e tutela giurisdizionale nella legge n. 241/1990 riformata*, in *Le riforme della legge 241/1990 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, a cura di L.R. Perfetti, Padova, 2008.

dell'atto finale della procedura, ovvero con l'organo – il dirigente a norma dell'art. 107 dello stesso d. lgs. 267/2000, - che ha la capacità di manifestare all'esterno la volontà dell'ente. Ciò conferma la natura di atto endoprocedimentale, a rilevanza puramente interna della determina a contrarre, che nasce e trova la sua disciplina nel quadro delle regole di corretta gestione contabile del bilancio cui la stessa legge (art. 189 d. lgs. 163/2006) ricollega l'effetto fondamentale della prenotazione dell'impegno di spesa. Peraltro diversa risulta essere la collocazione all'interno della sequenza procedimentale: la determinazione preventiva presuppone un procedimento già avviato e istruito secondo i commi 1 e *1bis* dell'art. 11 legge 241/1990 e ne cristallizza il momento “decisorio” esternando il contenuto della negoziazione intervenuta con la/e parte/i privata/e. Così considerata essa sembra in sé riassumere contenuto e funzione e dell'atto interno iniziale e dell'atto esterno, questo sì a valenza provvedimentale, della procedure di scelta del contraente per l'affidamento dei contratti pubblici, venendo a costituire il presupposto della successiva stipulazione, così come il provvedimento di aggiudicazione costituisce il presupposto per la stipula del contratto d'appalto.

Ci si è chiesti¹¹¹ altresì se l'adozione della determinazione si ponga come necessaria solo nell'ipotesi in cui l'amministrazione intenda accogliere la proposta di accordo avanzata dal privato (in

¹¹¹ F. Cangelli, *Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione* a cura di N. Paolantonio, A. Police, A. Zito, Torino, 2005, 265 ss.

questo senso sembra, infatti, deporre la lettera della legge) e non già quando essa, respinta l'ipotesi di accordo, intenda procedere unilateralmente. Se cioè la p.a. sia chiamata ad esternare anche la decisione di non accettare la proposta di accordo o se, piuttosto, debba considerarsi all'uopo sufficiente la motivazione del provvedimento finale nella quale potranno confluire le ragioni di tale rifiuto. Questa questione dipende strettamente dall'individuazione dell'intero spettro delle esigenze di tutela che con l'introduzione della norma in esame il legislatore ha inteso soddisfare. Così se si ritiene che essa intende apprestare una tutela, per così dire anticipata, anche per il privato parte del procedimento¹¹² e proponente l'accordo, allora è giocoforza ammettere che essa debba essere assunta sia in caso di decisione positiva (scelta di concludere l'accordo), sia in caso di decisione negativa (scelta di agire autoritativamente). In quest'ultimo caso, dunque, il privato proponente non solo potrà impugnare direttamente la determinazione con cui la p.a. respinge l'ipotesi di accordo ma potrà, altresì, in caso di inerzia della p.a. sollecitare una decisione azionando il rito del silenzio.

¹¹² Già anteriormente al 2005, in dottrina si sosteneva che di fronte alla richiesta di un privato diretta alla conclusione di un contratto di diritto pubblico (nella specie contratto di concessione o contratto di lottizzazione) la pubblica amministrazione fosse tenuta, secondo le regole generali, a prendere in esame e valutare discrezionalmente la domanda e adottare infine al riguardo una decisione espressa e motivata. Cfr. E. Bruti Liberati, *op. cit.*, 127. Con tutta evidenza, entrambe le ipotesi richiamate sono casi di accordi "necessari" che non contemplano l'alternativa provvedimentale rispetto ai quali l'istanza che avvia il procedimento coincide con la richiesta alla conclusione della convenzione.

La lettera della norma sembra offrire un argomento che milita in senso contrario giacché collega l'adozione di quest'atto alla stipulazione dell'accordo stabilendo che "in tutti i casi in cui una pubblica amministrazione *conclude accordi* nelle ipotesi previste dal comma 1, *la stipulazione dell'accordo* è preceduta da una determinazione ...". Ciò non impedisce tuttavia all'interprete di diversamente individuare lo spettro degli interessi cui la norma mira ad apprestare tutela, verificando se l'interesse alla stipulazione della parte privata del procedimento che abbia sottoposto alla pubblica amministrazione una proposta di accordo a norma del comma 1 dell'art. 11, sia adeguatamente tutelato attraverso l'impugnativa del provvedimento finale del procedimento, considerato che, respinta l'ipotesi di accordo, la pubblica amministrazione è pur sempre tenuta a definire unilateralmente la procedura, stante l'obbligo generale di provvedere. Si tratta, probabilmente, di capire se allo stato attuale il nostro ordinamento tuteli l'interesse alla stipulazione in sé considerato¹¹³ ovvero se

¹¹³ Cfr., TAR, Puglia, Bari, sez. II, 10 luglio 2009, n. 1808 (in *Juris data-archivio giuridico*, Giuffrè, 2011) che qualifica la posizione del privato che aspiri alla stipulazione della convenzione edilizia di cui all'art. 7 della legge n. 10/1977 (ora confluito nell'art. 10 del T. U. edilizia) come un diritto soggettivo tutelato direttamente dalla legge, al verificarsi di determinate condizioni, senza necessità di intermediazione autoritativa da parte dell'amministrazione comunale, le cui eventuali determinazioni assumono carattere vincolato e sono espressione di attività non autoritativa riportata all'art. 1 comma 1*bis* e all'art. 11 della legge 241/1990. Cfr. altresì, Cass. Civ. SS. UU., 1 luglio 2009, n. 15388 che qualifica come di interesse legittimo pretensivo la posizione del privato che aspiri alla conclusione positiva del procedimento teso all'approvazione di una convenzione di lottizzazione, rispetto al quale si afferma l'illiceità della condotta inerte del comune e, secondo le regole giurisprudenziali note, l'eventuale responsabilità per danni.

esso non possa tenersi distinto dall'interesse al bene finale astrattamente suscettibile di essere soddisfatto attraverso l'alternativa provvedimento.

Un ultimo profilo da affrontare attiene all'esercizio dei poteri di autotutela decisoria nei confronti della determinazione preliminare. Nel silenzio della legge, non possono che trovare applicazione le regole generali che governano l'autotutela decisoria. Un possibile nodo problematico può essere rappresentato dalla speciale disciplina del recesso, quale forma di autotutela cd. legata che esclude l'applicabilità dell'istituto generale della revoca, che il comma 4 detta con riguardo agli accordi. E', infatti, lecito chiedersi se le esigenze sottese a tale speciale disciplina, consistenti nella volontà di presidiare la stabilità del vincolo garantendo un equilibrio tra carattere vincolante dell'accordo e inesauribilità del potere pubblico, possano ritenersi operanti anche rispetto alla determinazione con cui l'amministrazione accetta la proposta del privato manifestando la volontà di concludere l'accordo¹¹⁴. Strettamente connessa è la problematica riguardante le conseguenze dell'annullamento (sia esso conseguente ad impugnativa ovvero sia esso *ex officio*) o della revoca della determinazione preliminare sul successivo accordo ove già, *medio tempore*, stipulato. Sembrano profilarsi sul punto questioni

¹¹⁴ Ammettere la generale revocabilità della previa determinazione determinerebbe infatti la vanificazione delle esigenze di tutela che sono alla base della disciplina del recesso.

analoghe¹¹⁵ a quelle, oggetto di ampio dibattito giurisprudenziale, concernenti il rapporto tra caducazione (lato sensu intesa) dell'aggiudicazione e sorte del contratto. C'è da dire che una delle formulazioni della norma, poi non confluita nel testo definitivo della legge, in qualche modo disciplinava tale rapporto, stabilendo che "La mancanza o la nullità della determinazione di cui al comma 4bis comportano la nullità dell'accordo stipulato con la p.a. L'annullamento della medesima determinazione risolve l'accordo con effetto retroattivo anche nei confronti dei terzi, salva la disciplina dell'arricchimento senza causa. In ogni caso la p.a. agisce rispettando gli obblighi di correttezza e buona fede nello svolgimento delle trattative previste dagli articoli del codice civile".

Questi nodi interpretativi non possono che essere sciolti dalla prassi e, soprattutto, dall'applicazione giurisprudenziale. Al riguardo si può osservare come la determinazione preventiva finora non ha trovato, pur avendo dato adito ad un ampio dibattito in sede dottrinale, riscontri sul terreno applicativo. Le ragioni possono presumibilmente ricercarsi nella circostanza i principali esempi di "accordi procedimentali" che vengono all'attenzione della giurisprudenza sono rappresentati da figure, spesso accordi cd.

¹¹⁵ Cfr. Greco, op. cit., 237, secondo cui nel caso degli accordi l'annullamento dell'atto contenente la manifestazione di volontà della p.a. di concludere l'accordo non può che colpire direttamente quest'ultimo. E', inoltre, criticato l'accostamento con le procedure di evidenza pubblica, mancando, nel caso degli accordi, un'autentica scissione tra fase pubblicistica (di formazione della volontà dell'amministrazione o soggetti equiparati) e fase privatistica successiva, trattandosi di una fattispecie unitaria di esercizio in via consensuale del potere.

“necessari”, preesistenti alla legge sul procedimento la cui formazione è oggetto di discipline settoriali contenenti una disciplina “speciale”, rispetto alle quali, come vedremo, l’art. 11 è valorizzato soprattutto al fine di radicare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

3) La disciplina applicabile: diritto civile e “cautele pubblicistiche”.

Come in più occasioni osservato, l’introduzione della figura degli accordi procedurali ha prevalentemente concentrato l’attenzione degli interpreti sui profili dogmatico inerente la natura giuridica degli accordi stessi e, correlativamente, sul tentativo del loro inquadramento sistematico in relazione alla tradizionale distinzione tra diritto pubblico-amministrativo e diritto privato. Si registra, invece, in generale una minore attenzione al diverso profilo dell’individuazione del complesso di disciplina ad essi applicabile oppure si lega l’individuazione della suddetta disciplina alla previa adesione alle due principali opzioni di fondo che si contendono il campo nella ricostruzione della figura: rispettivamente, la tesi pubblicistica e quella privatistica.

In termini di stretto diritto positivo, l’art. 11, da un lato sottopone gli accordi ad una serie di regole di chiara ispirazione pubblicistica in quanto inerenti alla loro collocazione genetica nel contesto di un procedimento amministrativo soggetto, in quanto

tale, al corpo di regole dettato dalla stessa legge sul procedimento oltre che da eventuali discipline settoriali concernenti procedimenti relativi a materie determinate che derogano o integrano la disciplina generale recata dalla legge 241/1990, dall'altro detta, al suo secondo comma, la norma secondo cui ad essi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili.

La previsione circonda l'applicabilità delle norme civilistiche con una serie di cautele e limitazioni tali da indurci a ritenere che il legislatore, consapevole del problema della qualificazione giuridica della figura introdotta, abbia inteso rimettere all'interprete l'opera di individuazione in concreto delle norme applicabili tenuto conto delle interferenze tra scelta del modulo consensuale ed esigenze connesse allo stretto collegamento tra accordi ed esercizio della discrezionalità amministrativa. Il triplice ordine di limiti cui è sottoposto il rinvio alle norme civilistiche si presta poi a interpretazioni assai divergenti circa l'ampiezza e la reale portata di ciascun limite, tali da condizionare fortemente la concreta latitudine del rinvio stesso.

Ampia parte della dottrina ravvisa nella previsione in commento un argomento significativo a favore della ricostruzione pubblicistica dell'istituto: si afferma che la necessità di una previsione siffatta, corredata peraltro da limiti che sostanzialmente rimettono all'opera ermeneutica del giurista l'individuazione concreta delle norme applicabili, costituirebbe prova della mancata

volontà legislativa di ascrivere gli accordi procedimentali al *genus* contrattuale.

Invero, al di là del riconoscimento o meno della natura propriamente contrattuale della figura, la necessità di una previsione siffatta appare pur sempre, in linea puramente teorica, giustificabile alla luce del fatto che l'art. 11 contiene una disciplina generalissima nella quale, a seconda del contenuto degli accordi e in particolare a seconda del contenuto delle obbligazioni che le parti assumono, possono confluire fattispecie che, da un punto di vista civilistico, risultano difficilmente inquadrabili in contratti tipici o, anche, nelle figure di contratti atipici diffuse nella prassi delle libere contrattazioni economiche. E' innegabile, infatti, che il contesto originario in cui nascono, la collocazione all'interno di un procedimento che presuppone una potestà amministrativa in capo alla parte pubblica esercitabile attraverso atti unilaterali, vale a caratterizzare questa figure negoziali, benché astrattamente riconducibili allo schema dei contratti a prestazioni corrispettive piuttosto che a quello dei contratti con obbligazioni a carico di una sola parte, in termini affatto peculiari tali da giustificare uno statuto speciale¹¹⁶.

Da una prospettiva opposta si colloca l'opinione di quanti, partendo dall'assunto della natura privatistica degli accordi, reputano che la particolare regola dettata dal comma 2 dell'art. 11,

¹¹⁶ Vedi ad es. F. G. Scoca, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.* n. 3/2002, che definisce gli accordi sostitutivi come "atti consensuali a disciplina codicistica limitata e integrata con fonti diverse: sono cioè accordi di diritto speciale".

lungi dal rappresentare la necessità di mediare tra i due poli del consenso e della funzione compresenti negli accordi procedimentali, debbano leggersi alla stregua di mere deroghe all'applicabilità generale delle norme codicistiche tali da dar vita a un regime speciale di disciplina analogo a quello che caratterizza anche taluni contratti, ascritti pacificamente all'attività contrattuale di diritto privato della pubblica amministrazione.

Dirimente, ci sembra, quanto alla portata sistematica da attribuire alla previsione in commento nell'economia complessiva della ricostruzione della fattispecie dell'accordo procedimentale, il previsto vaglio di compatibilità.

Ora, è da respingere la tesi che collega la verifica di compatibilità con il necessario perseguimento, attraverso l'accordo, dell'interesse pubblico¹¹⁷ nel senso che l'interprete sarebbe chiamato ad applicare le norme civilistiche solo in quanto la loro applicazione sia idonea a soddisfarlo. Deve, difatti, ritenersi che tale verifica di compatibilità tra impiego dello strumento consensuale e interesse pubblico sia, in concreto, compiuta dalla pubblica amministrazione al momento della scelta tra

¹¹⁷ In collegamento con quella tesi dottrinale secondo cui l'interesse pubblico, solennemente richiamato dall'art. 11, rappresenterebbe un requisito della fattispecie rilevando sotto il profilo della causa del contratto, secondo lo schema dell'art. 1325 cod. civ., in modo da rendere nullo, ex art. 1418 co. 2, cod. civ. l'accordo concluso in difetto o in contrasto con lo stesso. In questo senso, cfr. F. Tigano, *op. loc. cit.*, 328 dove si afferma chiaramente che essendo gli accordi teleologicamente, per la loro natura intrinseca, orientati al fine pubblico, l'eventuale deviazione da codesto fine rilevarebbe *sub specie* di nullità dell'accordo stesso. Criticamente, cfr. F. G. Scoca, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, n. 3/2002, 448.

provvedimento o accordo nell'esercizio della sua discrezionalità, e possa essere "rimeditata" dalla stessa entro i limiti e in presenza delle condizioni per l'esercizio della speciale facoltà di recesso contemplata dal comma 4, ma non possa entrare nelle valutazioni del giudice al fine di stabilire se una determinata norma di diritto civile sia o meno applicabile alla fattispecie devoluta alla sua cognizione. Né può riduttivamente intendersi come verifica dell'assenza di disposizioni di segno contrario, ovvero dell'assenza di una disciplina particolare applicabile agli accordi tale da ostare alla generale applicabilità delle norme di diritto privato in materia di obbligazioni e contratti. Tale eventualità è contemplata dall'ulteriore cautela che assiste il rinvio operato dal comma 2 ai sensi del quale le disposizioni civilistiche si applicano salvo che la legge disponga altrimenti¹¹⁸: clausola idonea a ricomprendere le prescrizioni particolari dettate dallo stesso art. 11 (con riferimento ad esempio alla forma degli accordi che sono ex lege sempre soggetti alla forma scritta, a pena di nullità, rendendo perciò inapplicabile la previsione generale di cui all'art. 1350 del codice civile che sancisce l'opposto principio della libertà della forma in materia contrattuale) oltre che ogni diversa disposizione di legge dettata con riferimento a fattispecie "tipiche" di accordi tra privati e

¹¹⁸ La dottrina che ricostruisce in termini privatistici l'istituto in esame tende invece ad interpretare la clausola di incompatibilità come criterio di soluzione dei conflitti tra norme, nel senso che le norme generali dettate dal codice civile sarebbero applicabili in assenza di disposizioni "speciali" specificatamente dettate per queste tipologie negoziali. Cfr., di recente, M. Renna, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. amm.*, n. 1/2010, 33.

pubblica amministrazione riconducibili al modello dell'art. 11 ovvero, con funzione analoga all'attuale art. 11, con riferimento alla fattispecie generale degli accordi procedimentali.

La clausola di compatibilità¹¹⁹ è per lo più interpretata, in sede dottrinale, come espressione dell'esigenza di verificare l'applicabilità delle norme del codice civile in relazione alle particolari esigenze di ordine pubblicistico che, secondo l'opinione prevalente, sono connaturate agli accordi ex art.11¹²⁰, ovvero come apprezzamento della "coerenza" tra norme civilistiche astrattamente applicabili e lo "statuto pubblicistico" che sarebbe immanente agli accordi condizionandone struttura e contenuto.

Si comprende pertanto come sia attribuito un potere ricostruttivo estremamente ampio all'interprete dovendosi affermare che, in base al tenore dell'art.11, l'applicazione delle norme civilistiche è il frutto di una complessa operazione ermeneutica: non è sufficiente, infatti, la qualificazione della fattispecie concreta quale accordo procedimentale ,ma l'interprete è chiamato a compiere delle verifiche ulteriori che trovano nella "concorrente"disciplina pubblicistica, sia essa esplicitata in prescrizioni normative specifiche sia essa ricavata dal complesso di disciplina che il diritto amministrativo detta con riferimento

¹¹⁹ Secondo G. Greco, *op. loc. cit.*, 229, il criterio della compatibilità deve intendersi nel senso che la disciplina civilistica può applicarsi in funzione integrativa e complementare per tutti quegli aspetti non coperti dalla disciplina pubblicistica.

¹²⁰ Cfr., E. Bruti Liberati, *Consensus e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, 1996, 266.

all'azione provvedimentoale "tipica" a integrazione o in sostituzione della quale sia stato concluso l'accordo, il termine ultimo di raffronto.

Considerazioni analoghe sono imposte dall'espresso richiamo operato ai "principi" del codice civile e non anche alle norme propriamente dette. E' preferibile la tesi secondo cui l'espressione "principi" sia da intendere in senso ampio, con riferimento alle norme generali in materia di obbligazioni e contratti ovvero con quelle disposizioni che si applicano alla generalità delle obbligazioni e dei contratti, e non con riguardo esclusivo ai soli principi in senso proprio e stretto che potrebbero ridurre notevolmente lo spettro di norme applicabili. Nondimeno, la tecnica normativa adottata è indice della volontà del legislatore di applicare le norme di diritto civile non in base al meccanismo "normale" di interpretazione e applicazione della legge, conseguente alla operazione di sussunzione di una fattispecie concreta nella corrispondente fattispecie normativa astratta, quanto piuttosto di un'attività interpretativa complessa resa necessaria dalla caratterizzazione peculiare degli accordi procedimentali quali forme di esercizio della funzione attraverso il ricorso al consenso, attraverso un atto bilaterale che ripete lo schema proprio dei rapporti giuridici di diritto privato. Il richiamo ai principi è stato così letto in correlazione alla verifica di compatibilità nel senso di richiedere all'interprete, nelle ipotesi in cui sia ravvisato un contrasto tra principi civilistici e statuto pubblicistico, di tentare

una composizione, attraverso un'operazione di bilanciamento, tra i due complessi normativi¹²¹.

In ultima analisi, a conferma del carattere tutto sommato “compromissorio” della clausola di rinvio alle norme civilistiche, occorre considerare che anche la dottrina¹²² che ricostruisce gli accordi procedimentali in termini rigorosamente pubblicistici, ancorandoli all'istituto teorico del contratto di diritto pubblico, individua nella previsione in commento la “norma di chiusura” della categoria degli accordi procedimentali, ritenendo che le limitazioni all'applicabilità delle regole di diritto comune debbano essere giustificate solo da specifiche esigenze collegate all'esercizio della funzione amministrativa e che, in difetto di una disciplina di stampo amministrativo specialmente dettata per gli accordi e delle esigenze di tipo pubblicistico nei termini testè richiamati, debba riconoscersi la piena e generalizzata applicazione delle regole civilistiche.

Il problema dell'individuazione della disciplina applicabile agli accordi procedimentali, finora analizzato in chiave teorica, viene ad acquistare particolare rilievo pratico con riferimento al

¹²¹ In questo senso V. Sala, *Accordi sul contenuto discrezionale del provvedimento e tutela delle situazioni soggettive*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 238 ss dove testualmente si afferma “quello che distingue i principi dalle norme e il fatto che mentre le antinomie tra le seconde vanno risolte in termini di esclusione, dovendo individuarsi la sola norma applicabile, le antinomie tra i principi danno luogo ad un rapporto piuttosto di compressione ed espansione, nel senso che i principi non si escludono ma si bilanciano, si contemperano”. Cfr., anche, F. Tigano, *op.loc. cit.*, 233 ss. dove si parla di un fenomeno di sostanziale integrazione tra disciplina pubblicistica e privatistica.

¹²² Tra gli altri, ad es. E. Bruti Liberati, *op. cit.*, 268.

regime di invalidità e all' esecuzione delle obbligazioni da essi nascenti. La ragione è evidente: la ricerca del consenso con gli amministrati realizza l'interesse ad una sollecita azione amministrativa nella misura in cui pone la stessa al riparo da azioni giurisdizionali volte a contestarne la legittimità. Si afferma, infatti, che con il raggiungimento dell'accordo il privato (questa considerazione vale in primo luogo per gli accordi endoprocedimentali in quanto seguiti da un provvedimento astrattamente impugnabile secondo le regole generali) presterebbe una sorta di acquiescenza preventiva tale da precludergli di agire in giudizio per contestare l'assetto di interessi codeterminato. Naturalmente, il raggiungimento dell'accordo non pone al riparo da azioni giurisdizionali volte a sindacare la validità dello stesso o volte a sanzionare il mancato o inesatto adempimento degli obblighi da esso scaturenti. E sotto questi principali profili che, dunque, si pone a livello pratico il problema del regime giuridico applicabile alle relative controversie.

Il primo profilo è stato per lo più oggetto di approfondimento in sede dottrinale. Nel silenzio della legge, può in prima battuta osservarsi che, astrattamente, il regime di validità degli accordi possa, alternativamente, assimilarsi al regime di validità proprio dei provvedimenti amministrativi ovvero a quello proprio dei contratti. La configurazione complessiva degli accordi che fa la legge legittima entrambe le soluzioni. Pertanto, ancora

una volta diventa decisiva l'adesione all'una o all'altra delle due opzioni di fondo in relazione alla natura giuridica loro ascritta.

Chi attribuisce rilevanza agli aspetti pubblicistici della figura ritiene che gli accordi seguano il regime dell'atto amministrativo cui accedono o che sostituiscono, affermando così la predicabilità rispetto ad essi dei vizi propri degli atti amministrativi¹²³ e la conseguente assoggettabilità ad un analogo sindacato condotto secondo il consueto parametro dell'illegittimità e, ora, della nullità ex art. 21^{septies}.

All'opposto, la ricostruzione dell'accordo quale contratto di diritto comune porta con sé, invece, l'idea di una considerazione dei relativi stati invalidanti secondo le categorie civilistiche: per cui si afferma che gli eventuali vizi di legittimità del "corrispondente" provvedimento dovrebbero farsi valere o *sub specie* di ipotesi di nullità per violazione di norme imperative ovvero *sub specie* di vizi del consenso.

Invero la tesi secondo cui eventuali "patologie" originarie dell'accordo potrebbero farsi valere solo attraverso le categorie civilistiche dell'annullabilità e della nullità negoziali sconta il limite difficilmente superabile di sottrarre al sindacato sugli accordi

¹²³ In senso contrario, cfr. F. Tigano, *op. loc. cit.*, il quale pur riconoscendo la valenza pubblicistica degli accordi interpretati come una modalità dell'agere amministrativo che si colloca in mezzo alla dialettica tradizionale tra provvedimento e contratto, afferma sul versante "interno" del rapporto tra le parti dell'accordo la radicale incompatibilità tra la figura dell'accordo e la categoria giuridica dei vizi di legittimità che sono "pensati" in funzione di atti amministrativi unilaterali e dunque nella prospettiva di apprestare tutela a interessi lesi da provvedimenti autoritativi.

quegli eventuali vizi, tipicamente attinenti all'esercizio della discrezionalità amministrativa, rilevanti per il diritto amministrativo sotto il profilo dell'eccesso di potere¹²⁴. Occorre altresì considerare che le regole che presiedono alla formazione della volontà della pubblica amministrazione sono difficilmente conciliabili con la normativa civilistica riguardante i vizi del volere e le correlative ipotesi di annullabilità dei contratti. Piuttosto, nel caso della formazione della volontà della pubblica amministrazione a rilevare sono le norme che regolano l'esercizio della potestà amministrativa, le cd. norme d'azione, la cui violazione potrà assumere rilievo in termini civilistici solo assumendone la natura di norme imperative ai sensi dell'art. 1418, comma 1, cod. civ. che sancisce la nullità del contratto in caso di contrarietà a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente.

Ciò posto, se partiamo dalla ovvia considerazione che l'essenza dell'accordo procedimentale consiste nella condivisione della regolamentazione degli interessi coinvolti in esso, a ben vedere il problema delle possibili deviazioni dell'azione consensuale rispetto ai parametri che regolano l'esercizio del potere discrezionale e della sindacabilità dell'accordo sotto il profilo dell'eccesso di potere si pone come decisivo nell'ottica

¹²⁴ Sulla necessità per la scienza giuridica di interrogarsi circa la riferibilità dell'eccesso di potere, inteso quale vizio della concretizzazione discrezionale degli interessi pubblici, non solo all'atto amministrativo in senso stretto e proprio ma all'attività amministrativa globalmente considerata quale concreto svolgimento della funzione, cfr. I. M. Marino, *Giudice amministrativo, motivazione degli atti e "potere" dell'amministrazione*, in *Foro amm.- TAR*, 2003, 339 ss.

“esterna” all’accordo della tutela dei terzi¹²⁵ e v’è da chiedersi se, verosimilmente, non abbia in parte perso importanza con l’introduzione nel 2005 della previa determinazione quale atto di esternazione della volontà amministrativa di adottare la soluzione negoziata. Ciò dipende dal reale contenuto della medesima, ossia dalla sua attitudine a porsi quale sede in cui l’amministrazione evidenzia non solo l’an della soluzione negoziata ma sì anche l’assetto d’interessi che si andrà a determinare mediante l’accordo e, dunque, correlativamente dalla sua immediata capacità lesiva e conseguente immediata impugnabilità.

Sul tema del regime d’invalidità riferibile agli accordi amministrativi ci sembra utile soffermarci su una recente sentenza del giudice amministrativo¹²⁶ che applica la previsione di cui

¹²⁵ In verità la questione assume rilievo anche nell’ottica della parte pubblica stante il dovere connesso alla funzione di garantire sempre il perseguimento dell’interesse pubblico e si collega al tema anch’esso discusso della possibilità per la pubblica amministrazione di esercitare rispetto all’accordo l’autotutela decisoria e, in particolare, stante il sostanziale assorbimento della fattispecie tradizionale della revoca nella speciale facoltà di recesso sancita dal comma 4, il potere di annullamento d’ufficio. Così ad esempio anche quella dottrina (cfr. F. Tigano, 328) che afferma l’incompatibilità tra moduli consensuali e vizi di legittimità, ritiene che ai terzi debba essere riconosciuta l’azionabilità in giudizio nei confronti dell’accordo dei tipici vizi di legittimità del provvedimento amministrativo.

¹²⁶ Cons. Giust. Amm. Regione Siciliana, 28 luglio 2011 n. 226. La vicenda da cui trae origine riguarda un accordo intervenuto, successivamente all’annullamento giurisdizionale dell’affidamento del servizio idrico integrato a una società mista per assenza nella procedura di affidamento del requisito della cd. “doppia gara”, tra alcuni Comuni dell’Ambito Territoriale Ottimale per la gestione del servizio idrico (che avevano agito vittoriosamente per l’annullamento dell’affidamento del servizio pubblico), Il Presidente del Consorzio, il Presidente della Provincia di riferimento e la società affidataria, con il quale sostanzialmente veniva “confermato” l’affidamento alla società mista costituita per la gestione del servizio. Il giudice di primo grado, disattendendo l’argomento sostenuto dalle parti resistenti in ordine alla

all'art. 21^{septies} a un accordo ascritto alla previsione normativa di cui all'art. 11. Decisivo è il passaggio in cui il giudice procede a una lettura congiunta degli artt. 11 e 21-^{septies} sottoponendo a verifica la possibilità di applicare quest'ultima norma, che sul piano letterale riferisce il nuovo regime di nullità al “provvedimento” , agli atti di amministrazione consensuale e decidendo nel senso della riferibilità alla nozione di provvedimento amministrativo delle fattispecie consensuali¹²⁷ tra cui figurano gli accordi *ex art. 11*, “i quali, anche nel caso in cui si configurino come “sostitutivi” di un provvedimento, possono essere conclusi soltanto in presenza di una chiara attribuzione *ex lege* di un preciso potere autoritativo all'amministrazione che ne promuova la stipulazione o che comunque concorra alla convenzione”, richiamandosi poi espressamente a quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza 204/2004 (già più volte richiamata nel corso del presente lavoro e sulla quale ci si soffermerà nella parte finale di questo capitolo).

qualificazione dell'accordo nei termini di un contratto di transazione di diritto privato, lo riconduce al dettato dell'art. 11 legge 241/1990 e, affermata la propria giurisdizione, applica all'accordo la sanzione della nullità perché adottato in violazione del giudicato. Il giudice dell'appello, confermata l'appartenenza della lite alla giurisdizione amministrativa trattandosi di esaminare la liceità di un accordo procedimentale del quale era stata dedotta la nullità per violazione del giudicato *ex art. 21 –septies*, respinge i ricorsi e conferma la nullità dell'accordo.

¹²⁷ Sull'evoluzione del concetto di provvedimento amministrativo, anche in relazione alla possibilità introdotta dall'art. 11 della sua predeterminazione o sostituzione mediante un atto consensuale, cfr. in generale F. G. Scoca, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, n. 1/1995, 1 ss.

La reale operatività del rinvio operato dall'art. 11 ai principi civilistici è stata testata dall'applicazione pratica dell'istituto che fa la giurisprudenza con riguardo precipuo all'individuazione delle norme applicabili alla fase esecutiva degli accordi con particolare riferimento all'eventuale inadempienza delle parti.

E' affermazione diffusa in dottrina quella relativa alla scarsa diffusione degli accordi procedurali desumibile dalla esigua produzione giurisprudenziale sviluppatasi sulla norma a distanza ormai di tanti anni dalla sua introduzione e nonostante la grande attenzione suscitata tra i giuristi: difficile dire se ciò dipenda da resistenze all'utilizzo della soluzione negoziata da parte della pubblica amministrazione o dalla circostanza che difficilmente, per la funzione cui assolvono, gli accordi recano con sé la conflittualità che è invece propria dei rapporti tra amministrazione amministrati regolati secondo tecniche di regolamentazione degli interessi di tipo autoritativo, salvi ovviamente i casi in cui una delle parti viene meno agli obblighi assunti con l'accordo. Su questo piano, si può registrare una sostanziale convergenza di vedute nel considerare applicabili le norme sull'adempimento delle obbligazioni e quelle sulla risoluzione del contratto¹²⁸, ivi comprese le norme sul risarcimento del danno per responsabilità contrattuale.

¹²⁸ Cfr. Cons. di Stato, sez. V, 27 gennaio 2006, n. 236 (in *Urb. e app.*, n. 8/2006) relativa ad una convenzione integrativa di una concessione di servizio pubblico avente ad oggetto l'accertamento e la riscossione di tributi comunali che il giudice riconduce alla figura dell'accordo sostitutivo di cui all'art. 11.

In generale, si afferma che mentre nella fase preparatoria degli accordi si assiste allo svolgimento di un vero e proprio procedimento amministrativo in cui trovano applicazione le norme specifiche recate dallo stesso art. 11 oltreché le norme generali che regolano lo statuto dell'azione amministrativa, i rapporti propri della fase esecutiva, stante la "consumazione" del potere discrezionale e l'instaurazione di un vincolo obbligatorio tra le parti, ricadrebbero interamente sotto il diritto civile.

Nondimeno da più parti si tende a riconoscere, ancorché da prospettive diverse, la sussistenza di potestà amministrative esercitabili dopo la conclusione dell'accordo e idonee a incidere sul rapporto di durata da esso scaturente.

Autorevole dottrina osserva, al riguardo, che la p.a. rimane titolare nella fase di esecuzione di vere e proprie potestà¹²⁹,

Pertanto, facendo applicazione ex co. 2 dei principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, esclude che, in difetto di clausole espresse, la parte pubblica possa unilateralmente "dichiarare" la risoluzione del contratto sulla base dell'inadempimento della controparte. Piuttosto è compito del giudice, secondo le regole civilistiche, valutare la sussistenza dell'inadempimento e della sua "non scarsa importanza".

¹²⁹ In giurisprudenza, cfr. TAR Umbria, 24 marzo 1999, n. 218 secondo cui "L'impegno contrattualmente assunto dall'amministrazione, ove abbia per oggetto l'esercizio di pubbliche potestà, non è vincolante in senso assoluto, e non attribuisce un diritto soggettivo incondizionato alla controparte privata. L'efficacia obbligatoria del contratto cede, infatti, nei confronti dell'esercizio dei pubblici poteri: a condizione però che si tratti di un interesse legittimo. Il privato contraente può esigere l'adempimento dell'obbligazione della controparte pubblica, in assenza di un atto autoritativo che disponga in senso difforme; una volta, invece, che l'atto autoritativo difforme sia stato posto in essere, il privato ha il potere di provocare il sindacato di legittimità, facendo valere come parametro di legittimità, fra gli altri, anche gli impegni contrattualmente assunti dall'amministrazione. Qualora il giudizio si concluda con il riconoscimento della legittimità dell'atto impugnato, il contratto dovrà (o potrà) considerarsi risolto, ed il privato si intenderà liberato dalle sue obbligazioni, avrà diritto alla

laddove previste dal complesso normativo in cui si inquadra l'accordo, che si giustappongono agli strumenti azionabili, alla stregua di qualsiasi altro contraente, in base al diritto comune (azione di risoluzione, eccezione di inadempimento, facoltà di disdetta previste contrattualmente ecc.). Si è così portato l'esempio¹³⁰ di un accordo sostitutivo di un provvedimento di concessione edilizia la cui conclusione, se consente di concordare con il privato tutti quegli aspetti rientranti nel contenuto discrezionale del provvedimento, non consente tuttavia alla p.a. di "rinunciare" all'esercizio di ulteriori poteri – si pensi al potere di controllo, ai poteri sanzionatori, ovvero all' *ius variandi* in materia urbanistica¹³¹ ecc. – previsti dalla legge a garanzia del corretto e permanente perseguimento dell'interesse pubblico in quella data materia. Secondo questa ricostruzione, di fronte all'esercizio di tali

restituzione dei beni eventualmente ceduti e, secondo la previsione dell'art. 11 co. 4, al pagamento di un indennizzo. Qualora l'esito del giudizio sia invece nel senso dell'illegittimità del provvedimento, all'annullamento di quest'ultimo farà seguito il risarcimento del danno."

¹³⁰ Vedi Greco, op. cit., 128.

¹³¹ In materia di convenzioni di lottizzazione, oggi pacificamente ascritte al paradigma normativo di cui all'art. 11, una costante giurisprudenza ammette da sempre la facoltà in capo alla pubblica amministrazione di adottare nuovi strumenti urbanistici in contrasto con il contenuto della convenzione. La giurisprudenza più recente richiede però un'accurata ponderazione degli interessi contrapposti a tutela dell'affidamento del privato e un conseguente obbligo di motivazione "aggravato". Cfr., Cons. di Stato, sez. VI, 14 gennaio 2002, n. 173 secondo cui "una variante al piano regolatore che muti la destinazione di aree interessate da una lottizzazione equivale ad una revoca unilaterale della convenzione. (...) a tutela delle legittime aspettative dei proprietari, la relativa delibera va motivata specificamente con la valutazione comparativa tra l'interesse pubblico alla nuova destinazione e la situazione soggettiva del privato anche prefigurando se esistano possibilità di conseguire l'obiettivo di pubblico interesse con soluzioni alternative, capaci di escludere o di contenere la lesione dell'affidamento suscitato dalla lottizzazione".

potestà unilaterali idonei a incidere unilateralmente sul rapporto negoziale, la posizione giuridica della controparte privata sarebbe, secondo le regole generali, di interesse legittimo e dovrebbe farsi valere secondo il consueto regime di impugnativa dei provvedimenti amministrativi, al cui previo e positivo esperimento sarebbe condizionato l'eventuale risarcimento dei danni subiti a seguito dell'esercizio unilaterale del proprio potere discrezionale da parte della pubblica amministrazione.

Invero, il tema della permanenza in capo alla parte pubblica del rapporto dedotto in convenzione di poteri unilaterali idonei a incidere sul rapporto stesso assume particolare rilievo, a fini pratici, proprio sotto il profilo del tipo di tutela azionabile dalla controparte privata. Sul punto, in netto disaccordo con l'opinione dottrinale sopra richiamata, la giurisprudenza più recente¹³² afferma che la persistenza nel quadro di un rapporto convenzionale (nella specie una convenzione di lottizzazione) di un potere discrezionale dell'ente pubblico non vale a d escludere che gli atti adottati nell'esercizio di tale potere discrezionale, incidenti sull'esecuzione del rapporto negoziale, debbano essere assoggettati ad un sistema di tutela che contempli, accanto al tradizionale meccanismo impugnatorio pur sempre praticabile, l'applicazione diretta da parte del giudice amministrativo della disciplina dell'inadempimento del contratto, allorchè una parte del rapporto contesti all'altra un

¹³² Cfr., Cons. Stato, sez. IV, 4 maggio 2010, n. 2568.

inadempimento degli obblighi di fare discendenti dal *pactum*. E prosegue affermando che dalla inerenza della controversia ad un accordo amministrativo deve farsi discendere la garanzia, in sede giurisdizionale, di una tutela piena delle situazioni giuridiche sottostanti attraverso l'applicazione delle norme civilistiche, senza che la tutela di tipo impugnatorio possa considerarsi pregiudiziale¹³³.

In termini diversi, anche quella dottrina¹³⁴ che ricostruisce la fase esecutiva degli accordi in termini di rigorosa pari ordinazione tra le parti secondo il regime tipico dei rapporti negoziali, ammette la titolarità in capo alla parte pubblica di poteri di autotutela esecutoria, rinvenendone tuttavia il fondamento non tanto nella permanenza del potere discrezionale della p.a. successivamente alla conclusione dell'accordo, quanto piuttosto nell'esistenza di norme che prevedano il potere eccezionale dei soggetti pubblici, in deroga alle norme di diritto comune sulla tutela delle situazioni giuridiche soggettive che impongono di rivolgersi al giudice per ottenere l'esecuzione forzata di obblighi, di soddisfare coattivamente le proprie pretese nei confronti dei privati, come previsto dall'art. 21-ter comma 1 della legge

¹³³ Su queste basi esclude che l'avvenuta decadenza dall'impugnazione del provvedimento di diniego di nuova concessione edilizia, nel contesto dell'attuazione di una convenzione di lottizzazione, possa impedire al giudice amministrativo di conoscere della domanda di risoluzione della convenzione avanzata dalla parte privata nei confronti del comune inadempiente. Salvo escludere nel merito la sussistenza di un inadempimento imputabile al comune a fronte del mancato rilascio della convenzione.

¹³⁴ Così, M. Renna, *op. loc. cit.*, 79 ss.

241/1990. Tali poteri devono intendersi come poteri nominati e tipici assoggettati al principio di legalità, a norma del comma 1 della norma sopra richiamata, idonei a essere esercitati indipendentemente dalla fonte privatistica o pubblicistica dell'obbligazione eseguita coattivamente.

4. Il recesso: il difficile equilibrio tra la stabilità del vincolo e la necessità del costante perseguimento dell'interesse pubblico.

Il comma 4 dell'art. 11 prevede che “Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse l'amministrazione recede unilateralmente dall'accordo, salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato”.

In questa previsione può individuarsi la ricerca da parte del legislatore di un punto di equilibrio tra la stabilità dell'assetto d'interessi concordato con la parte privata e l'inesauribilità del potere amministrativo che impone la costante verifica e il conseguente adeguamento delle scelte dell'amministrazione all'interesse pubblico affidato alla sua cura. Il potere di recesso costituisce, pertanto, una tecnica volta a garantire la funzionalizzazione degli accordi al perseguimento dell'interesse pubblico (il cd. vincolo di scopo) anche nella fase esecutiva dei medesimi.

Invero, della facoltà in esame sono state date differenti letture: da un lato, l'impiego del termine "recesso" (anziché revoca) ha indotto parte minoritaria della dottrina a ricostruirlo in un'ottica civilistica come un diritto potestativo legislativamente previsto e riconducibile al dettato degli artt. 1372 e 1373 cod. civ., così negandosi che in questo profilo di disciplina attinente alla fase esecutiva degli accordi possa ravvisarsi un elemento di prova, forse il più decisivo, della loro natura pubblicistica¹³⁵. Si osserva, infatti, che la regola civilistica della piena efficacia vincolante del contratto tra le parti, che trova espressione nella previsione dell'art. 1372 cod. civ. secondo cui, appunto, "il contratto ha forza di legge tra le parti", trova un'importante deroga nel corpo della stessa previsione normativa che prosegue affermando che esso può essere sciolto, oltre che per mutuo consenso, per cause ammesse dalla legge. Tra queste devono senz'altro farsi rientrare i casi di facoltà di recesso unilaterale dal contratto attribuiti dalla legge o concordati tra le parti all'atto della definizione del contratto stesso. In quest'ottica, la previsione di cui all'art. 11 rappresenterebbe un'ipotesi speciale di recesso prevista *ex lege* per tutti gli accordi di cui sia parte una pubblica amministrazione, che trova riscontro nella disciplina civilistica di numerose tipologie contrattuali che,

¹³⁵ Già nell'ambito del dibattito sul contratto di diritto pubblico, si osservava "un atto bilaterale in cui, secondo la previsione normativa, l'interesse di una delle parti sia necessariamente subordinato a quello dell'altra, può essere tutto tranne che un contratto", F. Ledda, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, 1966.

parimenti, prevedono dei recessi di fonte legale¹³⁶ e nell'ulteriore concordante circostanza che anche alcuni casi di recessi "civilistici" sono accompagnati dall'obbligo di indennizzare la controparte degli eventuali pregiudizi subiti a cagione del recesso stesso.

Prevale, tuttavia, l'opinione contraria che ravvisa in esso la manifestazione di un vero e proprio potere autoritativo della parte pubblica che investe l'esecuzione dell'accordo e che assume, a differenza delle forme di recesso unilaterale previste dalla normativa di diritto comune, carattere doveroso in quanto collegato con lo svolgimento della funzione amministrativa e con il dovere in essa insito di perseguire costantemente l'interesse pubblico adeguando le scelte amministrative alle mutevoli esigenze connesse alla sua cura. Questa diversa lettura ritiene, pertanto, che al di là del *nomen iuris* impiegato dalla legge, esso debba essere ricondotto alla potestà generale di revoca dei provvedimenti amministrativi quale espressione dell'autotutela decisoria e assuma esso stesso carattere provvedimentoale.

Questa tesi ha poi trovato una possibile conferma nell'affinità registrabile con la disciplina del potere di revoca, introdotta dal legislatore della riforma del 2005 nel contesto della

¹³⁶ Basti fare qualche esempio: si pensi all'art. 1660, comma 3, cod. civ. che prevede la facoltà di recesso del committente dal contratto di appalto ove si rendano necessarie variazioni progettuali di notevole entità; o ancora, all'art. 1845, comma 1, cod. civ. relativo alla facoltà di recesso della banca dal contratto di apertura di credito bancario; o al recesso dal contratto di lavoro autonomo avente ad oggetto una prestazione d'opera intellettuale previsto dall'art. 2337, comma 2, cod. civ.

legge sul procedimento con l'inserimento dell'art. 21-*quinqües*, che a sua volta codifica una serie di principi e regole elaborate nel silenzio della legge dalla giurisprudenza amministrativa. A differenza però della potestà di revoca¹³⁷, degli atti amministrativi ad efficacia durevole che in generale è attribuita alla pubblica amministrazione, la revoca delle fattispecie consensuali di cui all'art. 11 è esercitabile solo in presenza di "sopravvenuti motivi d'interesse pubblico" e non piuttosto nelle forme del cd. *jus poenitendi*, cioè a seguito di una nuova e diversa valutazione dell'interesse pubblico originario sotteso all'adozione dell'atto. La legge intende così presidiare la vincolatività dell'accordo precludendo all'amministrazione di recedere dallo stesso sulla scorta di un diverso apprezzamento della situazione originaria in termini di interesse pubblico e circoscrive la recedibilità dall'accordo alle sole ipotesi in cui essa si renda necessaria a seguito di sopravvenute esigenze ovvero a seguito di mutamenti di fatto o di diritto tali da renderlo inadeguato alla realizzazione del pubblico interesse. Sicché si può affermare che la stabilità del rapporto è subordinata al permanere delle condizioni originarie e

¹³⁷ Così, chiaramente, TAR, Liguria, sez. I, 11 luglio 2007, n. 1377 in www.giustizia-amministrativa.it dove si parla di "forma di autotutela pubblicistica che, pur con le reciproche differenze di regime, può essere avvicinato allo schema della revoca di cui all'articolo 21*quinqües* della legge 241 del 1990, con la quale tuttavia non si identifica".

che, dunque, rispetto agli accordi ex art. 11 il principio civilistico *pacta sunt servanda* varrebbe solo *rebus sic stantibus*¹³⁸.

Un ulteriore argomento a favore dell'inquadramento pubblicistico dell'istituto in esame è ora desumibile dall'introduzione, per effetto della legge n. 15/2005, dell'art. 21*sexies* che disciplina distintamente, e in modo del tutto peculiare, il recesso dai contratti della pubblica amministrazione ammettendolo nei soli casi previsti dalla legge o dalle parti mediante un'apposita disciplina pattizia. Viceversa, il recesso in esame è previsto come un potere generale esercitabile in ogni ipotesi di accordo stipulato ai sensi dell'art. 11.

Ora, come più volte si è osservato nella materia degli accordi, anche rispetto all'istituto del recesso sembrano astrattamente praticabili, stante la lacunosità della disciplina complessiva degli accordi e l'incertezza del loro inquadramento sistematico, entrambe le due contrapposte ricostruzioni sopra accennate. La ricostruzione in termini provvedimentali del recesso ci appare però più convincente, non sulla base di un'aprioristica scelta di campo circa la natura degli accordi, ma sotto il dirimente profilo del tipo di sindacato giurisdizionale cui il recesso può essere sottoposto. Da questo punto di vista, è da ritenere che la previsione dei "sopravvenuti motivi di pubblico interesse" quale fondamento della facoltà di recesso rimetta la valutazione delle

¹³⁸ Cfr. G. Greco, op. cit., 79; E. Bruti Liberati, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, 1996, 173 ss.

ragioni giustificatrici dello scioglimento del vincolo ad un apprezzamento che non può che configurarsi nei termini di una valutazione discrezionale, svolgendosi nelle forme della discrezionalità amministrativa in quanto tale sindacabile dal giudice entro i limiti e secondo i parametri propri del controllo giurisdizionale della discrezionalità amministrativa. Se si concorda su questa riflessione e, al contempo, si ammetta che le altre ipotesi di scioglimento del vincolo, prima tra tutte la risoluzione per inadempimento, debbano considerarsi assoggettate alla comune disciplina dell'esecuzione dei rapporti obbligatori, essendo il giudice chiamato ad accertare le relative cause in applicazione dei criteri civilistici e senza che possa in qualche modo entrare nel sindacato giurisdizionale la natura pubblica di una delle parti e la consistenza dell'interesse ad essa facente capo, allora si potrà riconoscere nella previsione di cui al comma 4 dell'art. 11 l'unica "zona di privilegio" riconosciuta alla pubblica amministrazione che decida di amministrare per accordi. Ciò è tanto più vero ove si tenga in debita considerazione il tema, collegato, del riconoscimento in capo alla pubblica amministrazione di una *potestas variandi* sui contenuti dell'accordo esercitabile unilateralmente. Sul punto, è da dire che si registra una convergenza di veduta sia in dottrina che in giurisprudenza¹³⁹ circa

¹³⁹ Cfr., Cons. Stato, sez. IV, 19 febbraio 2008, n. 534 dove in relazione a un piano di lottizzazione privata si afferma, sul presupposto della sua natura di atto convenzionale, che ogni modifica richiede la necessaria manifestazione di volontà di tutti i soggetti che hanno concorso alla formazione del piano. In

la recisa negazione di un tale potere in capo alla pubblica amministrazione e la conseguente previsione, ove non ricorrano i presupposti per il recesso unilaterale dall'accordo, di un obbligo di rinegoziazione dei suoi contenuti in ossequio alla regola generale, applicabile in forza del richiamo ai principi civilistici e che non patisce alcuna eccezione nel contesto della disciplina recata dall'art. 11, per cui le variazioni del contenuto contrattuale richiedono il muto consenso di tutte le parti contraenti.

Ricondotto il potere di recesso all'autotutela decisoria, si deve ritenere che il suo esercizio implichi l'instaurazione di un procedimento amministrativo sottoposto alle regole di cui alla legge 241/1990 (obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento, istruttoria, emanazione di un provvedimento formale, motivazione¹⁴⁰ ecc.) e si concluda con l'emanazione di un vero e proprio provvedimento amministrativo.

A garanzia dell'affidamento del privato parte dell'accordo è poi previsto l'obbligo a carico della p.a. di corrispondere un

termini analoghi, TAR, Sicilia, Catania, sez. I, 1 giugno 2010, n. 2003 dove in relazione ad un caso di rideterminazione da parte del comune del valore delle opere di urbanizzazione a scomputo degli oneri concessori, si afferma che ogni rimodulazione dell'accordo richiede la necessaria manifestazione di volontà di tutte la parti.

¹⁴⁰ Sui limiti alla recedibilità unilaterale in rapporto alla tutela dell'affidamento della controparte privata e sul conseguente obbligo di motivazione, cfr., già anteriormente alla codificazione dell'art. 11, la copiosa giurisprudenza formatasi in materia di "revoca" anticipata delle convenzioni di lottizzazione, *sub cap.* III, § 1.

indennizzo¹⁴¹ tutte le volte in cui il recesso dall'accordo determini dei pregiudizi a carico dello stesso.

Al tema del recesso va collegata la problematica afferente la praticabilità nei confronti degli accordi dell'annullamento d'ufficio che costituisce, insieme alla revoca, l'altra fondamentale manifestazione dell'autotutela decisoria della pubblica amministrazione. L'assenza nel corpo della disciplina di cui all'art. 11 di ogni riferimento all'annullabilità d'ufficio si presta, in astratto, a diverse interpretazioni. E' evidente, anche in questo caso, che la soluzione accolta è strettamente legata all'inquadramento dogmatico dell'istituto cui si acceda. Gli interpreti che propendono per una ricostruzione privatistica ritengono infatti che, esaurita la fase di formazione degli accordi in cui sono da riconoscere innegabili momenti pubblicistici e fatto salvo il potere di recesso ora visto, l'esecuzione degli accordi debba considerarsi integralmente assoggettata al diritto comune; pertanto, scelta la via consensuale, non residuerebbero in capo alla parte pubblica poteri autoritativi idonei ad incidere unilateralmente sull'esecuzione di quanto concordato, pur in presenza di

¹⁴¹ Sull'obbligo indennitario, Cons. Stato, sez. IV, n. 390/2004 dove si precisa: "In sostanza l'obbligo di indennizzo presuppone da un lato la preesistenza di un accordo sostitutivo e dall'altro che l'Amministrazione abbia effettivamente ritenuto di doversi svincolare dallo stesso, come la legge consente, sulla base di motivi sopravvenuti e dunque alla stregua di un rinnovato apprezzamento delle finalità di pubblico interesse". In un altro passaggio: "In secondo luogo, come già sul piano logico è evidente, l'obbligo indennitario può essere invocato solo in presenza di un vero e proprio recesso, e cioè se l'attività unilaterale dell'amministrazione abbia inciso *ab externo* su un rapporto convenzionale in essere", quindi non nelle ipotesi in cui lo scioglimento del vincolo sia da ascrivere ad altre cause non riconducibili alla volontà della parte pubblica.

un'illegittimità originaria nella definizione degli interessi cristallizzata nell'accordo e fatta salva, secondo le comuni regole civilistiche, la possibilità per l'amministrazione di esperire, al pari delle parti private, l'ordinaria azione di annullamento ex art. 1441 ss. del codice civile per far valere eventuali vizi del proprio consenso o la propria incapacità.

Sul versante opposto, la dottrina¹⁴² che inquadra gli accordi nell'alveo del diritto pubblico reputa che l'annullabilità d'ufficio sia da affermare in base alle regole generali proprio per l'assenza di una disciplina derogatoria nell'art. 11, dunque in presenza dei due presupposti della sussistenza di un vizio di legittimità e di un interesse pubblico attuale alla rimozione dell'atto. In questa direzione, questa dottrina valorizza in via sistematica sia la consolidata giurisprudenza in materia di accordi c.d. "necessari"¹⁴³ sia la circostanza che l'annullamento d'ufficio è ammesso persino in relazione all'atto conclusivo delle procedura di evidenza pubblica. Sul tema può segnalarsi un' espressa presa di posizione del giudice amministrativo¹⁴⁴ che ammette l'annullabilità d'ufficio di un accordo proprio sulla scorta del carattere doveroso dell'autotutela decisoria quale espressione della

¹⁴² G. Greco, op. cit., 250.

¹⁴³ Con l'espressione "accordi necessari" ci si riferisce a quelle fattispecie in cui l'esercizio del potere amministrativo può avvenire solo attraverso moduli convenzionali tipizzati dalla legge, al contrario degli accordi ex art. 11 che, come visto, si connotano per il loro carattere facoltativo costituendo un esito solo eventuale dell'esercizio del potere.

¹⁴⁴ Così, Cons. Stato, sez. IV, 6 novembre 1998, in *Foro amm.*, 1998, 3004.

generale funzione amministrativa, reputando che esso non trovi ostacolo nel carattere negoziale dell'azione amministrativa.

Da ultimo c'è da dire, come peraltro largamente riconosciuto in dottrina, che con l'introduzione della determinazione di cui al comma 4*bis* il tema in questione debba essere opportunamente "trasferito" dall'accordo alla determinazione preventiva, con l'ulteriore conseguenza di vagliare la praticabilità di una ricostruzione del rapporto tra annullamento e/o revoca della determinazione preliminare e accordo in termini analoghi alla configurazione del rapporto tra annullamento degli atti della procedura di evidenza pubblica – in particolare, del provvedimento di aggiudicazione – e sorte del contratto.

5. La giurisdizione esclusiva.

L'ultimo comma dell'art. 11¹⁴⁵ statuisce la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in relazione alle controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi. Si tratta, chiaramente, di un'ipotesi di giurisdizione esclusiva *sui generis*, in quanto non fondata sul criterio della materia, quanto piuttosto sulla natura dell'atto di esercizio del potere. E' di tutta evidenza, infatti, che l'ambito della giurisdizione qui delineato non

¹⁴⁵ Vedi ora, art.133, comma 1, lett. a) n. 2 del d. lgs. 2 luglio 2010 n.104 (codice del processo amministrativo).

è definito in base all'inerenza della lite ad una determinata materia ma in base allo strumento giuridico utilizzato, con il risultato di dar vita ad un caso di giurisdizione esclusiva trasversale rispetto alle differenti materie, che determina altresì una "rimodulazione" dei criteri di riparto¹⁴⁶ (non solo nel rapporto giurisdizione ordinaria/giurisdizione amministrativa, ma sì anche nel rapporto "interno" giurisdizione generale di legittimità/giurisdizione esclusiva) non affidata ad un criterio "statico", ma legata ad un criterio "dinamico", la circostanza cioè che in concreto in quella data materia l'amministrazione decida o meno di concludere un accordo ex art. 11. Ciò che rileva, infatti, è che su quella data materia sia intervenuto tra privato e pubblica amministrazione un accordo inquadrabile nell'art. 11¹⁴⁷.

Questo carattere "anomalo" della giurisdizione esclusiva in tema di accordi ha sollevato dubbi circa la sua compatibilità con il disposto dell'art. 113 Cost., comma 2, dubbi che secondo buona parte degli interpreti possono considerarsi superati alla luce di

¹⁴⁶ In questi termini, G. Greco, op. cit., 280. In giurisprudenza, Cass., SS.UU., 11 agosto 1997, n. 7452 che sottolinea: "la circostanza che questa norma sulla giurisdizione esclusiva non attribuisca alla cognizione del giudice amministrativo una classe di rapporti individuata attraverso un riferimento di materia, bensì situazioni soggettive che sul presupposto dell'esercizio di una pubblica funzione amministrativa sono regolate attraverso un accordo, dà luogo a reazioni circa l'ambito di applicazione delle altre norme attributive della giurisdizione, generale di legittimità o esclusiva, che ne risulta ampliato".

¹⁴⁷ Cass., SS. UU., 12 marzo 2001, n. 105: "ciò che rileva è che il soddisfacimento dell'interesse pubblico sia perseguito mediante il peculiare strumento dell'accordo, restando indifferente la materia sulla quale incide il provvedimento finale, il cui contenuto è determinato dall'accordo".

quanto affermato (per quanto sotto forma di *obiter dictum*) dalla Corte costituzionale nella nota sentenza 5 luglio 2004, n. 204¹⁴⁸.

Nella nota sentenza¹⁴⁹ testè citata la Corte costituzionale, nel pronunciarsi sulla legittimità costituzionale degli artt. 33 e 34 del d. lgs. 80/1998 come riscritti dalla legge 205/2000, assumendo quale parametro della conformità alla Costituzione delle ipotesi di giurisdizione esclusiva introdotte dal legislatore ordinario il disposto dell'art. 103, comma 1, della Costituzione, ha ritenuto che la Carta costituzionale non ha attribuito al legislatore ordinario un'assoluta e incondizionata discrezionalità¹⁵⁰ nell'attribuzione di

¹⁴⁸ Si veda il punto 3.4.2 del *Considerato in diritto* della sentenza.

¹⁴⁹ Per il testo della sentenza, *Dir. proc. amm.*, n. 3/2004. Per i numerosi commenti, cfr., *ex multis*, L. Mazzaroli, *Sui caratteri e sui limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte costituzionale ne ridisegna l'ambito*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2005; M. Clarich, *la Tribunalizzazione del giudice amministrativo evitata*, in *Giorn. Dir. amm.*, n. 9/2004, 969 ss; A. Police, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non esclusiva*, *ibidem*, 974ss.; B. G. Mattarella, *Il lessico amministrativo della Consulta e il rilievo costituzionale dell'attività amministrativa*, *ibidem*, 979 ss. A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2008, 185 ss.

¹⁵⁰ In senso contrario, cfr. V. Domenichelli, *Il significato della giurisdizione esclusiva*, (pubblicato quale parte introduttiva dello scritto *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, 1988) secondo cui non esiste alcun limite costituzionale all'ampliamento della giurisdizione esclusiva: le "particolari materie" di cui alla lettera dell'art. 103 non ricevono dalla Costituzione stessa nessuna connotazione positiva che possa fungere da limite per il legislatore ordinario. Piuttosto, secondo l'Autore, l'unica direttiva che sembra emergere dalle norme della Costituzione relativamente alla tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione attiene alla necessità che sia assicurata la tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione di tutte le situazioni giuridiche soggettive, essendo indifferente il giudice dinanzi al quale tale tutela è garantita. Da un'altra prospettiva, cfr. V. Ottaviano, *Poteri dell'amministrazione principi costituzionali*, in ...912 ss, che trae dalla possibilità, sancita dall'art. 103 cost., che il giudice amministrativo conosca di diritti soggettivi la prova definitiva del mutato ruolo del Consiglio di Stato nel nuovo ordine costituzionale, dell'impossibilità cioè di considerarlo come un giudice speciale "interno" all'Amministrazione e, al contempo, la necessità che esso offra al cittadino la stessa tutela del giudice ordinario.

materie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ma piuttosto ancora tale devoluzione alla natura delle situazioni giuridiche coinvolte. Secondo questa sentenza cioè, le materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo devono essere “particolari” rispetto a quelle rientranti nella giurisdizione generale di legittimità nel senso che “devono partecipare della loro medesima natura, che è contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo¹⁵¹”.

La sentenza in esame ha sollevato numerose critiche in quanto, in netto disaccordo con l’evoluzione del nostro sistema verso un criterio di riparto tra le due giurisdizioni per blocchi di materie, ribadisce il carattere fondante e decisivo, ai fini del riparto, del discusso criterio fondato sulla distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi e, soprattutto, ravvisa nella circostanza che la pubblica amministrazione agisca esercitando il suo potere

¹⁵¹ Questa sentenza segna un momento di rottura rispetto all’evoluzione del dibattito sulla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sia in sede dottrinale che giurisprudenziale. Sull’esistenza di possibili limiti alla libertà del legislatore di affidare materie alla cognizione esclusiva del giudice amministrativo si ricordi l’ordinanza, di poco anteriore, del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 30 marzo 2000, n. 1 (in *Giorn. Dir. amm.*, 2000, 556 ss.) secondo cui l’art. 103 cost., letto in correlazione con l’art. 113, prevede una semplice riserva di legge: questa ordinanza attribuisce dunque alla previsione dell’art. 103 la sola funzione di subordinare all’esistenza di una puntuale previsione di legge l’individuazione dei casi in cui il giudice amministrativo può conoscere, in via principale e con efficacia di giudicato, dei diritti soggettivi. Nella stessa ordinanza viene altresì ridimensionata l’importanza della distinzione diritto soggettivo - interesse legittimo quale criterio generale di riparto tra le due giurisdizioni.

autoritativo il fondamento ultimo della giurisdizione esclusiva conforme alla Costituzione. Con la precisazione, che costituisce l'aspetto rilevante ai nostri fini, che sia da considerare come potere amministrativo, idoneo a fondare legittimamente l'attribuzione della cognizione delle relative controversie al giudice amministrativo, non solo quello che si esprime in via unilaterale attraverso l'adozione di provvedimenti, ma anche quello che si esprime in forma consensuale. La Corte ha così ricondotto al potere amministrativo gli accordi procedurali di cui all'art. 11 della legge 241 condizionando fortemente la ricostruzione sistematica dei medesimi.

Invero, nell'ancorare il riparto esterno tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa alla dicotomia diritto soggettivo – interesse legittimo e nel correlare a questo criterio il riparto “interno” tra giurisdizione generale di legittimità e giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, la Corte oblitera quella che la migliore dottrina¹⁵² che si è occupata del tema individua come l'origine storica della giurisdizione esclusiva e la vera *ratio* che ne è a fondamento.

Secondo l'insegnamento tradizionale, la creazione della giurisdizione esclusiva risponde all'esigenza di semplificare il problema del riparto tra le due giurisdizioni in materie in cui l'applicazione del criterio di riparto basato sulla natura della

¹⁵² Cfr., M. S. Giannini – A. Piras, *Giurisdizione amministrativa* (voce), in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, 229 ss; F. Benvenuti, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. Dir.*, 589 ss.

situazione giuridica soggettiva azionata in giudizio diventa particolarmente problematica a cagione dell'inestricabile intreccio tra posizioni di interesse legittimo e posizioni di diritto soggettivo che le caratterizza.

Ebbene, studi approfonditi, basati sul dato positivo, delle diverse ipotesi per le quali originariamente è stata introdotta la giurisdizione esclusiva hanno dimostrato che tale giustificazione non sempre ricorre e che, piuttosto, essa è stata introdotta in relazione a materie per le quali il legislatore ha inteso superare il tradizionale criterio di riparto riconoscendone l'inadeguatezza e che ha devoluto al giudice amministrativo, non tanto per la difficoltà di distinguere tra interessi legittimi e diritti soggettivi, quanto al fine di assicurare l'unicità della giurisdizione in relazione ad un "rapporto" che globalmente considerato si caratterizza come pubblico¹⁵³.

A caratterizzare le controversie ricondotte all'ambito della giurisdizione esclusiva sarebbe pertanto, fin dalle origini, la configurazione di esse come controversie sganciate dalla necessaria

¹⁵³ In questa prospettiva riveste un significato decisivo la previsione della giurisdizione esclusiva nella materia dei servizi pubblici (su cui è intervenuta la sent. 204/2004) atteso che essi, storicamente, hanno costituito la prima principale manifestazione di attività pubblica non autoritativa imponendo agli interpreti lo sforzo di criteri identificativi del "pubblico" che prescindessero dall'esercizio del potere e hanno segnato un'evoluzione della concezione dell'attività amministrativa che, nei servizi pubblici, rileva come un'attività di prestazione volta a fornire utilità ai cittadini in un quadro di rapporti di regola paritari. In questi termini, I. M. Marino, *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nel quadro dell'evoluzione del rapporto pubblico-privato*, in *La scienza del diritto amministrativo nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, Cedam, 2001, 151 ss.

impugnativa di un atto amministrativo e nelle quali l'oggetto dell'accertamento giudiziale e del giudicato si identifica in rapporti intersoggettivi regolati secondo gli schemi del diritto comune. Nondimeno la mancata previsione di strumenti processuali adeguati al tipo di cognizione che il giudice amministrativo era chiamato a compiere ha ridotto notevolmente sino alle recenti riforme degli anni 1998/2000 le potenzialità insite in questo tipo di giurisdizione e ha posto il problema dell'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti dinanzi al giudice amministrativo, stante l'originaria limitazione delle tecniche di tutela fruibili in quanto modellate su quelle della giurisdizione generale di legittimità¹⁵⁴.

Sviluppando questo ordine di considerazioni, si può ritenere che l'ampliamento delle ipotesi di giurisdizione esclusiva segna l'evoluzione dell'ordinamento verso un giudizio amministrativo sempre più "interessato" al rapporto amministrazione-amministrato: ove a questo ampliamento si accompagnano riforme processuali che dotano il giudice amministrativo di poteri cognitivi e strumenti probatori analoghi a quelli del processo civile, tali da assicurare una tutela giurisdizionale piena ed effettiva del cittadino nei confronti del "pubblico", si comprende come il problema del riparto, e dell'esistenza di limiti costituzionali all'ampliamento

¹⁵⁴ In questo senso, F. Benvenuti, *op. loc. cit.*, 609. Vedi anche dello stesso Autore, *Evoluzioni nel processo amministrativo*, in Atti convegno celebrativo 150 anni del Consiglio di Stato, 1983, 217 ss.

della giurisdizione amministrativa, perde gran parte della sua importanza¹⁵⁵.

Tornando alla previsione della giurisdizione esclusiva in tema di accordi, possiamo dire che, al di là della originalità del criterio introdotto dall'art. 11, essa risponde alla duplice *ratio* che è a fondamento delle ipotesi di giurisdizione esclusiva. Da un lato, la *ratio* tramandata dalla tradizione e consistente nella necessità di individuare un unico giudice – il giudice amministrativo – presso cui concentrare la decisione di controversie caratterizzate da un inestricabile intreccio tra posizioni di interesse legittimo e posizioni di diritto soggettivo, al fine ultimo di superare le difficoltà che in questi casi incontra il tradizionale criterio di riparto fondato, appunto, sulla dicotomia diritto soggettivo – interesse legittimo.

Da questo punto di vista, la giurisdizione esclusiva prevista in materia di accordi è coerente con questo insegnamento, attesa la stretta interconnessione tra profili pubblicistici e profili privatistici che caratterizza la figura degli accordi amministrativi. Ed è altrettanto evidente che tale commistione di aspetti riconducibili all'uno o all'altro ramo del diritto si verifica in presenza di

¹⁵⁵ Cfr., I. M. Marino, *Giurisdizione esclusiva e Costituzione*, in *Le nuove frontiere della giurisdizione esclusiva*, a cura di V. Parisio e A. Perini, Milano, 2002, 22 ss. dove si osserva come la questione dell'espansione della giurisdizione esclusiva “una volta che si superi il problema costituzionale della giurisdizione come *qualità della giustizia* non costituisca un problema effettivamente rilevante. Per il cittadino – al quale sia chiaramente precostituito il giudice per legge ai sensi dell'art. 25 della Costituzione ed a cui venga assicurata la qualità giurisdizionale della “sede” della difesa (art. 24 Cost.) e, pertanto, la giustizia in giudizio attraverso il “giusto processo”, ottenere giustizia davanti al giudice ordinario od amministrativo è in buona misura equivalente”.

qualsiasi accordo, proprio per la speciale configurazione che di esso fa la legge, indipendentemente dalla materia su cui esso interviene.

Ma ancora di più la previsione del carattere esclusivo della giurisdizione amministrativa sugli accordi si giustifica alla luce dell'osservazione che attraverso la negoziazione lo svolgimento della funzione amministrativa si sposta dal piano estrinseco e formale del provvedimento al piano sostanziale del rapporto intersoggettivo pubblico-privato cristallizzato nell'accordo.

Interessanti applicazioni dell'art. 11, co. 5 possono riscontrarsi in materia di convenzioni di lottizzazione che, secondo un orientamento ormai costante della Suprema Corte sono ricondotte alla figura dell'accordo sostitutivo ex art. 11. Secondo un orientamento condiviso da Corte di cassazione¹⁵⁶ e Consiglio di

¹⁵⁶ Vedi, Cass., SS. UU., 17 gennaio 2005, n. 732 secondo cui “quando venga dedotta in giudizio una convenzione di lottizzazione, attesa la sua pacifica natura di accordo sostitutivo di provvedimento, il giudice non deve indagare se sussista una persistente efficacia dell'art. 34 d. lgs. 80/1998 in relazione ad ipotesi di preesistente giurisdizione amministrativa in materia urbanistica, fatta salva da Corte cost. n. 281/2004, giacché la giurisdizione del giudice amministrativo è radicata in virtù dell'art. 11, co. 5 l. 241/1990 che configura un'ipotesi di giurisdizione amministrativa esclusiva non correlata ad una determinata materia, bensì ad una determinata tipologia di atto, quale che sia la materia che ne costituisce oggetto”. Cfr., altresì, Cons. Stato, sez. IV, 29 febbraio 2008, n. 781 dove parimenti si afferma che per le controversie riguardanti gli adempimenti degli obblighi derivanti da convenzioni edilizie connesse a lottizzazioni la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo risulta radicata in forza dell'art. 11 comma 5, rientrando le convenzioni di lottizzazioni nella nozione di accordo sostitutivo, anche prima e indipendentemente dall'entrata in vigore dell'art. 7 della legge 205/2000 che ha devoluto, con norma poi dichiarata incostituzionale, la materia urbanistica alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Di recente, ancora Cass. Civ., SS. UU., 3 febbraio 2011, n. 2546; Cass., SS. UU., 1 luglio 2009, n. 15388.

Stato¹⁵⁷, le controversie concernenti le convenzioni di lottizzazione rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in forza dell'art. 11, co. 5, della legge 241/1990 senza che si renda necessario indagare la sussistenza di un'ipotesi di giurisdizione ex art. 34 d. lgs 80/1998¹⁵⁸ come riscritto dalle due sentenze della Corte costituzionale 204/2004 e 281/2004. Si consideri, peraltro, che da sempre una pacifica giurisprudenza¹⁵⁹ ammette l'applicabilità dell'art. 11, co.5, in quanto norma sulla giurisdizione, anche ad accordi stipulati anteriormente all'entrata in vigore della legge sul procedimento.

Un aspetto di decisivo interesse della giurisdizione esclusiva delineata dall'art. 11 co. 5 riguarda il fatto che essa si estende anche alle controversie riguardanti l'esecuzione degli accordi. Questo dato merita attenzione soprattutto se raffrontato al riparto di giurisdizione previsto in materia di contratti pubblici, per

¹⁵⁷ *Ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 29 febbraio 2008, n. 781; Cons. Stato, sez. IV, 22 gennaio 2010, n. 214; Cons. Stato, sez. IV, 4 maggio 2010, n. 2568.

¹⁵⁸ Così espressamente, Cass., SS. UU., 3 febbraio 2011 n. 2546 dove si afferma che la giurisdizione del giudice amministrativo in materia di convenzioni di lottizzazione trova fondamento normativo, a prescindere dalla portata del d. lgs. 31 marzo 1998, n. 80, art. 34 per effetto della sentenza di illegittimità costituzionale parziale n. 281 del 2004, nell'art. 11, comma 5, della legge sul procedimento.

¹⁵⁹ Nella giurisprudenza della Suprema Corte si è sviluppato un orientamento costante nell'applicare il comma 5 dell'art. 11 ad accordi conclusi prima della sua entrata in vigore, in coerenza col disposto dell'art. 5 c.p.c. secondo cui la giurisdizione si determina in base alla normativa vigente al momento della proposizione della domanda. E', invece, stata esclusa l'applicazione retroattiva delle norme di natura sostanziale dettate dall'art. 11 ad accordi recanti data anteriore all'entrata in vigore della legge 241/1990. Cfr. , *ex multis*, Cass., SS. UU., 3 febbraio 2011, n. 2546; Cass., SS. UU., n. 24009/2007; Cass., SS.UU., ord. 17 gennaio 2005, n. 732; Cass., SS.UU., 29 agosto 1998, n. 8593; Cass., SS.UU., 11 agosto 1997, n. 7452.

i quali invece la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo investe le sole controversie relative alla fase dell'evidenza pubblica, ricadendo viceversa quelle sull'esecuzione dei contratti nella giurisdizione del giudice ordinario. Non a caso, questo dato viene valorizzato al fine di dimostrare la natura peculiare degli accordi ex art. 11 e la loro irriducibilità ai contratti di diritto comune. A ben vedere, sotto questo specifico profilo la previsione della giurisdizione esclusiva si presenta come problematica se apprezzata alla luce del criterio individuato dalla giurisprudenza costituzionale racchiusa nelle note sentenze 204/2004 e 191/2006, considerato che vi è grande convergenza di opinioni nel considerare i rapporti che si instaurano nella fase esecutiva degli accordi come interamente assoggettati al diritto civile alla stregua di un comune rapporto obbligatorio cui è estranea o comunque limitata ad ipotesi eccezionali la possibilità di esercizio di potestà pubblicistiche, fatta eccezione per la sola facoltà speciale di recesso che parte della dottrina considera espressione di potere amministrativo¹⁶⁰.

¹⁶⁰ Cfr., sul punto, V. Domenichelli, *Le azioni nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2006, 14, il quale, proprio in considerazione del carattere esclusivo della giurisdizione, osserva come non abbia molta importanza chiedersi se il recesso concreti un potere o una speciale facoltà della p.a. come contraente e se la correlativa posizione del privato sia di interesse legittimo o di diritto soggettivo: piuttosto si tratta di capire quali domande di tutela può esercitare il privato, dovendosi ammettere, accanto alla domanda di indennizzo a fronte di un recesso legittimo, la domanda di annullamento volta a sindacare l'eventuale illegittimità dello stesso e la domanda risarcitoria in caso di recesso illegittimo.

Ora, la devoluzione alla giurisdizione esclusiva delle controversie inerenti l'esecuzione degli accordi fa sì che sia esercitabile davanti al giudice amministrativo l'intera gamma delle azioni civilistiche previste a presidio dei rapporti obbligatori tra le quali assumono particolare importanza le azioni previste a favore del contraente leso dall'inadempimento della controparte di cui all'art. 1453 cod. civ. Questa norma offre tre rimedi in alternativa o in concorrenza tra loro: l'azione volta ad ottenere la condanna della parte all'adempimento, quella volta a ottenere la risoluzione del contratto e, infine, cumulabile a ciascuna delle precedenti, l'azione per il risarcimento dei danni subiti. Sotto questo punto di vista, emerge quello che in passato è stato l'aspetto più problematico della giurisdizione esclusiva: la necessità che essa si atteggi come una tutela "piena" al fine di evitare che i diritti devoluti alla cognizione del giudice amministrativo subiscano, per ragioni legate al riparto di giurisdizione, una tutela diminuita, un minor grado di tutela rispetto a quella apprestata dal giudizio civile. Il problema della giurisdizione esclusiva inteso come problema della "qualità" della tutela offerta dal processo amministrativo, ma anche problema della "giustizia" di quel processo sotto il delicato versante della garanzia dell'effettiva parità processuale tra le parti, sicuramente acquista particolare rilievo in rapporto all'attribuzione a quel giudice di controversie relative a rapporti integralmente obbligatori¹⁶¹.

¹⁶¹ Si osservi che, già anteriormente all'art. 11, la giurisprudenza amministrativa,

Infine, è stata oggetto di ampio dibattito giurisprudenziale la questione se le controversie instaurate dal terzo siano o meno sottoposte alla giurisdizione esclusiva ai sensi della norma in commento. Si è profilata al riguardo una lettura restrittiva secondo cui il dettato del co. 5 dell'art. 11 riguarderebbe solo le controversie instaurate tra le parti contraenti, facendo riferimento alla lettera della legge alla "formazione", "conclusione" ed "esecuzione" degli accordi. Per le controversie sollevate dal terzo dovrebbe, pertanto, applicarsi il normale criterio di riparto facente leva sulla natura della posizione giuridica dedotta in giudizio: giurisdizione del giudice ordinario nel caso in cui il terzo lamenti la lesione di un diritto soggettivo; giurisdizione generale di legittimità in caso di lesione di un interesse legittimo.

Nella giurisprudenza è prevalsa, invece, una diversa lettura della norma incentrata sull'inerenza della situazione giuridica dedotta in giudizio ad un accordo amministrativo, indipendentemente dal fatto che ad azionarla sia una delle parti contraenti ovvero un soggetto terzo rispetto alla convenzione.

Si segnalano, sul punto, due interventi delle Sezioni Unite della Corte di cassazione. Con la sentenza n. 7452/1997 la giurisdizione esclusiva viene fondata sul criterio di collegamento tra la posizione sostanziale azionata in giudizio e il contenuto

in relazione ai contratti di concessione di beni e servizi pubblici, sulla base della formulazione dell'art. 5 della legge T.a.r., aveva riconosciuto espressamente l'esperibilità dell'azione ex art. 1453 cod. civ. davanti al giudice amministrativo. Cfr., Cass., SS. UU., 8 agosto 1990, n. 8058, in *Cons. Stato*, 1991, II, 126; Cass., SS. UU., 19 maggio 1986, n. 3320, in *Cons. Stato*, 1986, II, 1308.

dell'accordo, affermandosi che a rilevare è la circostanza che “la situazione soggettiva di cui si controverte sia stata disciplinata, secondo la domanda, attraverso l'accordo”.

Quest'orientamento è stato successivamente ribadito con dovizia di argomentazioni dalla sentenza n.105/2001 secondo cui il fatto che il legislatore non abbia distinto tra controversie sollevate dai contraenti e controversie sollevate dai terzi, unito all'ampia estensione attribuita a quest'ambito di giurisdizione esclusiva, induce a ritenere che il legislatore l'ha concepita e configurata in maniera ampia e totalizzante tale da abbracciare la totalità delle controversie concernenti l'esercizio della funzione amministrativa mediante il peculiare strumento dell'accordo.

CAPITOLO III

Le principali fattispecie consensuali nella prassi amministrativa e nell'applicazione giurisprudenziale

1. Il campo di applicazione dell'art. 11 e la sua configurabilità quale norma generale in materia di accordi tra privati e pubblica amministrazione.

Come in più occasioni sottolineato, l'introduzione della previsione normativa di cui all'art. 11 ha indotto buona parte della dottrina a ravvisare in essa la norma-base di disciplina delle fattispecie negoziate che nascono all'interno di rapporti tra privati e pubblica amministrazione caratterizzati dalla prevalenza di elementi che, convenzionalmente, possiamo definire pubblicistici (benché, come osservato nel corso dell'analisi, la stessa figura degli accordi procedurali faccia entrare in crisi la tradizionale distinzione tra diritto pubblico e diritto privato e renda difficile ogni classificazione fondata su questa contrapposizione).

In particolare, non pochi commentatori hanno individuato nell'art. 11 la norma "fondativa" sul piano del diritto positivo della contrastata figura del contratto di diritto pubblico¹⁶², ritenendo che

¹⁶² In questa direzione, E. Bruti Liberati, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, 1996, 70 ss.; M. Immordino, *Legge sul procedimento amministrativo, accordi e contratti di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, n. 1/97,

l'introduzione della norma in esame abbia consentito di superare una tra le principali obiezioni teoriche opposte alla tesi della configurabilità nel nostro ordinamento di un'autonoma categoria giuridica rappresentata dal contratto di diritto pubblico.

L'approfondimento della questione della elevazione del modello di disciplina recato dall'art. 11 e analizzato nel corso dei capitoli precedenti al rango di norma generale cui riportare le diverse fattispecie di manifestazione della consensualità amministrativa in modo da sottoporre le stesse a un corpo di regole unitario e certo non può che prendere le mosse, tenuto in debito conto le considerazioni svolte nei capitoli precedenti, dall'analisi dei presupposti applicativi della fattispecie e dei correlativi limiti quali desumili, per via diretta o per via indiretta, dalle regole dettate dall'art. 11 e dal suo inquadramento sistematico.

La prima indicazione è desumibile dalla previsione di cui all'art. 13¹⁶³ della legge 241/1990, che esclude l'applicazione delle

143; In senso critico sulla figura cfr. E. Follieri, *Gli accordi tra privati e pubblica amministrazione*, in a cura di G. Barbagallo, E. Follieri, G. Vettori *Gli accordi tra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto*, Napoli, 1995, 61 ss, che osserva come sia vano discutere intorno alla figura del contratto di diritto pubblico dato che “nel nostro sistema non vi è una disciplina, né una costruzione teorica del contratto di diritto pubblico che si applicherebbe per effetto di tale qualificazione” degli accordi ex art. 11.

¹⁶³ La *ratio* di questa limitazione è comunemente ravvisata nell'esigenza che l'accordo non arrechi pregiudizio ai diritti dei terzi, così che risultano certamente inammissibili accordi, sia integrativi che sostitutivi, di atti normativi e generali, posto che si tratta di atti destinati a produrre i loro effetti rispetto ad una platea indeterminata di soggetti, tenuto conto, altresì, che risulta difficile individuare i soggetti che potrebbero considerarsi legittimati alla relativa stipula. Quanto, poi, agli atti di programmazione e pianificazione, è emerso in giurisprudenza un orientamento che restringe l'operatività del divieto in esame a quei soli atti che presentino i caratteri della generalità e astrattezza e ammette l'applicazione

disposizioni sulla partecipazione procedimentale, tra le quali è ricompreso l'art. 11, nei confronti dell'attività amministrativa diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione per i quali si fa rinvio alle relative normative di settore. Analogo divieto opera, a mente del comma 2 dell'art. 13, rispetto ai procedimenti tributari. Da una primissima lettura del primo comma dell'art. 13 parrebbe derivare l'inapplicabilità della disciplina dettata dall'art. 11 con riguardo a taluni tra i maggiori esempi di figure negoziali diffuse nella prassi dell'amministrazione pubblica quali gli accordi che intervengono nell'ambito dell'attività di pianificazione urbanistica e quelli che intervengono nel campo della programmazione economica.

La questione è stata particolarmente dibattuta in dottrina e in giurisprudenza riguardo ai primi.

In generale, nell'interpretazione sia dottrinale che giurisprudenziale prevale l'idea¹⁶⁴ della piena applicabilità dell'art. 11 agli strumenti della cd. urbanistica consensuale fermo restando sotto il profilo strettamente procedimentale l'osservanza delle regole settoriali di disciplina di ciascuno strumento.

dell'art. 11 alle convenzioni in materia urbanistica, attesa la loro natura prevalentemente attuativa di provvedimenti generali. Cfr., Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Il Mulino, 2002, p. 319.

¹⁶⁴ Cfr., P. Urbani – S. Civitarese Matteucci, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Torino, 2010, 325 dove si osserva come la *ratio* alla base dell'art. 13 risieda nella particolarità dei procedimenti di pianificazione programmazione e, lungi dal costituire un divieto, esprime l'esigenza della prevalenza sulla disciplina generale dettata dalla legge sul procedimento dell'ordinamento particolare dell'urbanistica che, peraltro, trova nella legge regionale la sua principale fonte normativa.

L'esclusione sancita dall'art. 13 è stata per lo più letta quale rinvio alle figure tipiche di accordo previste dalla normativa di settore, nel senso di limitare l'utilizzo delle forme procedurali partecipate alle sole figure già tipizzate, in collegamento con l'originaria "tipicità" dell'accordo sostitutivo e in funzione preclusiva alla conclusione di accordi endoprocedimentali al di fuori delle ipotesi legali. In buona sostanza il principale nodo interpretativo derivante dall'interpretazione sistematica delle due norme attiene, ammessa generalmente l'applicabilità dell'art. 11 in funzione di disciplina¹⁶⁵, all'ammissibilità nei procedimenti ex art. 13 di fattispecie consensuali non tipizzate dalle leggi di settore, rinvenendone il fondamento legittimante nella previsione generale de qua. Si tratta cioè di capire se nelle materie di cui all'art. 13, possa ammettersi la legittimità di tipologie pattizie non previste dalle relative normative di settore (ovvero, nel caso dell'urbanistica, si pensi a forme di accordo previste dallo strumento urbanistico generale in funzione attuativa) invocando la previsione dell'art. 11.

¹⁶⁵ Mentre all'indomani dell'introduzione dell'art. 11 emerse una lettura restrittiva che considerava gli accordi procedurali come una forma speciale di accordo, successivamente è progressivamente emersa nella giurisprudenza sia civile che amministrativa l'idea dell'art. 11 quale modello generale di disciplina per gli accordi tra amministrazione e privati, sempre applicabile in assenza di disposizioni derogatorie contenute in leggi settoriali.

L'art. 13 è stato, infatti, valorizzato da parte della giurisprudenza¹⁶⁶, quale norma di divieto, al fine di escludere l'ammissibilità di accordi che intervengono nella fase di definizione delle prescrizioni generali relative all'assetto urbanistico di un determinato territorio, riconoscendosi invece la piena compatibilità con la norma in questione degli accordi che si inseriscono a livello degli strumenti attuativi degli atti di pianificazione generale e che rinviengono nella convenzione di lottizzazione il modello normativo di riferimento.

Questa giurisprudenza, al di là del ruolo sistematico e precettivo riconosciuto alla previsione di cui all'art. 13, lambisce uno degli aspetti più delicati del vasto fenomeno dell'urbanistica consensuale: quello dell'ammissibilità di figure pattizie "a monte" delle prescrizioni di piano generale (o dello strumento urbanistico equivalente) previsti da disposizioni di legge sia statale che regionale e abbastanza diffuse nella prassi recente dei processi di trasformazione urbana e configurati quali accordi cd. preparatori o preliminari ai sensi dell'art. 11 della legge 241 che, nei fatti, intervengono in funzione della variazione del piano determinando una diversa conformazione del territorio e la previsione in capo alle

¹⁶⁶ Cfr., Cass., ss. uu., 11 agosto 1997, n. 7542 in *Foro it.*, rep. 1997 voce *Edilizia e urbanistica*, n. 298; Cass., ss. uu., 25 novembre 1998, n. 11934 in *Foro it.*, rep. 1998, voce *Edilizia e urbanistica*, n. 297.

controparti private di diritti edificatori e/o di oneri non previsti dall'originario strumento urbanistico¹⁶⁷.

Ma evidentemente si tratta di un problema generale relativo all'esigenza che la consensualità amministrativa si svolga nel rispetto dei principi fondamentali che reggono l'attività amministrativa intesa come attività di cura costante dell'interesse generale.

Del resto autorevole dottrina¹⁶⁸, ripercorrendo la "storia" della norma dal progetto Nigro sino alla formulazione definitiva, ha fatto osservare come l'esclusione da essa sancita se risulta coerente rispetto alle norme del capo terzo della legge attinenti alla partecipazione procedimentale in senso stretto (artt. 7 -10), attesa la difficile applicabilità ai procedimenti di massa volti all'adozione di atti generali delle norme che regolano la partecipazione individuale, non trova alcuna giustificazione rispetto all'istituto degli accordi procedimentali. A dimostrazione di tale assunto, si ricorda che nell'originario schema Nigro l'esclusione sancita dall'art. 13 si riferiva alle disposizioni sulla comunicazione di avvio del procedimento e alle conseguenti regole in tema di partecipazione¹⁶⁹ tra le quali non era inizialmente ricompresa la

¹⁶⁷ In senso fortemente critico, cfr. P. Urbani, *Pianificare per accordi*, 2005, in www.pausania.it ; cfr., altresì, le riflessioni di A. Travi, *Accordi fra proprietari e comuni per modifiche al piano regolatore ed oneri esorbitanti*, in *Foro it.*, 2002, V, 274 ss.

¹⁶⁸ A. Travi, *op. loc. cit.*, 276.

¹⁶⁹ Tale esclusione deve poi collegarsi al fatto che nell'originario schema Nigro erano previste, nel contesto della legge generale sul procedimento, norme ad hoc

disposizione sugli accordi che risultava originariamente collocata nel titolo dedicato alla semplificazione dell'azione amministrativa.

Nell'applicazione giurisprudenziale le convenzioni urbanistiche sono generalmente riportate sotto la previsione generale di cui all'art. 11. Ora, considerato che sotto il profilo delle regole applicali agli accordi, già la giurisprudenza antecedente all'art. 11 faceva applicazione delle norme civilistiche valorizzando l'elemento contrattuale e che sotto il profilo procedurale le diverse specie di convenzioni urbanistiche presentano specificità nel procedimento di adozione dettate dalla relativa normativa di settore, l'applicazione dell'art. 11 viene, nei fatti, a rivestire significativa importanza sotto il profilo del radicamento della giurisdizione amministrativa e sotto il profilo altrettanto decisivo dell'applicabilità delle norme in tema di recesso.

Per quanto concerne il primo aspetto, è ricorrente in giurisprudenza l'affermazione che radica la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo rispetto a controversie che vertano su convenzioni urbanistiche in forza dell'espressa qualificazione delle stesse quali accordi sostitutivi e della conseguente applicabilità del comma 5 dell'art. 11. In particolare, l'esistenza di un accordo ex art. 11, accompagnata dall'idea scaturente dall'*obiter dictum* della sentenza della Corte costituzionale 204/2004 circa la

concernenti la partecipazione ai cd. procedimenti di massa (tra i quali erano ricompresi i procedimenti volti all'adozione di strumenti urbanistici) per i quali era prevista una specifica disciplina basata sull'idea della cd. istruttoria pubblica.

ric conducibilità degli accordi procedurali all'esercizio del potere autoritativo, consente alla giurisprudenza di radicare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo al di là dei limiti derivanti dalla stessa sentenza soprarichiamata e dalla successiva giurisprudenza costituzionale¹⁷⁰.

L'applicazione dell'art. 11¹⁷¹ riveste altresì significato sotto il profilo del fondamento normativo della recedibilità unilaterale dalla convenzione che ha sempre rappresentato un punto fermo, ma al contempo problematico, nell'applicazione giurisprudenziale delle convenzioni di lottizzazione.

Si può ricordare, infatti, che la copiosa giurisprudenza formatasi in materia di convenzioni di lottizzazione, pur riconoscendo il valore giuridico degli accordi intercorsi tra le parti e la natura consensuale dello strumento, ha sempre affermato che la pubblica amministrazione conservasse intatta, pur dopo la stipula

¹⁷⁰ Cfr., ad esempio, Cass. Civ., SS. UU., 1 luglio 2009, n. 15388 (in *Archivio giuridico Iuris data*, Giuffrè 2011) che, facendo applicazione dell'art. 11, co. 5, riconduce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la domanda di risarcimento dei danni causati dalla condotta inerte di un comune nell'approvazione di una convenzione di lottizzazione. Il giudice afferma la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulla scorta del ragionamento che l'inerzia del comune non può qualificarsi come un mero comportamento svincolato dall'esercizio di poteri autoritativi, ovvero una mera condotta omissiva rispetto alla quale vengono in rilievo solo posizioni giuridiche di diritto soggettivo, ma piuttosto, inserendosi nel procedimento di formazione della convenzione di lottizzazione, attiene all'esercizio di un potere autoritativo e discrezionale rispetto al quale il privato vanta un interesse legittimo pretensivo.

¹⁷¹ Cfr., Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2009, n. 1477 che testualmente afferma che le convenzioni di lottizzazione in quanto strumenti di attuazione del piano regolatore generale a carattere negoziale sono accordi sostitutivi del provvedimento soggetti alla disciplina dell'art. 11 e, in particolare, alla disciplina del recesso unilaterale per sopravvenuti motivi di interesse pubblico.

della convenzione, la propria potestà pianificatoria e che quest'ultima potesse dispiegarsi anche in contrasto con il contenuto della convenzione. Nella specie, questa giurisprudenza ha sempre riconosciuto come legittima l'eventuale variante al piano regolatore o, ancora, l'adozione di un nuovo strumento urbanistico che mutasse l'originaria destinazione di aree interessate da una convenzione di lottizzazione riconducendoli all'esercizio del generale potere di autotutela *sub specie* di revoca unilaterale della precedente convenzione¹⁷².

In buona sostanza, i giudici hanno sempre ammesso la possibilità per la pubblica amministrazione di rideterminare, nell'esercizio della potestà pianificatoria, l'assetto urbanistico del territorio anche in difformità rispetto alle prescrizioni di piano contrattualmente definite con la lottizzazione attraverso l'adozione

¹⁷² Per la giurisprudenza, *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 14 gennaio 2002, n. 173, dove “una variante al piano regolatore che muti la destinazione di parti di aree interessate da una lottizzazione equivale ad una revoca unilaterale della convenzione”. Sull'obbligo rafforzato di ponderazione, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 15 maggio 2003, n. 2640 in *Riv. giur. edil.*, 2003, I, 1645 dove si stabilisce che “l'amministrazione, in presenza di una lottizzazione regolarmente approvata, ben può introdurre una disciplina urbanistica che sia incompatibile con quella contenuta nella lottizzazione, ma è tenuta ad effettuare una adeguata valutazione comparativa tra l'interesse pubblico che intende soddisfare con la nuova previsione e la situazione di diritto e di fatto sulla quale la nuova destinazione urbanistica è destinata ad incidere, per verificare se ed in quale misura la situazione giuridica già regolata dalla convenzione di lottizzazione possa essere fatta salva”. In senso nettamente contrario, Cons. Stato, sez. IV, 17 settembre 2004, n. 6182, in *Urbanistica e appalti*, n. 4/2005, 454 ss., dove il giudice, sul presupposto della natura privatistica della convenzione di lottizzazione, afferma che un accordo di diritto privato non vincola l'amministrazione sul piano del diritto pubblico, attesa la prevalenza dell'interesse pubblico afferente all'intera collettività sull'interesse individuale tutelato dall'accordo. Cfr. il commento fortemente critico di F. Manganaro, *La specialità amministrativa non può giustificare l'inadempimento delle convenzioni di lottizzazione*, *ibidem*, 454 ss.

di un nuovo piano regolatore ovvero l'approvazione di varianti al piano regolatore vigente anche se contrastanti con le previsioni urbanistiche inerenti all'area interessata dalla lottizzazione e tali da determinare l'impossibilità di dar seguito agli interventi in essa previsti. In assenza di una norma dal contenuto analogo a quanto oggi previsto dall'art. 11 in tema di recesso unilaterale e in assenza altresì, a monte, di una norma che riconoscesse *ex professo* la negoziabilità dell'esercizio delle pubbliche funzioni, la possibilità per il Comune di sciogliersi unilateralmente dalla convenzione, modificando le prescrizioni urbanistiche relative all'area oggetto della lottizzazione, era in passato per lo più spiegata come esercizio di un potere generale esterno al rapporto convenzionale, non reputandosi che la stipula di una convenzione urbanistica potesse sortire l'effetto di consumarlo¹⁷³.

La conciliazione tra, da un canto, il potere dell'amministrazione di esercitare la potestà pianificatoria in contrasto con la convenzione con l'effetto sostanziale di recedere dalla medesima e dall'altro la necessità giuridica di apprestare adeguata tutela all'affidamento del privato lottizzante è stata assicurata attraverso l'enucleazione di una serie di limiti e di un connesso onere motivazionale condizionanti la legittimità del riesercizio del potere. In buona sostanza la giurisprudenza ha fatto

¹⁷³ Chiaramente, Cass., I, 11/10/1958 n. 3220, in *Giur. it.*, 1959, I, 1, 872, in cui si afferma "l'ente pubblico non può vincolarsi nei confronti di un privato ed obbligarsi in futuro a non proporre ovvero a proporre modificazioni al piano regolatore, cioè ad esercitare in un certo modo una pubblica funzione. La convenzione che contiene cotale limitazione è nulla".

discendere dalla convenzione un limite all'esercizio del potere discrezionale della pubblica amministrazione soggetto a un stringente sindacato giurisdizionale. In particolare, i giudici hanno condizionato la risoluzione unilaterale della lottizzazione alla verifica della sussistenza di specifiche ragioni di pubblico interesse tali da rendere indispensabile per il loro perseguimento il sacrificio della posizione dei privati lottizzatori, imponendo così alla pubblica amministrazione l'onere di valutare adeguatamente tale sacrificio e motivare conseguentemente.

Occorre poi considerare che anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 11 della legge 241, non era prevista alcuna tutela patrimoniale a favore del privato lottizzante che avesse subito un pregiudizio a seguito della risoluzione anticipata dell'accordo lottizzatorio. La giurisprudenza infatti tendeva a riconoscere la corresponsione di un indennizzo esclusivamente nei casi in cui esso fosse stato espressamente dedotto in convenzione e solo in qualche pronuncia isolata¹⁷⁴ ha ammesso l'indennizzabilità del pregiudizio economico subito dal privato a prescindere da una clausola contrattuale entro i limiti e sul presupposto di un ingiustificato arricchimento dell'amministrazione.

Si consideri, ancora, come se da un lato l'introduzione ad opera della legge 15/2005 di una compiuta disciplina dell'autotutela decisoria che condiziona la potestà di revoca a una

¹⁷⁴ Cass., SS. UU., n. 4883/1980 in *Foro it.*, 1983, I, 527.

serie di presupposti legittimanti e prevede espressamente la corresponsione di un indennizzo a favore dei soggetti eventualmente pregiudicati dalla revoca stessa, “accorcia” la distanza tra la potestà generale di revoca degli atti amministrativi e il recesso previsto in relazione agli accordi procedurali, dall’altro permangono delle differenze tra le due figure in quanto la facoltà di recesso riconosciuta alla parte pubblica dal comma 4 dell’art. 11 è esercitabile entro limiti più ristretti rispetto a quelli che circoscrivono il generale potere di revoca dei provvedimenti amministrativi di cui all’art. 21^{quinquies} della legge sul procedimento e ciò non può non riverberarsi sull’onere motivazionale della pubblica amministrazione e sulle condizioni di legittimità della decisione di disattendere i contenuti di una precedente convenzione.

Da questo punto di vista si può osservare che da un lato la nutrita giurisprudenza formatasi in tema di revoca unilaterale della convenzione, con la costruzione di un corpo di regole stratificatesi nel tempo, ha verosimilmente orientato le scelte del legislatore del 1990 nella codificazione della facoltà di recesso unilaterale dagli accordi procedurali oggi prevista dal comma 4 dell’art. 11, dall’altro che il modello di disciplina recato dalla previsione *de qua*, oltre a legittimare la recedibilità dalla convenzione per ragioni di interesse pubblico, può determinare un rafforzamento della vincolatività di questi strumenti e una maggiore tutela della posizione dei privati che contrattano con la pubblica

amministrazione¹⁷⁵ che passa attraverso la posizione dell'art. 11 come norma generale di disciplina dell'esercizio consensuale della potestà amministrativa.

Al di là dei limiti di diritto positivo ora visti, ulteriori limiti ai confini applicativi della norma sono ricavati in via interpretativa dalla sua struttura. Così, secondo una tesi emersa sin dai primi commenti alla norma in esame, l'area d'operatività della stessa sarebbe da limitare a quelle sole ipotesi in cui la conclusione dell'accordo si pone in alternativa alla soluzione provvedimentoale (si parla, infatti, a proposito del modello degli accordi ex art. 11 di accordi cd. facoltativi), ovvero a quelle sole fattispecie rispetto alle quali la pubblica amministrazione è titolare di potestà amministrativa esercitabile attraverso l'adozione di atti unilaterali. Sulla base di questa impostazione¹⁷⁶ si è così esclusa l'applicabilità dell'art. 11 ai cd. accordi necessari, ovvero sia a quelle fattispecie che è la legge stessa a configurare come fattispecie convenzionali prevedendo il consenso del privato come necessario ai fini della produzione degli effetti. Questa tesi, pur autorevolmente sostenuta, è stata avversata da altra parte della dottrina e, soprattutto, non ha trovato ampio riscontro nell'elaborazione giurisprudenziale che non esita ad applicare l'art. 11 anche a fattispecie preesistenti che

¹⁷⁵ Cfr. , F. Cangelini, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004, 66 dove si afferma che solo ove dall'art. 11 discendesse una maggiore chiarezza e un significativo incremento della tutela, allora sarebbe opportuna la confluenza al suo interno delle altre fattispecie consensuali.

¹⁷⁶ Per la tesi restrittiva, cfr. F. Cangelini, *op. loc. cit.*, 62 ss. In senso critico, G. Greco, *op. loc. cit.*, 155 ss.

non contemplano l'alternativa provvedimentoale. Come noto e come meglio vedremo nel prosieguo dell'indagine, la giurisprudenza ha fatto rientrare nella figura degli accordi procedimentali sia le concessioni di pubblico servizio sia le convenzioni di lottizzazione¹⁷⁷, cioè figure tipiche previste e disciplinate nella forma consensuale dalle rispettive normative di settore¹⁷⁸.

Sempre sulla base dell'analisi formale della norma e, in particolare, della struttura delle due tipologie di accordo, parte della dottrina esclude l'invocabilità dell'art. 11 rispetto a quelle fattispecie convenzionali caratterizzate dalla compresenza di un provvedimento e di un contratto, ancora sulla scorta del ragionamento che gli accordi contemplati dalla norma sono concepiti in rigida alternativa al provvedimento o in funzione preparatoria del medesimo. Ne sarebbero pertanto escluse quelle situazioni in cui la disciplina degli effetti promana congiuntamente da un provvedimento e da un contratto. Il riferimento è, con tutta evidenza, al fenomeno delle cd. concessioni contratto.

Sul versante opposto, l'impostazione¹⁷⁹ di quanti riconoscono nell'art. 11 un modello concettuale e di disciplina

¹⁷⁷ La giurisprudenza è ormai pressoché pacifica nel ricondurre le convenzioni di lottizzazione agli accordi ex art. 11

¹⁷⁸ In questi casi la scelta della soluzione consensuale è operata, non caso per caso dall'Amministrazione, ma una volta per tutte dalla legge. Si può ricordare, al riguardo, la tesi gianniniana (M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, II ed., Milano, 2002, 450 ss.) relativa a forme di sostituzione in cui la sostituzione di un procedimento con una convenzione non è occasionale ma è prevista istituzionalmente dalla legge.

¹⁷⁹ E. Bruti Liberati, *op. loc. cit.*, 15 ss.

valido per tutte le ipotesi in cui l'amministrazione conclude accordi nell'estrinsecazione di un potere amministrativo funzionalizzato.

Ora, come vedremo nel corso dei paragrafi seguenti, la questione della portata applicativa dell'art. 11 è stata oggetto di analisi giurisprudenziale per lo più rispetto a fattispecie consensuali preesistenti e solo limitatamente rispetto a ipotesi di accordo "atipiche" che dovrebbero trovare il loro titolo di legittimazione nella previsione generale di cui all'art. 11. Rispetto alle seconde la corrispondenza al modello di accordo come configurato dall'art. 11, il loro apprezzamento cioè in funzione preparatoria o sostitutiva di un provvedimento, può rivestire decisiva importanza non solo a fini di disciplina ma prima ancora al fine stesso di poterle considerare giuridicamente rilevanti. Nell'elaborazione giurisprudenziale può riscontrarsi, al riguardo, la tendenza far confluire nella norma anche fattispecie consensuali prive dei caratteri propri delle due figure di accordo descritte dall'art. 11.

1.1 segue: i limiti "interni" al vaglio della giurisprudenza.

Le fattispecie di accordo di cui all'art. 11 si presentano fortemente caratterizzate, pur nella genericità della relativa disciplina, sotto il profilo della struttura procedimentale. La norma,

infatti, configura l'esito consensuale del procedimento in funzione preparatoria o sostitutiva del provvedimento alla cui adozione quel determinato procedimento è prefigurato dalla legge. Su queste basi, parte della dottrina ha ravvisato in tale elemento strutturale un limite insuperabile al raggio d'azione della norma relativamente a fattispecie consensuali non riconducibili al relativo schema procedimentale. Un ulteriore dato attiene alla caratterizzazione in termini facoltativi della soluzione negoziata praticata ai sensi dell'art. 11 con conseguente esclusione dal campo di operatività del modello di quelle figure di accordo previste da leggi di settore in cui la soluzione convenzionale è prefigurata dalla legge come esito necessitato di quel determinato procedimento.

In seno alla giurisprudenza, può ravvisarsi una tendenziale linea di continuità tra le elaborazioni giurisprudenziali anteriori all'introduzione all'art. 11 e la successiva qualificazione alla luce di quest'ultimo di fattispecie convenzionali già ricostruite in termini pubblicistici o, comunque, tenute tradizionalmente distinte dalla comune attività di diritto privato della pubblica amministrazione.

Da questo punto di vista particolarmente singolare appare la vicenda concernente l'evoluzione giurisprudenziale formatasi in tema di cessione volontaria dei beni espropriandi all'indomani dell'art. 11.

L'istituto della cessione volontaria viene introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento dalla legge 2359 del 1865 sotto

il cui vigore, tuttavia, l'accordo tra le parti era per lo più configurato come un accordo per la determinazione dell'indennità, facendosi risalire il trasferimento della proprietà del bene al provvedimento unilaterale che comunque seguiva l'accordo. Nella sua attuale configurazione, la cessione volontaria è stata introdotta dall'art. 12 della legge 865 del 1971 che configura l'accordo come un esito del procedimento espropriativo alternativo all'atto unilaterale d'esproprio e idoneo a determinare il trasferimento della proprietà del bene.

Orbene, nella giurisprudenza anteriore alla legge sul procedimento, tale istituto era pressoché pacificamente ascritto alla categoria dei contratti pubblicistici ed era tenuto nettamente distinto dal corrispondente contratto di compravendita nonostante ne riproducesse lo schema di contratto a prestazione corrispettiva per l'acquisto della proprietà di un bene a fronte del pagamento di un prezzo. Si affermava, infatti, che essa assolvesse alla stessa funzione del decreto d'esproprio e ne producesse i medesimi effetti; ad esempio è pacifico che il trasferimento della proprietà avviene a titolo originario secondo lo schema tipico del procedimento ablatorio.

Tale impostazione trova poi conferma nel disposto dell'art. 45, comma 3, del T.U. 8 giugno 2001, n. 327 secondo cui "l'accordo di cessione produce gli effetti del decreto di esproprio e non li perde se l'acquirente non corrisponde la somma nel termine

concordato”. Prevale infatti in dottrina¹⁸⁰ l’idea della piena aderenza dell’istituto de quo al modello dell’accordo sostitutivo codificato dall’art. 11, in continuità con la tradizionale e prevalente costruzione pubblicistica, l’idea cioè che si sia in presenza di un accordo che sostituisce il provvedimento unilaterale di esproprio e nel quale il prezzo viene a sostituirsi all’indennità pur rimanendo obbligatoriamente vincolato, nel *quantum*, ai parametri per essa stabiliti dalla legge.

In termini diversi, si è invece ripetutamente espressa la Suprema Corte presso la quale si è consolidato un orientamento giurisprudenziale che esclude l’applicazione dell’art. 11 alle cessioni volontarie d’esproprio. L’argomento giuridico su cui si basa la ferma giurisprudenza della Corte di cassazione¹⁸¹ consiste nel negare che nel caso della cessione volontaria ricorra il meccanismo della “sostituzione” tipico degli accordi procedimentali. Si afferma, infatti, che la funzione della cessione volontaria è quella di rappresentare un “modo tipico di chiusura del procedimento d’esproprio secondo modalità ritenute necessarie dalla legge in forza di una relazione legale e predeterminata di alternatività della stessa rispetto al decreto di esproprio”. Secondo questa giurisprudenza, l’accordo di cessione volontaria si differenzerebbe dagli accordi procedimentali per l’assenza

¹⁸⁰ F. G. Scoca, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.* n. 3/2002, 445; G. Greco, *op. cit.*, 156.

¹⁸¹ Cfr., *ex multis*, Cass. Civ., SS. UU., 6/12/2010 n. 24687; Cass. Civ., SS.UU., 7/7/2010 n. 16032; Cass. Civ. SS. UU. 9845/2007; 6130/1994.

dell'attributo della discrezionalità: infatti mentre questi sono discrezionali tanto nell'*an* quanto nel *quomodo*, la cessione bonaria è libera solo nell'*an* ma, quanto al contenuto dell'accordo, non si avrebbe alcun esercizio di discrezionalità posto che esso non può in alcun modo derogare dai prestabiliti parametri legali. Ne discende la qualificazione della cessione volontaria come un'ipotesi di accordo speciale cui non applicabile la disciplina generale recata dall'art. 11. Più in generale, secondo questa giurisprudenza la legge generale sul procedimento non può trovare applicazione in presenza di una disciplina di settore che soddisfa in maniera diversa le esigenze tutelate dalla disciplina generale.

Ora considerato che l'esclusione dell'applicabilità dell'art. 11 non implica la qualificazione in termini contrattualprivatistici della figura, parlando la Corte di accordi speciali legati agli accordi procedurali da un rapporto di *species* a *genus*, considerato altresì che la cessione volontaria integra un contratto ad effetti reali che esaurisce i suoi effetti con il trasferimento del bene, con conseguente inconferenza della problematica relativa al recesso, nel concreto, la principale conseguenza pratica di questo orientamento consiste nell'escludere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le controversie riguardanti la corresponsione del prezzo dovuto al privato. Secondo quest'orientamento, infatti, rimane ferma la giurisdizione del giudice ordinario per le controversie concernenti la determinazione e la corresponsione dell'indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura

ablativa, dovendosi comprendere nella nozione di indennità anche il prezzo della cessione volontaria¹⁸².

Al di là dell'accettabilità o meno di questa impostazione, da essa emerge con nettezza un dato riscontrabile nella generalità delle applicazioni giurisprudenziali della norma in esame: la decisività ai fini dell'inquadramento di una data fattispecie nel tipo normativo dell'accordo procedimentale della pre-questione del riparto di giurisdizione: nel senso che, più che allo scopo di trarne conseguenze sul piano della disciplina sostanziale o ai fini qualificatori, l'art. 11 è per lo più invocato in funzione dell'affermazione o della negazione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Una conferma a questa sommissa notazione può desumersi da una recentissima sentenza della stessa Corte di cassazione¹⁸³ che, nella diversa materia delle convenzioni di lottizzazione massimizza la portata applicativa dell'art. 11 estendendola, sul presupposto che la norma configura un'ipotesi di giurisdizione esclusiva peculiare in quanto non correlata ad una data materia, ma piuttosto ad una determinata tipologia di atto, quale che sia la materia che ne forma oggetto, alla controversia riguardante

¹⁸² Ex art. 34 d. lgs. 31 marzo 1998, n. 80, ex art. 53 D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 e, da ultimo, ex art. 133, lett. f) d. lgs. 2 luglio 2010 n. 104.

¹⁸³ Cass., SS. UU., 3 febbraio 2011, n. 2546. La sentenza solleva più di una perplessità, non solo per la difficile sussunzione del caso concreto nel modello di accordo procedimentale previsto dall'art. 11, ma anche per il dubbio che la norma possa costituire la base giuridica per la stipulazione di accordi di natura transattiva, attesa l'incompatibilità già sul piano logico della "definitività" tipica della funzione transattiva con il regime degli accordi procedimentali.

l'inadempimento di una transazione intervenuta tra un comune e dei soggetti privati a seguito dell'instaurazione di un contenzioso scatenato da una procedura espropriativa, con la quale il Comune si era impegnato a approvare delle lottizzazioni private in cambio della cessione gratuita di alcune aree per la realizzazione di opere pubbliche.

Un'ulteriore limitazione alla portata applicativa della norma è stata ravvisata rispetto all'attività vincolata. Tale limite, direttamente ricavabile dalla lettera della norma rispetto all'accordo endoprocedimentale, sarebbe altresì predicabile rispetto alla diversa figura dell'accordo sostitutivo, osservandosi che, nelle ipotesi di attività amministrativa vincolata, la predeterminazione ad opera della legge dell'assetto degli interessi impedirebbe spazi per una definizione negoziata del procedimento¹⁸⁴, atteso che ogni deviazione dalla disciplina legale si tradurrebbe in una regolamentazione *contra legem*.

Ora, se la funzione tipica assoluta dall'accordo procedimentale consiste nella individuazione e definizione dell'assetto degli interessi con l'acquisizione del consenso dell'interessato, è evidente che l'ambito naturale della sua praticabilità risulta essere quello dell'attività amministrativa discrezionale. Nondimeno giurisprudenza e dottrina sembrano concordare nell'ammettere spazi di negoziazione rispetto a quei

¹⁸⁴ Così, W. Giulietti, *La conclusione di accordi tra amministrazioni e privati dopo la legge 15/2005: ambito applicativo e profili sistematici*, in *Rassegna forense*, 2005.

limitati aspetti dell'attività amministrativa vincolata che presentino profili, ancorchè ristretti, di discrezionalità. Così ad esempio, la giurisprudenza¹⁸⁵ ha ammesso la configurabilità di un accordo procedimentale nell'ambito di un procedimento volto al rilascio di un permesso di costruire in sanatoria, con riferimento a un "verbale di audizione" con cui il privato si era impegnato ad eseguire determinate opere a regolarizzazione dell'abuso in vista dell'ottenimento del titolo edilizio. In questa vicenda il Consiglio di Stato ha affermato che "anche nel caso di procedimento finalizzato alla adozione di provvedimento di natura sostanzialmente vincolata, come le autorizzazioni in materia edilizia, sussistono fasi in cui l'amministrazione deve esercitare poteri chiaramente discrezionali- quantomeno sotto il profilo tecnico, attinenti al *quomodo* al *quando* e al *quantum* degli adempimenti da eseguire".

A ben vedere, nel caso in esame l'accordo raggiunto dalle parti risulta difficilmente sussumibile nello schema normativo dell'art. 11 rigorosamente interpretato. Esso infatti lungi dall'intervenire in funzione integrativa o sostitutiva del provvedimento, interviene sui presupposti applicativi¹⁸⁶ dell'atto vincolato il cui accertamento non di rado impone valutazioni di ordine tecnico. Si lambisce per questa via, sembra, il delicato

¹⁸⁵ Il riferimento è a Cons. Stato, sez. IV, 10 dicembre 2007, n. 6344 in *Diritto e pratica amministrativa-Il sole 24 ore*, n. 2/2008, 26 ss.

¹⁸⁶ Cfr., D. Sorace, *Accordi amministrativi e accertamenti con adesione*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2009, 135 ss.

rapporto tra discrezionalità amministrativa propriamente detta e discrezionalità tecnica e la stessa configurabilità di quest'ultima come categoria omogenea alla prima¹⁸⁷.

In una fattispecie in parte analoga, il giudice amministrativo¹⁸⁸ si è spinto ad ammettere la praticabilità e la liceità di un accordo in forza del quale il privato si è impegnato a porre in essere azioni vantaggiose per l'ambiente ottenendo "in cambio" dalla pubblica amministrazione un'autorizzazione paesaggistica "in sanatoria" al di fuori dei casi tipizzati previsti dalla legge. In questo caso è evidente che attraverso l'accordo le parti hanno direttamente rideterminato i presupposti applicativi della disciplina di legge, in aperto contrasto con il principio di legalità che secondo il giudice può essere superato¹⁸⁹ quando il privato assuma obblighi che, benché non previsti dalla legge, ridondino a vantaggio dell'interesse pubblico. Sembra quindi che il consenso sia qui utilizzato per temperare i rigori della legge sul

¹⁸⁷ Nell'impostazione di Giannini, la discrezionalità tecnica si differenzia profondamente da quella amministrativa costituendo, non espressione di volizione, quanto piuttosto espressione di giudizio, di un'attività di tipo cognitivo.

¹⁸⁸ Il riferimento è a TAR, Lombardia, Brescia, n. 317/2008 cit. in S. Frego Luppi, *op. loc. cit.*, 713.

¹⁸⁹ Si richiama la giurisprudenza in materia di convenzioni urbanistiche, con particolare riguardo alla quantificazione degli oneri di urbanizzazione, per affermare il principio secondo cui la volontà delle parti dedotta in convenzione può derogare alla disciplina legale. In particolare, poi si afferma "se il privato è disposto ad assumere oneri specifici per migliorare la situazione ambientale e se è accertato che dalle opere abusive non può derivare alcun danno collaterale all'ambiente, l'ordine di demolire quale condizione necessaria per ottenere l'autorizzazione di opere identiche appare fondata su un'interpretazione irragionevole del quadro normativo e impone al privato un sacrificio non conforme al principio di proporzionalità".

presupposto della contestuale e convergente soddisfazione dell'interesse pubblico e dell'interesse privato sottostanti.

2. Le concessioni di servizi pubblici tra sistemazioni interne e diritto comunitario.

La figura della concessione di servizio pubblico, e ancor prima l'analoga figura della concessione di beni pubblici, ha polarizzato intorno a sé un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale ai fini di un suo compiuto inquadramento dogmatico all'interno del sistema. Le linee essenziali di questo dibattito sono state riportate e discusse nel corso del primo capitolo in sede di ricostruzione della controversa teorica del cd. contratto di diritto pubblico. In questa sede si tratta di verificare come questo dibattito si sia evoluto a seguito dell'introduzione dell'art. 11 della legge sul procedimento, quale rapporto cioè la nostra scienza giuridica abbia individuato tra la dogmatica, per lo più giurisprudenziale, della concessione di servizio pubblico e l'introduzione di una norma di diritto positivo elettivamente votata alla disciplina di quei rapporti convenzionali che si instaurano in collegamento con l'esercizio di potestà pubblicistiche. Vedremo poi come le perduranti difficoltà di inquadramento della figura in esame, attesa la complessità e la pluralità di esigenze ad essa sottese, incrocino oggi un fattore di ulteriore complicazione nell'influenza del diritto comunitario che, come in altri casi

accaduto, “ignora” categorie e sistematiche proprie del nostro diritto nazionale .

Storicamente, le diverse ricostruzioni dell’istituto in esame hanno rappresentato un vivace terreno di confronto tra i fautori del contratto di diritto pubblico, che reca con sé l’idea dell’esistenza di uno statuto dell’azione amministrativa tale da “snaturare” l’essenza stessa della regolazione consensuale dei rapporti giuridici ove questa interferisca con l’esercizio delle potestà pubblicistiche, e i fautori delle concezioni dualistiche, introdotte dalla giurisprudenza, che fanno risiedere la “specificità” di questi modelli convenzionali nel solo dato empirico del loro necessario collegamento con un provvedimento amministrativo, fatta salva la loro natura di contratti secondo una qualificazione che rimanda al diritto comune.

A questa contrapposizione tradizionale che risente dei caratteri propri di un modello ordinamentale a diritto amministrativo e che si è tramandata sino ai giorni nostri¹⁹⁰, si è di recente sovrapposta la lettura del fenomeno concessorio proveniente dal diritto comunitario recepita dal legislatore nazionale nel contesto della disciplina delle procedure concorsuali di scelta del contraente per l’affidamento dei contratti pubblici. Nell’ottica del legislatore comunitario, la concessione è inquadrata e disciplinata ai soli fini del rapporto e della distinzione tra l’appalto di servizi che, a differenza della prima, è interamente

¹⁹⁰ Cfr., di recente, B. Gilberti, *La concessione di pubblico servizio tra sistematiche nazionali e diritto comunitario*, in *Dir. amm.*, 1/2011, 183 ss.

soggetto alla normativa comunitaria in materia di contratti pubblici ravvisandosi, riconosciuta la comune natura contrattuale, la linea distintiva nel criterio strutturale del carattere bilaterale o trilaterale del rapporto e, correlativamente, nella diversa “fonte” della remunerazione del concessionario.

Il dato normativo di riferimento è oggi rinvenibile, in attuazione della direttiva comunitaria 2004/18/CE, nell’art. 3, comma 12, del d. lgs. 163/2006 che definisce la “concessione di servizi” come quel “contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo, in conformità dell’art. 30”. A sua volta, il suddetto art. 30, nel sancire, in via generale, l’inapplicabilità delle norme del codice alle concessioni di servizi, precisa che “nella concessione di servizi la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio”. Ora, dalle definizioni sopra riportate che, si ripete, sono adottate nell’ottica del diritto comunitario, non si ricava la fondamentale distinzione tra la nozione di “servizi” *tout court* e la nozione di “servizio pubblico” propriamente data nella quale risiede l’essenza, per il diritto nazionale, del fenomeno concessorio. Tipicamente, infatti, lo strumento della concessione quale tecnica di instaurazione del rapporto tra amministrazione e soggetto affidatario del servizio, alternativa all’affidamento

mediante contratto di appalto, è stata fin dalle origini utilizzata per quei servizi che si caratterizzano per la circostanza decisiva che le prestazioni che ne sono oggetto sono rese, non a favore del soggetto pubblico che affida il servizio, ma in favore della collettività per il soddisfacimento di interessi generali strettamente connessi al benessere sociale ed economico che, in un dato momento storico, l'autorità pubblica è chiamata a garantire.

Ora, il principale portato della limitata rilevanza comunitaria delle concessioni di servizi consiste nella regola nella soggezione delle procedure di scelta del soggetto affidatario del servizio, a mente del sopracitato art. 30, ai principi di diritto comunitario desumibili dal Trattato e ai principi in materia di contratti pubblici quali, in particolare, i principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità e al rispetto della regola minima del previo esperimento di una gara informale¹⁹¹. Fatta pertanto salva la garanzia della concorrenza nella fase genetica del rapporto ai fini dell'individuazione del concessionario, il diritto comunitario si disinteressa sostanzialmente dell'istituto concessorio

¹⁹¹ Corte di Giustizia, 21 luglio 2005, causa C-231/03; Corte di Giustizia, 13 ottobre 2005, causa C-458/03 in *Dir. com. scambi int.*, 4/2005, 685 ss.; Cfr., altresì, Consiglio di Stato, V, 19 giugno 2009, n. 4035 in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, n. 1/2010, 316 ss., secondo cui ai sensi dell'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo i principi comunitari direttamente ricavabili dal Trattato, o dichiarati dalla Corte di Giustizia, di concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, mutuo riconoscimento, pubblicità, trasparenza, imparzialità e proporzionalità, devono essere applicati all'attività di diritto privato della pubblica amministrazione anche quando la stessa non sia obbligata ad attivare procedure di evidenza pubblica. In particolare, si applicano sia alle concessioni di beni pubblici sia alle concessioni e appalti di pubblici servizi.

in quanto tale: è compito dell'interprete apprezzare e verificare l'incidenza delle norme sopra ricordate sulla ricostruzione giuridica del fenomeno.

Ora nella lunga storia delle concessioni di servizi pubblici, il riconoscimento della natura "contrattuale" della relazione che si instaura tra amministrazione e concessionario ha sempre trovato posto nella ricostruzione del fenomeno e nella sua applicazione giurisprudenziale, senza tuttavia esaurirne per intero la rilevanza degli effetti sul piano giuridico.

Se ci si riporta alle origini del fenomeno, può constatarsi come siano sempre stati presenti nella genesi del rapporto tra amministrazione pubblica e soggetto concessionario un momento "provvedimentale", inteso come l'esercizio di una potestà amministrativa di disposizione di un bene o di un'attività sottratti alla comune circolazione giuridica e nell'esclusiva titolarità del soggetto pubblico, e un "momento contrattuale" volto a regolamentare le reciproche obbligazioni nascenti dal rapporto concessorio. L'importanza della forma contrattuale è, in particolare, evidente nella disciplina positiva dei primi esempi di concessioni di servizi pubblici locali. Il riferimento è, ad esempio, al T.U. 15 ottobre 1925 n. 2578 sulla municipalizzazione dei pubblici servizi il cui art 26, nel contemplare la possibilità di attuazione dei servizi in parola, anziché attraverso la gestione diretta, mediante concessione all'industria privata, stabilisce l'obbligo di riservare nel relativo "contratto" di concessione la

facoltà di riscatto a favore del Comune e a condizioni non maggiormente onerose di quelle previste dal precedente art. 25. Un ulteriore esempio, valorizzato dalla dottrina sino ai giorni nostri¹⁹², è costituito dal R.D. 14 settembre 1931 n. 1175 sulla finanza locale che sottoponeva i relativi “contratti di concessione” agli stessi procedimenti (asta pubblica, licitazione privata o trattativa privata) e agli stessi controlli previsti per i contratti comunali e provinciali di diritto privato. D’altro canto, altre fonti legislative attribuivano rilievo preminente nell’instaurazione del rapporto al provvedimento concessorio unilaterale al quale ricollegavano l’effetto costitutivo dello stesso, configurando la convenzione con il concessionario come un atto distinto e accessivo al provvedimento. Un esempio¹⁹³ in questa direzione era offerto dal R.D. 9 maggio 1912 n. 1447 sulle ferrovie concesse all’industria privata, sulle tranvie e automobili, il cui art. 20 espressamente sanciva che la concessione assumeva la forma del decreto (reale) e si basava su un capitolato, che veniva a costituire il presupposto dell’atto unilaterale di concessione.

A caratterizzare peculiarmente queste fattispecie è la natura pubblica dell’oggetto¹⁹⁴, trattandosi di attività o beni “riservati”

¹⁹² Cfr., G. Greco, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, n. 3-4/1999, 381 ss.

¹⁹³ Per questi riferimenti, M. Gallo, *Contratto di diritto pubblico* (voce), in

¹⁹⁴ Quello dell’inerenza del contratto ad un oggetto pubblico, cioè ad un bene giuridico qualificato da norme di diritto pubblico e sottratto alla normale circolazione tra privati, rappresenta uno tra i principali criteri identificativi della categoria del contratto di diritto pubblico elaborati dalla dottrina. Tra le prime

all'autorità pubblica il cui esercizio (o il cui godimento, nella fattispecie analoga della concessione di beni demaniali o del patrimonio indisponibile) viene trasferito in capo a soggetti privati.

Da questo punto di vista le concessioni, a differenza di altre figure riconducibili alla tematica dei contratti amministrativi, non presuppongono in capo alla pubblica amministrazione una situazione di potere¹⁹⁵, nel senso consueto di potere autoritativo consistente nella capacità di incidere unilateralmente nella sfera giuridica di altri soggetti dell'ordinamento, ma l'esercizio di una pubblica funzione da cui scaturiscono effetti accrescitivi della sfera giuridica dei destinatari.

Tale ineludibile momento provvedimentale originariamente presente nella fase genetica del rapporto ha fatto sì che nella visione complessiva delle vicende concessorie prevalesse una lettura di segno pubblicistico. Invero, anche la concezione dualistica che pure ricostruisce il rapporto tra amministrazione concessionario come un rapporto contrattuale di diritto privato,

sentenze in termini, Cass., ss. uu., 9/2/1918 (in *Foro it.*, 1918, 487) che, nel qualificare in termini pubblicistici un rapporto avente ad oggetto la concessione di un servizio di illuminazione stradale, osserva che "l'Amministrazione, in questo caso non agisce meramente iure privato rum, come compratrice di merci o conduttrice di opere, ma attua l'ufficio della sua potestà ..., su materia che è fuori di commercio e che è soggetta soltanto alle disposizioni della pubblica autorità".

¹⁹⁵ Un discorso in parte analogo può farsi rispetto alla figura dei contratti di sovvenzione attraverso cui l'amministrazione eroga a dei soggetti privati degli ausili finanziari, che appunto sono considerati espressione di un potere amministrativo non autoritativo, ravvisandosi lo *specimen* delle potestà pubblicistiche non nell'attributo della imperatività, ma nella sottoposizione ad un complesso di regole dirette a garantire la funzionalità del loro esercizio a obiettivi di carattere pubblico.

riconosce la caducazione automatica del contratto a seguito della revoca del provvedimento concessorio e, dunque, la “parziale” disponibilità del vincolo contrattuale in capo alla parte pubblica scaturente dall’esercizio di una potestà esterna al contratto ma idonea a incidere sulla sua sopravvivenza¹⁹⁶.

Come riconosciuto in dottrina¹⁹⁷ queste teorie che hanno portato allo “sdoppiamento” di una fattispecie complessa in due atti distinti hanno, presumibilmente, avuto origine da ragioni pratiche attinenti al riparto di giurisdizione ma si sono basate su una falsificazione della realtà empirica essendo dimostrata nella prassi amministrativa la natura unitaria, anche da un punto di vista-giuridico formale oltreché sostanziale, della fattispecie.

La costruzione pubblicistica di essa, passata attraverso la teorica del contratto di diritto pubblico, ha avuto fortuna fino ai giorni nostri inducendo autorevole dottrina e gran parte della giurisprudenza a ricondurre la figura nell’alveo dell’art. 11 della legge sul procedimento. Benché si riconosca la difficoltà di configurare la concessione di servizi come un accordo sostitutivo, l’art 11 è così invocato come norma generale di disciplina di ogni forma convenzionale che involga l’esercizio di potestà pubblicistiche¹⁹⁸. Anche nella giurisprudenza è possibile riscontare

¹⁹⁶ Cfr., Cons. Stato, IV, 19/1/1988 n. 11 in *Foro amm.*, 1988, 35.

¹⁹⁷ G. Falcon, *Convenzioni e accordi amministrativi* (voce), in

¹⁹⁸ In questo senso, G. Greco, *op. loc. cit.*, 381 ss., il quale osserva come gli elementi essenziali della disciplina recata dall’art. 11 (applicabilità dei principi civilistici, risolubilità del rapporto per sopravvenute esigenze di diritto pubblico

una frequente applicazione dell'art. 11 che, significativamente, viene invocato ai fini del radicamento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (superando così le strettoie nell'applicazione degli artt. 33 e 35 del d. lgs. 31 marzo 1998 n. 80 scaturenti dalla sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale) e nella direzione, valorizzata al massimo la previsione di cui al comma 2 dello stesso, della più piena e ampia applicazione delle norme civilistiche, specie con riferimento alla fase esecutiva del rapporto concessorio, escludendosi in via tendenziale la sopravvivenza di potestà in capo alla pubblica amministrazione capaci di incidere unilateralmente sullo stesso.

Così, ad esempio, in una recentissima sentenza¹⁹⁹, il Consiglio di Stato qualificato come accordo ex art. 11 l. 241/1990 la convenzione di affidamento di un servizio pubblico afferma che l'esecuzione di questi accordi deve considerarsi sottoposta alle comuni regole civilistiche in tema di adempimento, nonché agli obblighi di buona fede delle parti. Prosegue affermando che l'esistenza nell'ambito di un rapporto convenzionale di un potere

e giurisdizione esclusiva) risultano perfettamente coerenti con i parametri tradizionali di disciplina delle concessioni di pubblici servizi risultanti dall'applicazione giurisprudenziale. In senso critico, B. Gilberti, *op. loc. cit.*, 229, secondo il quale la concessione non si sostituisce ad un provvedimento, sicché l'applicazione dell'art. 11 alle concessioni dovrebbe avvenire solo per analogia; l'Autore esclude tuttavia anche questa soluzione e attribuisce alle concessioni natura contrattuale. In generale, ammette la possibilità di un'applicazione analogica dell'art. 11 E. Bruti Liberati, *op. cit.*, secondo il quale esistono figure di contratto pubblico non direttamente inquadrabili nell'art. 11 rispetto alle quali questo potrebbe applicarsi solo in via analogica.

¹⁹⁹ Cons. Stato, sez. IV, 4797/2011 in *Iuris Data Archivio giuridico* 2011 che, richiama in termini, Cons. Stato 2568/2010 e Cons. Stato 9347/2010 *ibidem*.

discrezionale del soggetto pubblico non vale di per sé ad escludere che il giudice debba fare applicazione diretta anche della disciplina dell'inadempimento del contratto allorché una parte del rapporto contesti alla controparte un inadempimento. Su queste basi si precisa che nella valutazione che il giudice amministrativo è chiamato a compiere devono trovare ingresso anche le regole di diritto comune sulla imputabilità dell'inadempimento, sulla prova del danno cagionato sulla congruità e proporzionalità della relativa sanzione. In buona sostanza, il giudice amministrativo esclude che i presupposti dell'inadempimento e la loro idoneità a determinare lo scioglimento del vincolo contrattuale, nell'interesse della parte pubblica, possano formare oggetto di valutazioni discrezionali della stessa posti a base di un inesistente potere unilaterale di scioglimento del vincolo²⁰⁰.

Ora, se si ripercorre ad ampio raggio l'evoluzione normativa sviluppatasi in materia di servizi pubblici (un discorso diverso andrebbe fatto, ovviamente, per le figure affini delle concessioni di beni demaniali e delle concessioni di opere pubbliche) può constatarsi come l'idea della "riserva" in capo

²⁰⁰ Nello stesso senso, Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 2006, n. 236, con nota di L. Monteferrante, *Il diritto dei contratti conquista gli accordi*, in *Urbanistica e appalti*, n. 8/2006, 955 ss., relativa alla convenzione integrativa di una concessione di servizio pubblico avente per oggetto l'accertamento e la riscossione di tributi comunali che il giudice qualifica come un accordo sostitutivo di provvedimento ai sensi dell'art. 11. Su queste basi il giudice esclude la natura provvedimentoale dell'atto di scioglimento unilaterale del rapporto adottato dal comune concedente, escludendo altresì l'operatività delle regole sull'impugnazione dei provvedimenti amministrativi e la rilevanza di eventuali vizi di legittimità dell'atto del comune.

all'autorità pubblica delle attività ci riporta al passaggio dallo Stato liberale allo Stato pluriclasse, con la progressiva attrazione alla sfera organizzativa pubblica di attività che vengono a rivestire carattere pubblicistico, pur consistendo in attività di prestazione di utilità che possono essere rese anche dall'impresa privata²⁰¹, nella misura in cui un soggetto pubblico le assume come doverose, rilevando per questa via quale oggetto di una pubblica funzione amministrativa.

Come è stato scritto²⁰², “i servizi pubblici e la loro effettiva realizzazione sono stati una componente essenziale dei mutamenti della forma di Stato a cavallo dei due secoli precedenti, così come sono stati e sono ancora adesso una componente essenziale dell'evoluzione dei sistemi a diritto amministrativo. L'effettività dei servizi è stata, infatti, una delle spinte, forse quella più importante, per fare evolvere il sistema a diritto amministrativo, sia per il verso dell'utilizzazione di strumenti giuridici privatistici, sia per quello di assumere un nuovo concetto di organizzazione pubblica che coinvolgesse anche i privati; insomma, ha aperto la strada alla pari ordinazione o, almeno, alla pari dignità pubblico-privato e ad una nuova consapevolezza della funzione amministrativa. Funzione non più considerata prioritariamente

²⁰¹ Sulle origini cfr., I. M. Marino, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1987; S. Licciardello, *Percorsi di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2008, *sub cap.* III.

²⁰² I. M. Marino, *Effettività, servizi pubblici ed evoluzione dei sistemi “a diritto amministrativo”*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 67 ss.

nella sua esigenza di regolamentazione perché esercizio di potere pubblico, ma, soprattutto, per la sua qualità di dovere nel perseguire conseguire gli interessi pubblici”.

Se tale dato è reputato tuttora valido, nonostante i noti fenomeni di privatizzazione, la “pubblicità” nei termini anzidetti può tuttora considerarsi coesistente alle concessioni di pubblici servizi, al di là della caratterizzazione in termini squisitamente contrattuali del rapporto interno intercorrente tra autorità concedente e privato concessionario. In quest’ottica, la “pubblicità” attiene, non tanto al piano dell’attività, quanto al piano finalistico degli interessi tutelati, trattandosi di interessi generali facenti capo alla collettività e attinenti allo svolgimento della personalità di ciascun individuo all’interno della società organizzata.

Tale peculiare connotazione dei servizi pubblici fa sì che essi si collochino in una zona di confine tra diritto pubblico e diritto privato. Si è assistito, infatti, ad una progressiva attrazione dei rapporti d’utenza nell’ambito del diritto comune, mentre al diritto pubblico fa capo l’organizzazione complessiva dei medesimi, attinente ai profili dell’assunzione del servizio nella sfera pubblica, della scelta dei modelli di gestione e correlative eventuali modalità di affidamento, della regolazione dei rapporti tra amministrazioni e soggetti gestori, nonché infine ad ogni altro profilo regolamentare sottratto all’autonomia privata. Senz’altro le politiche di privatizzazione e di liberalizzazione avviate su impulso

delle istituzioni comunitarie nel campo dei servizi pubblici a rilevanza imprenditoriale hanno accentuato, anche attraverso l'apertura al mercato di interi settori, il graduale spostamento verso il diritto comune dell'attività di erogazione dei servizi. In relazione a questi ultimi, si è andata sviluppando una visione nuova secondo la quale "i servizi pubblici...sono ormai una parte del mercato concorrenziale e non una dimensione dei pubblici poteri" e in essi "l'interesse tutelato, come indica anche la tendenza a sostituire la qualificazione di pubblico con quella di universale, non è più imputato allo Stato, ma è direttamente quello agli utenti a fruire di determinati servizi²⁰³".

Se si riconsidera la questione della collocazione dogmatica della concessione di servizi pubblici alla luce di quest'ordine di considerazioni appena accennato, si può ritenere che l'apprezzamento della rilevanza pubblicistica dell'attività²⁰⁴ di servizio pubblico nel senso sopra precisato non esclude la caratterizzazione in termini contrattuali e paritari del rapporto obbligatorio che si instaura tra l'amministrazione e il privato

²⁰³ Così, testualmente, G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, 145.

²⁰⁴ Cfr., P.L. Portaluri, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali*, Milano, 1998, 249 dove testualmente "si coglie la difficoltà di rendere in termini schiettamente privatistici l'essenza di un rapporto che conosce, alla radice della sua stessa esistenza un forte profilo assiologico, di carattere pubblico, attesa l'indissolubilità del nesso che collega l'interesse da soddisfare mediante il servizio con il soggetto pubblico attributario: quel rapporto, pertanto, è necessariamente da scrivere al mondo del diritto pubblico. D'altro lato, un'attrazione integrale delle relazioni concessorie nel polo pubblicistico comporta non minori motivi di insoddisfazione, ove si tengano ben presenti il sostrato economico e le finalità effettive del rapporto".

concessionario. Del resto, se si considera la tendenza giurisprudenziale ad un'applicazione integrale nella fase esecutiva di rapporti concessori, ancorchè ricondotti allo schema degli accordi ex art. 11, delle comuni regole civilistiche in materia di inadempimento e risoluzione del contratto, risulta abbastanza chiaro che il nodo centrale risiede nel riconoscimento o meno in capo al soggetto pubblico della "disponibilità" del rapporto concessorio per ragioni di pubblico interesse, con conseguente ammissione della sottoposizione dell'accordo al generale potere di revoca dell'amministrazione (ovvero, applicando l'art. 11, alla facoltà di recesso unilaterale).

D'altro canto non si può trascurare di osservare che, per effetto della qualificazione in termini squisitamente contrattuali della fattispecie sulla scorta dell'influenza del diritto comunitario, se da un lato si soddisfa l'esigenza di tutela della concorrenza attraverso l'applicazione dei principi di cui all'art. 30 del d. lgs. 163/2006 anche ai procedimenti di scelta del concessionario, c'è da chiedersi se permanga la necessità dell'imputazione dell'effetto concessorio ad un provvedimento impugnabile, anche per eccesso di potere, al fine di apprestare una idonea garanzia ai soggetti terzi, così soddisfacendo l'esigenza costituzionale di un controllo pubblicistico sull'agire delle pubbliche amministrazioni.

3.Pianificazione urbanistica e consenso prima e dopo l'art. 11 della legge 241/1990.

L'esame della prassi amministrativa e della elaborazione giurisprudenziale consente di individuare nelle diverse figure della cd. urbanistica consensuale uno tra i campi elettivi di applicazione dell'art. 11 . Con l'espressione urbanistica convenzionale ci si riferisce a quella tendenza ,che come vedremo ha radici lontane ma assume dimensioni sempre crescenti, alla diffusione del metodo del consenso e della collaborazione pubblico-privato per il perseguimento di obiettivi di interesse generale cui il potere di pianificazione territoriale e urbanistica è funzionale²⁰⁵.

Nel quadro attuale dell'ordinamento positivo sono riconducibili a questo fenomeno disparati esempi di atti a struttura contrattuale che si inseriscono a livelli diversi dei processi di pianificazione dell'uso del territorio unitariamente note con il nome di convenzioni urbanistiche di cui la convenzione di lottizzazione costituisce l'esempio più emblematico, oltre che quello più antico.

Occorre premettere che il tentativo in questa sede di tracciare un quadro degli attuali strumenti dell'urbanistica consensuale riguardati sotto il profilo della riconducibilità al modello di cui all'art. 11 è reso complicato dalla estrema varietà di questi strumenti, posto che si tratta spesso di figure che rinvenono

²⁰⁵ Vedi, P. Urbani – S. Civitarese Matteucci, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Torino, 2010, 315 ss.

la loro disciplina nelle diverse legislazioni regionali o, altrettanto spesso, si assiste all'inserimento di momenti convenzionali variamente caratterizzati all'interno dei processi pianificatori ad opera degli stessi strumenti urbanistici generali comunali. Questa constatazione preliminare ci riporta del resto alle origini del fenomeno che nasce e si sviluppa sul terreno della prassi alimentando un ampio e controverso dibattito tra gli studiosi data la difficoltà, che tuttora permane, di un sicuro inquadramento dal punto di vista giuridico²⁰⁶.

In questo quadro composito la figura che è stata oggetto di maggiore diffusione e al contempo di maggiore approfondimento dal punto di vista della scienza giuridica è sicuramente costituita dalla convenzione di lottizzazione. La trattazione di essa nel contesto di questo lavoro riveste interesse sotto diversi e concorrenti punti di vista: da un lato, ripercorrere la storia dell'istituto ci consente di ricostruire l'evoluzione dell'elaborazione dogmatica sul tema del cd. contratto di diritto pubblico che, come visto, continua a rappresentare un modello in uso presso la nostra scienza giuridica che tuttora condiziona l'interpretazione della figura degli accordi procedimentali;

²⁰⁶ Cfr. le interessanti riflessioni di R. Ferrara (*Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, Milano 1985, 69 ss.) il quale osserva come si possa riscontrare "la tendenza ad inscrivere gli accordi stipulati tra i privati e la pubblica amministrazione, al fine di disciplinare consensualmente l'assetto urbanistico di una data porzione di territorio, in una sorta di terra di nessuno, quasi in un limbo nel quale vengono scopertamente privilegiati i profili funzionali e organizzatori dell'istituto, in luogo di quelli più strettamente giuridici e dogmatici".

dall'altro le convenzioni di lottizzazione costituiscono la principale figura consensuale ascritta all'art. 11 la cui disciplina può sotto alcuni aspetti ritenersi sia stata "anticipata" proprio dalle regole già elaborate dalla giurisprudenza su di essa.

Nel risalire alle origini dell'istituto²⁰⁷ si è constatato come esse siano nate alla stregua di contratti con i quali dei soggetti privati interessati all'edificazione di una certa area del territorio comunale (tipicamente zone di espansione dell'aggregato urbano) concordavano con il Comune l'assetto da dare a quella porzione di territorio, per cui da un lato i privati proponenti si impegnavano a realizzare le opere occorrenti per l'urbanizzazione dell'area, dall'altro l'amministrazione comunale si impegnavano ad assentire la realizzazione dei volumi edilizi concordati e a riconoscere il nuovo insediamento come ampliamento del centro urbano. E in effetti, il primo riconoscimento "normativo" di convenzioni così caratterizzate si fa risalire proprio ai regolamenti comunali in materia edilizia. Con la edificazione dello Stato a "diritto amministrativo" il fenomeno, pur continuando a diffondersi nella prassi, non ricevette alcun riconoscimento sul piano del diritto positivo e fu pressoché ignorato dalla scienza giuridica. La stessa legge urbanistica (legge 1150/1942) nella sua versione originaria contemplava le sole lottizzazioni ad iniziativa pubblica, configurandole come strumenti pianificatori di terzo livello ascritti

²⁰⁷ Per un completo inquadramento storico, V. Mazzei, *Le convenzioni urbanistiche*, Bologna 1979.

alla competenza del sindaco. L'introduzione della disciplina legale della figura risale infatti alla novella dell'art. 28 della legge urbanistica fondamentale apportata dalla legge 765/1967 (cd. legge Ponte).

La relativa disciplina, tuttora vigente, prevede l'autorizzazione comunale della lottizzazione di aree sul presupposto dell'avvenuta adozione del piano regolatore generale (o del programma di fabbricazione) e in assenza del piano particolareggiato di esecuzione al quale, quanto agli effetti, la lottizzazione viene sostanzialmente equiparata. La norma prosegue stabilendo che l'autorizzazione comunale è subordinata all'avvenuta stipula di una convenzione della quale sono parti il Comune e i privati proprietari delle aree che, pertanto, è prevista come obbligatoria. L'articolazione del procedimento che dà vita alla lottizzazione a iniziativa privata ha determinato diverse prospettazioni teoriche quanto all'inquadramento del fenomeno e all'incidenza in esso del momento consensuale. La presenza nella fattispecie complessivamente considerata di un provvedimento amministrativo, quale la delibera di autorizzazione²⁰⁸ dell'organo consiliare, e di un'annessa convenzione ha favorito letture dualistiche configuranti la convenzione come un accordo, avente natura di contratto di diritto privato, accessivo ad un provvedimento. In quest'ottica che considera le convenzioni

²⁰⁸ Al di là del *nomen iuris* utilizzato, il contenuto della delibera dell'organo consiliare consiste sostanzialmente nell'approvazione del piano di lottizzazione presentato dal proprietario lottizzante.

urbanistiche come veri e propri contratti a prestazioni corrispettive, le parti di esse afferenti all'organizzazione del territorio sono evidentemente considerate come meramente riproduttive di vincoli e prescrizioni contenuti nello strumento urbanistico generale di riferimento, ovvero gli effetti pianificatori dell'intera operazione complessivamente posta in essere sono ascritti all'atto amministrativo di controllo.

Da una diversa prospettiva, la constatazione, sul piano della prassi concreta, dell'inscindibilità dei due momenti e soprattutto la difficoltà di distinguere tra un provvedimento amministrativo cui imputare la produzione degli effetti conformativi del territorio e una separata convenzione cui riportare la sola disciplina delle obbligazioni assunte tra le parti ha fatto prevalere nell'interpretazione giurisprudenziale la ricostruzione unitaria del fenomeno, nell'ambito del quale è stata riconosciuto il carattere centrale ed assorbente del momento convenzionale riportando alla stessa convenzione gli effetti pianificatori connessi alla lottizzazione. Del resto, la figura in esame ha costituito uno tra i principali terreni su cui la giurisprudenza ha costruito la teoria del contratto pubblicistico elaborando regole che sono il risultato dello sforzo di coniugare la cura permanente dell'interesse pubblico nell'esercizio della potestà di pianificazione dell'uso del territorio e il carattere vincolante dell'atto convenzionale.

In particolare poi il riconoscimento del suo contenuto pianificatorio fa sì che esse abbiano, per loro stessa natura, effetti

erga omnes, siano cioè in grado di incidere nella sfera giuridica di soggetti estranei alla pattuizione, quali i soggetti terzi rispetto ai proponenti la lottizzazione che si trovino in un qualche rapporto di collegamento con l'area ricompresa nel piano di lottizzazione. Queste convenzioni, infatti, inglobano gli effetti tipici degli strumenti urbanistici attuativi.

Quella della tutela dei terzi estranei all'accordo è, come abbiamo visto, una esigenza connaturata alla diffusione della consensualità nei rapporti tra amministrazione e amministrati. Con ogni evidenza, nel caso degli accordi che si inseriscono, a diverso titolo e a vari livelli, nei procedimenti di programmazione dell'uso del territorio le "esternalità", astrattamente connaturate a ogni decisione amministrativa ancorchè assunta attraverso la ricerca del consenso, sono frequenti e intimamente connesse alla natura stessa dei procedimenti di piano.

Nello schema normativo astratto della convenzione di lottizzazione, quale risultante dalla disciplina generale dell'art. 28 della legge urbanistica, il contenuto obbligatorio della stessa attiene agli obblighi "tipici" di assunzione degli oneri relativi alle opere di urbanizzazione, di cessione gratuita al comune delle relative aree e di prestazione di adeguate garanzie finanziarie a carico del privato lottizzante. La disposizione stabilisce altresì che "il rilascio delle licenze edilizie nell'ambito dei singoli lotti è subordinato all'impegno della contemporanea esecuzione delle opere di urbanizzazione primaria relative ai lotti stessi". Questo passaggio

ha rappresentato nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale dell'istituto la sua componente più problematica. Infatti, sul piano giuridico-formale l'obbligo scaturente in capo al Comune a seguito del perfezionamento della lottizzazione è quello di assentire gli interventi urbanistici proposti, ma strettamente connesso a questo vi è il rilascio delle licenze edilizie (ora permessi di costruire) imprescindibile per l'esecuzione degli interventi di trasformazione del territorio che formano oggetto del piano. L'esistenza o meno in capo al Comune di un vero e proprio obbligo a rilasciare le concessioni edilizie necessarie per gli interventi ha costituito il principale nodo gordiano²⁰⁹ nell'applicazione della figura e, con ogni evidenza, interseca il tema, che oggi si considera "risolto" *de iure condito* dalla previsione dell'art. 11, della negoziabilità dell'esercizio delle potestà pubblicistica, dell'ammissibilità cioè che un soggetto pubblico la assuma ad oggetto di un'obbligazione giuridicamente vincolante. Invero, occorre precisare che nell'applicazione giurisprudenziale antecedente all'art. 11 il tema della sussistenza di un vero e proprio obbligo al rilascio delle concessioni edilizie, e di una correlativa posizione di diritto soggettivo in capo al privato, è stato per lo più indagato sul versante della natura del potere, discrezionale o vincolato, che il comune è chiamato ad esercitare ai fini del rilascio del titolo edilizio, senza valorizzare adeguatamente l'elemento dell'esistenza

²⁰⁹ Cfr., ampiamente, E. Bruti Liberati, *op. loc. cit.*, 269 ss.

di un rapporto convenzionale avente ad oggetto gli interventi edilizi da assentire e il contenuto obbligatorio della convenzione stessa.

Nell'elaborazione attuale dell'istituto, che risulta astrattamente riconducibile, per quanto osservato, tanto al prototipo dell'accordo preliminare (in relazione alla definizione delle condizioni per il rilascio dei futuri permessi di costruire) quanto a quello dell'accordo sostitutivo costituendo la lottizzazione a iniziativa privata un modulo procedimentale alternativo alla pianificazione attuativa di iniziativa pubblica, è ormai largamente accreditata la tesi che configura le convenzioni di lottizzazione come accordi sostitutivi di provvedimento²¹⁰. Propriamente, si valorizza la loro natura di strumenti di attuazione del piano regolatore generale (o altro strumento urbanistico analogo) aventi carattere negoziale adottati in funzione sostitutiva del piano particolareggiato di iniziativa pubblica o di analogo strumento attuativo.

In tempi recenti vanno poi diffondendosi strumenti di attuazione delle scelte urbanistiche collocati a valle del piano regolatore generale ma suscettibili di dare luogo a varianti dello stesso basate sull'integrazione pubblico-privato secondo un disegno complesso che coinvolge non solo l'assetto urbanistico ma sì anche lo sviluppo socio-economico di un determinato territorio attraverso l'adozione di logiche di trasformazione di tipo integrata.

²¹⁰ Cfr. di recente, Cons. Stato, sez. IV, 19 febbraio 2008, n. 534; Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2009, n. 1477; Cass. Civ., ss. uu., 1 luglio 2009, n. 15388.

Un esempio di questa tipologia di strumenti è offerto dal Programma integrato d'intervento introdotto dall'art. 16 della legge statale 17 febbraio 1992 n.179 e disciplinato dalle varie leggi regionali. Secondo la legge statale "al fine di riqualificare il tessuto urbanistico, edilizio ed ambientale, i comuni promuovono la formazione di programmi integrati. Il programma integrato è caratterizzato dalla presenza di pluralità di funzioni, dalla integrazione di diverse tipologie di intervento, ivi comprese le opere di urbanizzazione, da una dimensione tale da incidere sulla riorganizzazione urbana e dal possibile concorso di più operatori e risorse finanziarie pubblici e privati. Soggetti pubblici e privati, singolarmente o riuniti in consorzio o associati fra di loro, possono presentare al comune programmi integrati relativi a zone in tutto o in parte edificate o da destinare anche a nuova edificazione al fine della loro riqualificazione urbana ed ambientale".

Questi modelli pianificatori²¹¹ si caratterizzano per la complessità degli interventi di trasformazione urbana e per le ingenti risorse finanziarie che richiedono: in queste ipotesi è alto il rischio che la cooperazione pubblico-privato si svolga secondo logiche economico-imprenditoriali tali da condizionare le scelte pianificatorie alla prevalenza di interessi economici privati a

²¹¹ Si pensi al caso, analogo, dei programmi di riqualificazione urbana e di sviluppo sostenibile (cd. PRUSST) che possono essere oltre che da soggetti pubblici anche da imprenditori privati in grado di investire notevoli risorse finanziarie. Cfr., sul punto, S. Licciardello, *Autonomie e uso del territorio*, in I.M.Marino – A. Barone – S. Licciardello, *L'uso del territorio*, Milano, 2004, 227 ss.;

detrimento dell'interesse generale della collettività che vive in quel dato territorio, ove si consideri la capacità di questi strumenti di attrarre capitali privati che sono espressione di logiche d'impresa verosimilmente insensibili alle esigenze reali di sviluppo di una determinata comunità territoriale.

Oltre a questo profilo, attinente al concreto atteggiarsi della negoziazione pubblico-privato, la capacità di questi strumenti di incidere significativamente sullo sviluppo urbanistico dei territori, coniugata all'eterogenea varietà di applicazioni che ne fanno i piani regolatori di ultima generazione, sottopone al giurista l'ulteriore problematica della compatibilità di essi con il principio di legalità, declinato negli ulteriori principi di nominatività e tipicità degli strumenti urbanistici: in una recente sentenza²¹² il giudice amministrativo ha sottoposto a un severo esame il programma integrato d'intervento previsto dal nuovo piano regolatore della città di Roma verificandone la conformità alle previsioni legislative, statale e regionale, e ai principi generali dell'azione amministrativa: la legittimità dello strumento, sul piano dello svolgimento della funzione amministrativa di pianificazione, è stata desunta dal fatto che è mantenuta in capo all'amministrazione comunale la responsabilità programmatica globale nel contesto di una visione sistemica e complessiva delle esigenze del territorio, mentre è lasciata in capo ai privati la facoltà di presentazione delle

²¹² Cfr., di recente T.A.R. Lazio, sez. II, 4/2/2010 n. 1524 in *Archivio giuridico Iuris data*, 2011.

proposte di intervento, le quali vengono poi valutate anche in un contesto negoziale, tenendo presente anche il criterio dell'evidenza pubblica. Da quest'ultimo passaggio è facile poi desumere come in queste tipologie di strumenti si fondano non solo la funzione pianificatoria e la logica consensuale ma anche, proprio per la centralità che la capacità economica d'impresa assume nella loro realizzazione, i modelli procedimentali propri dell'evidenza pubblica.

Al contempo a queste forme di pianificazione attuativa innovative si accompagna la tendenza all'introduzione di tecniche perequative la cui concreta operatività è spesso demandata allo strumento dell'accordo tra proprietari interessati e tra proprietari e pubblica amministrazione. Considerate le molteplici forme che può assumere, considerata altresì l'assenza di una disciplina generale è oggi difficile tentare una definizione compiuta dal punto di vista giuridico del fenomeno che però si presenta abbastanza definito sotto il profilo funzionale.

Alla perequazione urbanistica possono riportarsi due fondamentali funzioni. Da un lato quella di assicurare la giustizia distributiva nei rapporti tra proprietari dei suoli interessati da usi urbani. La perequazione urbanistica consiste, infatti, nell'adozione di metodi di attuazione delle scelte urbanistiche finalizzati ad assicurare un'equa distribuzione dei valori e degli oneri conseguenti alla pianificazione del territorio. Con una formula efficacemente sintetica si individua l'essenza del fenomeno nella

finalità di neutralizzare le diseguaglianze generate dal potere di conformazione dei suoli, proprio della funzione urbanistica, sul diritto di proprietà immobiliare. Nel concreto l'adozione di queste tecniche dovrebbe determinare "un valore edificatorio uniforme a tutte le proprietà che possono concorrere alla trasformazione urbanistica di uno o più ambiti del territorio prescindendo dalla effettiva localizzazione della capacità edificatoria sulle singole proprietà e dalla impostazione di vincoli di inedificabilità ai fini di dotazione di spazi da riservare alle opere collettive"²¹³.

Sotto questo aspetto, essa investe direttamente lo statuto del diritto di proprietà garantito dall'art. 42 Cost. e deve considerarsi rimessa alla competenza legislativa esclusiva dello Stato anche per il rispetto del principio di eguaglianza su tutto il territorio nazionale.

Da un altro punto di vista, essa condivide con le altre tecniche attuative degli strumenti urbanistici alle quali si intreccia l'obiettivo dell'attuazione consensuale²¹⁴ delle scelte programmatiche prescindendo dall'esercizio di potestà ablatorie e riducendo gli oneri diretti a carico dell'ente locale.

Nella prassi applicativa ad oggi sviluppatasi in Italia, la perequazione è essenzialmente realizzata in collegamento con

²¹³ Cfr., A. Police, *Gli strumenti di perequazione urbanistica: magia evocativa dei nomi, legalità ed effettività*, in *Riv. giur. edil.*, 2004, II, 3 ss.

²¹⁴ Per il legame tra perequazione urbanistica e attività amministrativa consensuale, cfr. S. Perongini, *Profili giuridici della pianificazione urbanistica perequativa*, Milano, 2005, 10.

l'istituto , già previsto dalla legge urbanistica fondamentale, del comparto nel senso che gli “effetti perequativi” sono realizzati solo all'interno e nei limiti del comparto edificatorio ovvero all'interno di un'area circoscritta di trasformazione. Accade con sempre maggiore frequenza che nei piani regolatori comunali di nuova generazione, all'individuazione di determinati ambiti territoriali come comparti non faccia seguito la distinzione all'interno di ciascun comparto delle aree edificabili e delle aree destinate a servizi e opere pubbliche, ma piuttosto si attribuisca a tutte le aree un uniforme indice edificatorio. In sostanza a ciascun proprietario delle aree facenti parte di un unico comparto viene assegnata una quota-parte dell'edificabilità totale realizzabile nell'intero comparto, prescindendo dalla circostanza che sulla sua proprietà sorgerà un edificio destinato al libero mercato ovvero un'opera o un servizio pubblico di modo che la concreta localizzazione degli interventi è affidata al raggiungimento di un accordo tra privati proprietari e con la pubblica amministrazione.

E' facile notare come questi modelli organizzativi riproducano, per grandi linee, il prototipo della convenzione di lottizzazione che sembra rappresentare la matrice normativa di riferimento dell'attuale diffusione delle tecniche della cd. perequazione urbanistica realizzate attraverso i comparti²¹⁵.

²¹⁵ Vedi, P. Urbani – M. Civitarese Matteucci, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Torni, 2010, 148.

Accanto a questo schema, i criteri di perequazione sperimentati nella prassi, in assenza di una regolamentazione di carattere generale, sono i più vari e comprendono istituti quali le compensazioni urbanistiche, le cessioni compensative, i contributi straordinari ecc. che sottopongono il giurista ad un difficile sforzo definitorio e classificatorio. Essi vengono ad intersecare il tema che qui ci occupa, quello del consensualità amministrativa, tutte le volte in cui la loro operatività è condizionata al raggiungimento dell'accordo tra amministrazione pubblica e privati proprietari ed è posta in alternativa all'attivazione da parte della prima di tecniche d'intervento di tipo autoritativo.

Ora, con l'introduzione della pianificazione urbanistica perequativa si sta assistendo ad una proliferazione delle tecniche dell'amministrazione consensuale che, se da un lato, consente di rimediare ai fattori di crisi dell'urbanistica tradizionale, dall'altro pone delicati problemi sul piano dei rapporti economici di forza che si instaurano nella definizione delle scelte di sviluppo di un dato territorio che, per loro natura, coinvolgono gli interessi di intere collettività ma che, attraverso un contrattualismo non inquadrabile in una cornice normativa certa, rischiano di essere piegate agli interessi di gruppi di pressione dotati di capacità tecniche e finanziarie in grado di orientare le decisioni pubbliche²¹⁶.

²¹⁶ Per queste riflessioni, cfr. S. Perongini, *op. loc. cit.*, 12.

5. Accordi e procedure di evidenza pubblica.

La lettura corrente e più diffusa del fenomeno degli accordi procedurali tende a contrapporli nettamente o, quantomeno a operare una distinzione recisa, alle procedure ad evidenza pubblica oggi pressoché unitariamente disciplinate dal d. lgs. 163/2006, cd. codice dei contratti pubblici. Secondo l'impostazione tradizionale, i contratti conclusi dalle pubbliche amministrazioni e soggetti alle regole dell'evidenza pubblica sono considerati veri e propri contratti di diritto privato, espressione della capacità generale di ogni soggetto di autoregolamentazione della propria sfera d'interessi. Ancora, nella lettura più consolidata del fenomeno prevale l'idea secondo cui la fase pubblicistica dell'evidenza pubblica vede limitata la sua operatività alla fase di formazione della volontà contrattuale della pubblica amministrazione e si innesta su una fattispecie che globalmente si configura come un fenomeno di autonomia privata soggetto in generale alle regole del diritto comune.

Questa impostazione è stata sottoposta a revisione critica da parte di quella corrente dottrinale che, a monte, nega la predicabilità rispetto ai soggetti pubblici dell'autonomia negoziale. Nega cioè, pur ammettendo l'impiego di strumenti privatistici, che

la pubblica amministrazione li adotti nell'esercizio di quella generale capacità di diritto privato di cui è titolare ai sensi dell'art. 11 del cod. civ. Secondo questa dottrina²¹⁷, l'azione precettiva delle amministrazioni pubbliche, l'azione cioè di regolazione degli interessi pubblici (e di quelli privati che interferiscono con i primi), è sempre espressione dello stesso potere (il potere precettivo appunto) che può, a sua volta, configurarsi come autoritativo e meno. Nello svolgimento di questo potere²¹⁸, la cui essenza risiede nella funzionalizzazione al perseguimento dell'interesse pubblico, la pubblica amministrazione può utilizzare strumenti consensuali, siano essi di diritto comune o di diritto speciale, ma il loro impiego non dà mai vita, anche quando si tratti della stipula dei comuni contratti propri delle normali pattuizioni che intercorrono nei rapporti tra i privati, a un fenomeno di autonomia privata non essendo riferibile ai soggetti pubblici il principio fondamentale che

²¹⁷ Si riportano, quasi testualmente, alcuni passaggi di F. G. Scoca, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, n. 3/2002, 452 ss.

²¹⁸ Altra dottrina individua proprio nell'esistenza o meno di una situazione di potere a monte della stipulazione il vero elemento di distinzione tra l'attività contrattuale ricondotta al diritto privato e la contrattualità amministrativa. Naturalmente in questo caso, l'espressione potere non è intesa nel senso di attività funzionale volta alla cura di un pubblico interesse, ma nel senso tradizionale di potere autoritativo tale da presupporre la capacità della pubblica amministrazione di agire unilateralmente, di produrre attraverso un proprio atto unilaterale quegli effetti giuridici parimenti conseguibili attraverso acquisizione del consenso. Si ritiene cioè che il fenomeno della consensualità riportabile al dettato dell'art. 11 (ovvero, per questa dottrina, al modello concettuale del contratto di diritto pubblico) presuppone sempre una norma attributiva di un potere in capo alla pubblica amministrazione che, al contempo, ne rende doveroso l'esercizio, impone cioè alla stessa di agire per realizzare quei fini affidatele dalla norma attributiva del potere. Così, E. Bruti Liberati, *op. loc. cit.*, 144 ss.

ne presiede lo svolgimento ovvero la libertà nella determinazione della propria sfera di interessi. Alla luce di queste considerazioni, questa corrente di pensiero ritiene che l'attività amministrativa, qualunque sia la forma che essa assuma, è soggetto a uno statuto suo proprio, a un complesso unitario e omogeneo di regole, tra le quali assumono rilievo centrale e imprescindibile il principio del procedimento e quello della salvaguardia degli amministrati, siano esse i diretti destinatari dell'azione amministrativa ovvero soggetti terzi.

Aderendo a questa impostazione, parte della dottrina affronta unitariamente il tema dell'attività consensuale delle pubbliche amministrazioni ritenendo quest'ultima – l'attività consensuale – una categoria unitaria.²¹⁹

Al di là dell'adesione o meno a questa impostazione teorica, che sottende questioni di teoria generale del diritto che in questa sede non possono essere neanche accennate, può riscontrarsi sul piano dell'evoluzione del diritto positivo che la stessa attività contrattuale propriamente detta della pubblica amministrazione è stata oggetto negli ultimi anni di un processo di pubblicizzazione, di estensione cioè della sfera di incidenza della fase procedimentale pubblica, che rende oggi più di ieri problematica la tracciabilità di

²¹⁹ Così, F. Cangelini, *op. loc. cit.*, 60 ss. che però esclude, nell'ottica di considerare la possibile valenza generale dell'art. 11 come norma-base di tutta l'attività consensuale della p.a., la possibilità di ricondurre le procedure di evidenza pubblica alla norma in questione. Sulla base però non di una pretesa differenza ontologica tra procedimenti ad evidenza pubblica e procedimento ex art. 11 quanto della differente struttura, posto che nei primi non si assiste alla sostituzione tra provvedimento e contratto.

una netta linea di demarcazione tra modelli consensuali riconducibili alla categoria del contratto pubblico ove accettata o comunque al modello normativo di cui all'art. 11 e contratti di diritto privato cui la pubblica amministrazione ricorre per procurarsi beni e/o prestazioni che non può procurarsi unilateralmente, attraverso l'esercizio delle sue potestà pubblicistiche.

In questo quadro, non si può del resto trascurare l'evoluzione registratasi in punto di ricostruzione del rapporto tra annullamento dell'aggiudicazione, quale atto conclusivo della serie procedimentale che precede la stipulazione del contratto, e sorte del contratto stipulato a valle dell'aggiudicazione stessa. La giurisprudenza tradizionale della Cassazione collegava all'annullamento dell'aggiudicazione la limitata conseguenza di determinare l'annullabilità del contratto su domanda della stessa pubblica amministrazione, ricostruendo il vizio della procedura di evidenza pubblica come un difetto di legittimazione negoziale dell'organo stipulante, sul presupposto secondo cui la procedura di evidenza pubblica non si sostituiva al procedimento privatistico di formazione della volontà contrattuale della parte pubblica ma si limitava a doppiarlo. Viceversa, la giurisprudenza sviluppatasi sul terreno dei cd. contratti a oggetto pubblico²²⁰, in particolare la giurisprudenza formatasi nella materia delle concessioni, nel

²²⁰ Sul punto, ampiamente, E. Bruti Liberati, *op. cit.*, 139 ss.

valorizzare come unitaria la sequenza procedimentale che attraverso l'atto di amministrativo di adesione alla convenzione conduceva alla produzione degli effetti della fattispecie complessa così ricostruita, configurava il rapporto tra annullamento dell'atto amministrativo di adesione e convenzione in termini di automatica nullità/caducazione della stessa a seguito del primo, ricorrendo alla costruzione della caducazione dell'atto consequenziale per vizi dell'atto presupposto.

Ora l'evoluzione successiva registratasi nella configurazione degli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sulle sorti del contratto, nella direzione anche qui di una sua caducazione automatica, ha indotto parte della dottrina²²¹ a ravvisarvi un elemento di forte pubblicizzazione e funzionalizzazione dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione.

La crescente formalizzazione della fase di scelta del contraente per la stipula dei contratti, a seguito dell'influsso

²²¹ Cfr., G. Greco, *op. cit.*, 168. Cfr. altresì, E. Sticchi Damiani di cui cfr. il recente *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. amm.*, n. 1/2001, 240 ss. L'autore ritiene che l'attuale configurazione che di questo rapporto fa l'ordinamento giuridico testimonierebbe la forte incidenza dell'interesse pubblico nella determinazione della caducazione del contratto. Il riferimento è da un lato alla disciplina recata dal codice dei contratti pubblici che prevede la "caducazione" del contratto in caso di annullamento dell'aggiudicazione, escludendola però (art. 246) con riguardo agli appalti relativi a infrastrutture strategiche; dall'altro alla recentissima disciplina dettata dal codice del processo amministrativo (artt. 121-125) che utilizza la nozione di "inefficacia" quale conseguenza delle violazioni verificatesi nel corso della procedura di scelta del contraente, ma subordina la declaratoria giudiziale di inefficacia del contratto e alla diversa gravità delle violazioni e a una serie di valutazioni e ponderazioni che sembrano tenere conto, tra l'altro, dell'interesse pubblico sotteso al contratto.

decisivo della normativa comunitaria a tutela della concorrenza, fa sì che oggi i contratti di diritto privato delle pubbliche amministrazioni risultano inseriti in una cornice di regole talmente stringenti da sopravanzare quasi le strettoie e le garanzie tipiche dell'azione procedimentale pubblicistica.

Da questo punto di vista, al di là delle possibili consonanze e delle tesi dottrinali sopra brevemente richiamate, se non può allo stato dubitarsi che nel sistema attuale le aree dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione e degli accordi procedimentali sono individuabili come aree separate e distinte, ciò non esclude che l'interprete possa essere chiamato a risolvere problemi di coordinamento tra le rispettive discipline.

In particolare, non si può sottovalutare il rischio nella prassi dell'adozione dello schema dell'accordo procedimentale a fini elusivi o erosivi della disciplina di origine comunitaria sui contratti pubblici. In particolare, situazioni di conflitto con i principi di derivazione comunitaria in punto di tutela della concorrenza possono porsi tutte le volte in cui la conclusione dell'accordo procedimentale riguardi beni o "utilità" pubbliche rispetto ai quali può configurarsi una platea di aspiranti dei quali il modello procedimentale di cui all'art. 11 fornisce, attraverso la generale partecipazione al procedimento, una tutela che è quella classica dell'impugnazione provvedimento e, verosimilmente, del sindacato sull'eccesso di potere. Pertanto, ci sembra, che la problematica possa profilarsi in astratto tutte le volte in cui la

pubblica amministrazione faccia uso del modello dell'accordo procedimentale nella regolazione di materie caratterizzate dall'esistenza di un mercato, di una pluralità di soggetti economici che agiscono nell'esercizio della libertà di impresa.

Queste considerazioni, ci sembra, si pongono in linea con l'avvento della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici che ha mutato la *ratio* di fondo sottesa alla disciplina della procedura di evidenza pubblica. Essa viene introdotta nel nostro ordinamento, a partire dalla legge di contabilità dello Stato (R.D. 2440/1923) e del relativo regolamento di esecuzione (R.D. 827/1924), al fine di assicurare che la volontà della pubblica amministrazione si formi nel rispetto dell'interesse pubblico, concepito originariamente come interesse della stazione appaltante a selezionare il migliore contraente, e del corretto utilizzo delle risorse e dei beni pubblici. Con l'avvento e la penetrazione pervasiva del diritto comunitario il piano dell'interesse pubblico tutelato dalla complessa normativa che oggi regola i contratti dei soggetti pubblici si sposta nella direzione della tutela della libertà di concorrenza, che nella sua dimensione oggettiva rileva come interesse generale dell'ordinamento al libero mercato ma che in sé ricomprende l'interesse degli operatori economici. Ciò vale a spiegare, sotto diversi e concorrenti profili, il notevole ampliamento del campo di applicazione delle procedure di evidenza pubblica.

Interessante sul punto, una recente deliberazione della Corte dei Conti²²², sez. centrale di controllo, con la quale viene negato il visto per la registrazione a una convenzione, stipulata da un'amministrazione centrale ai sensi dell'art. 11 della legge 241/1990 e qualificata come accordo sostitutivo, sulla base dell'interferenza tra ricorso all'accordo procedimentale ex art. 11 e il principio comunitario di tutela della concorrenza. Nello specifico, si afferma che la facoltà delle pubbliche amministrazioni di ricorrere, in alternativa allo strumento pubblicistico previsto dalla legge, al procedimento di stipula di un accordo ex art. 11 incontra un limite invalicabile nella disciplina di origine comunitaria in materia di contratti pubblici²²³. Questa pronuncia si rifà a quanto statuito dalla sentenza della Corte di Giustizia, sez. VI, del 12 luglio 2001 (causa C-399/98) dove si afferma la radicale incompatibilità con il diritto comunitario degli accordi tra

²²² Si tratta di Corte dei Conti, sez. centrale controllo, n. 19/2009 in *Archivio giuridico Iuris data* -2011. La vicenda da cui trae origine la pronuncia in commento riguarda il contratto, espressamente qualificato come accordo sostitutivo ex art. 11 legge 241/1990, stipulato tra un amministrazione centrale e un consorzio per l'affidamento del servizio per la prevenzione e la lotta all'inquinamento marino. La conclusione dell'accordo si era innestata su una procedura ad evidenza pubblica già instaurata e non giunta all'aggiudicazione definitiva a seguito della contrazione delle risorse disponibili per l'affidamento del servizio. L'accordo era stato concluso con l'aggiudicatario provvisorio al fine di evitare l'insorgenza di possibili liti sulla gara in corso e in sostituzione dell'aggiudicazione definitiva. Secondo l'amministrazione stipulante, l'esistenza di un corpo speciale di regole di disciplina dei contratti pubblici non è d'ostacolo, per quanto, non diversamente previsto, all'applicazione delle regole che disciplinano l'attività amministrativa in generale.

²²³ Per il diritto comunitario quale "limite esterno" al campo di applicazione dell'art. 11, cfr. F. Satta – V. Cardarelli, *Il contratto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2007, 205 ss.

amministrazione e privati, generalmente ammessi dall'art. 11, nelle materie caratterizzate dalla scelta, da parte della pubblica amministrazione, di un soggetto al quale affidare prestazioni che eccedono la soglia di rilevanza comunitaria.

La sentenza in esame, come noto, è intervenuta rispetto alla vicenda dell'esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione da parte del privato lottizzante a scomputo degli oneri di urbanizzazione e, sulla base della riconducibilità dell'esecuzione diretta delle opere, alla nozione di appalto di lavori pubblici fornita dall'allora vigente direttiva 93/37, ha affermato la necessaria soggezione dei lavori di realizzazione delle opere di urbanizzazione "a scomputo" alle procedure concorsuali previste dalla legislazione nazionale e comunitaria²²⁴.

Invero, l'operazione di equiparazione tra la convenzione di lottizzazione e l'appalto di lavori compiuta dal giudice comunitario ha sollevato non poche perplessità²²⁵ in seno alla nostra dottrina sotto i due concorrenti profili dell'insussistenza, nel modello della

²²⁴ Sulla scorta di questa pronuncia, il legislatore nazionale intervenne introducendo nella legge quadro sui lavori pubblici (l. 104/1994) una disposizione secondo cui per l'esecuzione delle opere di urbanizzazione di importo superiore alla soglia comunitaria i privati lottizzanti dovevano affidarle nel rispetto delle procedure di gara previste a tutela della concorrenza. La disciplina attuale, modificata anche a seguito di censure della Commissione europea e interventi dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, prevede anche per le opere di urbanizzazione a scomputo di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria il rispetto del principio concorsuale, attraverso l'applicazione della procedura negoziata senza previa pubblicazione di gara (art. 122 e art. 57 d. lgs. 163/2006).

²²⁵ Cfr., ampiamente, A. Barone, *La governance del territorio*, 149 ss. in I. M. Marino, A. Barone, S. Licciardello, *L'uso del territorio*, Milano, 2004.

convenzione di lottizzazione, del carattere oneroso per la pubblica amministrazione (la circostanza cioè che la realizzazione delle opere di urbanizzazione non comporterebbe alcun onere per la parte pubblica) e di una facoltà di scelta della controparte in capo alla pubblica amministrazione considerato che la legge individua nei proprietari delle aree la figura del lottizzante.

BIBLIOGRAFIA

N. Aicardi, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e caratteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997,1.

A. Amorth, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa retta dal diritto privato*, in *Arch. Dir. pubbl.*,1938, 455.

AA.VV., *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, a cura di N. Paolantonio, A. Police, A. Zito, Torino, 2005.

A. Barone, *Urbanistica consensuale, programmazione negoziata e integrazione comunitaria*, in *Riv. it. Dir. pubbl. comunitario.*,2001, 261.

A. Barone, *Autonomie e modelli pattizi*, in *Nuove autonomie*, n. 1-2/2008, 283.

F. Benvenuti, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. Dir. pubbl.*,1950, 1.

F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 126.

G. Berti, *Dalla unilateralità alla consensualità dell'azione amministrativa*, in *L'accordo nell'azione amministrativa* (a cura di A. Masucci), Formez, Quaderni regionali, Roma 1988, 25.

E. Bruti Liberati, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazione e privati*, Milano, 1996.

- E. Buoso, *Gli accordi tra amministrazione comunale e privati nel diritto urbanistico tedesco: i contratti urbanistici*, in *Riv. giur. urb.*, n.3/2008, 357.
- A. Buscema – S. Buscema, *I contratti della pubblica amministrazione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, Padova, vol. VII, 1994.
- F. Cammeo, *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico. Contratti di diritto pubblico*, in *Giur. it.*, 1900, IV, 1.
- F. Cangelli, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004.
- F. Cangelli, *Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione* a cura di N. Paolantonio, A. Police, A. Zito, Torino, 2005, 265.
- E. Casetta, *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 1993, 11.
- M. C. Cavallaro, *Sulla configurabilità degli accordi tra pubblica amministrazione e privati come strumento di semplificazione*, in *Nuove autonomie*, n. 3-4/2008, 569.
- V. Cerulli Irelli, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2, 2003, 217.
- G. P. Cirillo, *I contratti e gli accordi delle amministrazioni pubbliche*, in *Giur. amm.*, 2007, 10, 327.
- S. Civitarese Matteucci, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997.

- S. Civitarese Matteucci, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Diritto pubblico*, 2003, 405.
- M. Clarich, *La tribalizzazione del giudice amministrativo evitata*, in *Giorn. Dir. amm.*, 9/2004, 969.
- G. D. Comporti, *Il coordinamento infrastrutturale: tecniche e garanzie*, Milano, 1996.
- G. Corso, *Poteri pubblici e regole privatistiche: una traccia per la discussione*, in *Studium iuris*, 3/2008, 386.
- M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981.
- P. D'Angiolillo, *Accordi amministrativi e programmazione negoziata nella prospettiva del potere discrezionale*, ESI, 2009.
- V. Domenichelli, *Diritto amministrativo e diritto privato: verso un diritto amministrativo "meno speciale" o un "diritto privato speciale"?*, in *Dir. amm.*, 1999, 1, 193.
- V. Domenichelli, *Le azioni nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n.1/2006, 14.
- G. D. Falcon, *Convenzioni e accordi amministrativi*, in *Enc. Giur.*, vol. IX, Roma, 1988, 1.
- G. D. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984.
- R. Ferrara, *Gli accordi tra privati e pubblica amministrazione*, Milano, 1985.
- R. Ferrara, *La pubblica amministrazione tra autorità e consenso: dalla "specialità" amministrativa ad un diritto amministrativo di garanzia?*, in *Dir. amm.*, 1997, 2, 225.

- E. Follieri, *Gli accordi tra privati e pubblica amministrazione nella legge 7 agosto 1990, n. 241*, in G. Barbagallo – E. Follieri – G. Vettori, *Gli accordi tra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto*, Napoli, 1995, 61.
- U. Forti, *Concetto e natura delle concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1900, 369.
- F. Fracchia, *L'accordo sostitutivo. Studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padova, 1998.
- S. A. Frego Luppi, *Il principio di consensualità nell'agire amministrativo alla luce della legislazione e della giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 3/2008, 691.
- M. Gallo, *Contratto di diritto pubblico* (voce), in *Noviss. Dig. It.*, IV, Torino, 1964, 644.
- S. Giacchetti, *Gli accordi dell'art. 11 della legge 241 del 1990 tra realtà reale e realtà virtuale*, in *Dir. amm.*, 1997, 513.
- M. S. Giannini, *Corso di diritto amministrativo*, III, 2, *L'attività amministrativa*, Milano, 1967.
- M. S. Giannini – A. Piras, *Giurisdizione amministrativa* (voce), in *Enc. Dir.*, 589.
- B. Gilberti, *La concessione di pubblico servizio tra sistematiche nazionali e diritto comunitario*, in *Dir. amm.*, n. 1/2011, 183.
- M. Giorgianni, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 417.

W. Giulietti, *La conclusione di accordi tra amministrazioni e privati dopo la legge n. 15 del 2005: ambito applicativo e profili sistematici*, in *Rassegna forense*, 2005.

G. Greco, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, n. 3-4/1999, 381.

G. Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003.

L. Iannotta, *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in *Dir. amm. riv. trim.*, 2006, 353.

M. Immordino, *Legge sul procedimento amministrativo, accordi e contratti di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 1997, 103.

F. Ledda, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, 1966.

F. Ledda, *Appunti per uno studio sugli accordi preparatori di provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, n. 3/1996, 391.

F. Ledda, *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in *Foro amm.*, 1997, 1273.

S. Licciardello, *Percorsi di diritto pubblico dell'economia. Territorio, beni e servizi*, Torino, 2008.

A. Maltoni, *Considerazioni in tema di attività procedimenti a regime privatistico delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. amm.*, n. 1/2011, 97.

G. Manfredi, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001.

- G. Manfredi, *La nuova disciplina degli accordi tra amministrazione e privati e le privatizzazioni dell'azione amministrativa*, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2007, 324.
- F. Manganaro, *Il difficile equilibrio tra accordi e consenso negli accordi procedimentali*, in *Urbanistica e appalti*, 2002, 1445.
- I. M. Marino, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1987.
- I. M. Marino, *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nel quadro dell'evoluzione del rapporto pubblico-privato*, in *La scienza del diritto amministrativo nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, Cedam, 2001, 151.
- I. M. Marino, *Giurisdizione esclusiva e Costituzione*, in *Le nuove frontiere della giurisdizione esclusiva*, a cura di V. Parisio e A. Perini, Milano, 2002, 22.
- I. M. Marino, *Giudice amministrativo, motivazione degli atti e "potere" dell'amministrazione*, in *Foro amm. – TAR*, 2003, 339.
- I. M. Marino, S. Licciardello, A. Barone, *L'uso del territorio*, Milano, 2004.
- C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982.
- A. Masucci (a cura di), *L'accordo nell'azione amministrativa*, Formez, Quaderni Regionali, 1988.
- B. G. Mattarella, *L'attività*, in *Trattato di diritto amministrativo* a cura di S. Cassese, Milano, 2003, 699.

- B. G. Mattarella, *Il lessico amministrativo della Consulta e il rilievo costituzionale dell'attività amministrativa*, in *Giorn. Dir. amm.*, 9/2004, 979.
- B. G. Mattarella, *La nuova legge sul procedimento amministrativo*, in *Giorn. Dir. amm.*, n. 5/2005, 474.
- M. Mazzamuto, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. amm.*, n. 2/2011, 463.
- L. Mazarolli, *Sui caratteri e sui limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte costituzionale ne ridisegna l'ambito*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2005.
- F. Merusi, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. amm.*, 1993.
- F. Modugno, *Funzione* (voce), in *Enc. Dir.*, XVIII, 301.
- G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003.
- G. Napolitano, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giorn. Dir. amm.*, n. 5/2005.
- M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976.
- N. Paolantonio, *Autoregolazione consensuale e garanzie giurisdizionali*, in *Cons. Stato*, 2000, II, 793.
- G. Pastori, *Attività amministrativa e tutela giurisdizionale nella legge 241/1990 riformata*, in AA.VV., *Le riforme della legge 241/1990 tra garanzia della legalità e amministrazione di risultato*, a cura di L.R. Perfetti, Padova, 2008.

- G. Pericu, *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale*, in *Dir. amm.*,1997, 523.
- S. Perongini, *Profili giuridici della pianificazione urbanistica perequativa*, Milano, 2005.
- A. Piras, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. Dir.*,78.
- A. Police, *Gli strumenti di perequazione urbanistica: magia evocativa dei nomi, legalità ed effettività*,in *Riv. giur. edil.*,2004, II, 3.
- A. Police, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non esclusiva*,in *Giorn. Dir. amm.*,9/2004, 974.
- P. Portaluri, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, 1998.
- F. P. Pugliese, *Il procedimento amministrativo tra autorità e "contrattazione"*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*,1971, 1469.
- M. Renna, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. amm.*,n. 1/2010, 33.
- G. D. Romagnosi, *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*,Firenze, 1832.
- A. Romano, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, n.1/1999, 111.
- A. Romano, *Sono risarcibili: perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foro it.*,1999, I, 3222.
- S. A. Romano, *Attività amministrativa*,in *Dig. Disc. Pubbl.*,
- V. Sala, *Accordi sul contenuto discrezionale del provvedimento e tutela delle situazioni soggettive*, in *Dir. proc. amm.*,1992, 238.

- F. Satta – F. Cardarelli, *Il contratto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2007, 205.
- G. Sciullo, *Profili degli accordi tra amministrazioni pubbliche e privati*, in *Dir. amm.*, n. 4/2007, 816.
- F. G. Scoca, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, n. 1/1995, 1.
- F. G. Scoca, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, n. 3/2002, 431.
- F. G. Scoca, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim dir. pubbl.*, n. 4/2000, 1045.
- F. G. Scoca, *Accordi e semplificazione*, in *Nuove autonomie*, n. 3-4/2008, 557.
- D. Sorace, *Accordi amministrativi e accertamenti con adesione*, in *Dir. pubbl.*, n.1/2009, 135.
- B. Sordi, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. amm.*, n.4/2005, 483.
- B. Sordi, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in *Dir. amm.*, n. 1/2008, 1.
- E. Sticchi Damiani, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992.
- E. Sticchi Damiani, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2011, 240.
- F. Tigano, *Gli accordi procedurali*, Torino, 2002.
- A. Travi, *Accordi fra proprietari e comuni per modifiche al piano regolatore ed oneri esorbitanti*, in *Foro it.*, 2002, V, 274.
- A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2008.

F. Trimarchi Banfi, *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in *Pol. Dir.*, 1993, 237.

F. Trimarchi, *Considerazioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 634.

F. Trimarchi Banfi, *Il principio di legalità e l'impiego del diritto privato per compiti dell'amministrazione pubblica*, in *Amministrare*, n. 1-2/2008, 5.

P. Urbani, *Dell'urbanistica consensuale*, in *Riv. urb.*, 2005, 222.

P. Urbani – S. Civitarese Matteucci, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Torino, 2010.

GIURIPRUDENZA

Ad. Gen., 19 febbraio 1987, n. 7 in *Foro it.*, III, 1988, 22.

Cass., I, 11 ottobre 1958, n. 3220, in *Giur. it.*, 1959, I, 1, 872.

Cass., SS. UU., n. 4883/1980, in *Foro it.*, 1983, I, 257.

Cass., SS. UU., 11 agosto 1997, n. 7542, in *Foro it.*, rep. 1997.

Cass., SS. UU., 29 agosto 1998, n. 8593.

Cass., SS. UU., 25 novembre 1998, n. 11934, in *Foro it.*, rep. 1998.

Cass., SS. UU., 15 dicembre 2000, n. 1262.

Cass., SS. UU., 12 marzo 2001, n. 105.

Cass., SS. UU., 17 gennaio 2005, n. 732.

Cass., SS. UU., 1 luglio 2009, n. 15388.

Cass., SS. UU., 7 luglio 2010, n. 16032.

Cass., SS. UU, 6 dicembre 2010, n. 24687.

Cass., SS. UU., 3 febbraio 2011, n. 2546.

Cons. Stato, IV, 19 gennaio 1988, n. 11, in *Foro amm.*, 1988, 35.

Cons. Stato, Ad. Plen., 30 marzo 2000, n. 1 in *Giorn. Dir. amm.*, 2000, 556.

Cons. Stato, sez. IV, 14 gennaio 2002, n. 173.

Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2636 in *Urbanistica e appalti*, 2002, 1445.

Cons. Stato, sez. IV, n. 390/2004.

Cons. Stato, sez. IV, 17 settembre 2004, n. 6182, in *Urbanistica e appalti*, n. 4/2005, 454.

Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 2006, n. 236 in *Urbanistica e appalti*, n. 8/2006, 955.

Cons. Stato, sez. IV, 19 febbraio 2008, n. 534.

Cons. Stato, sez. IV, 29 febbraio 2008, n. 781.

Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2009, n. 1477.

Cons. Stato, V, 19 giugno 2009, n. 4035 in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, n. 1/2010, 316.

Cons. Stato, sez. IV, 4 maggio 2010, n. 2568.

Cons. Stato, sez. IV, 4797/2011.

Cons. Giust. amm. Regione Siciliana, 28 luglio 2011, n. 526.

Corte cost., 5 luglio 2004, n. 204, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2004.

Corte dei conti, sez. centrale controllo, n. 19/2009.

Corte di Giustizia, 21 luglio 2005, causa C-231/03, in *Dir. com. scambi intern.*, n. 4/2005, 685.

Corte di Giustizia, 13 ottobre 2005, causa C-458/03 in *Dir. com. scambi intern.*, n. 4/2005, 685.

TAR, Lazio, sez. II, 4 febbraio 2010, n. 1524.

TAR, Lombardia, sez. III, 27 dicembre 2006, n. 3067.

TAR, Puglia, Bari, sez. III, 5 marzo 2008, n. 501.

TAR, Umbria, 24 marzo 1999, n. 218.

TAR, Sardegna, Cagliari, sez. I, 14 giugno 2010 n. 1485.

TAR, Sicilia, Catania, sez. III, 28 settembre 2010, n. 3860.