

L'Amministrazione per accordi

di TULLIO PIRONE

Un argomento che esprime sempre un grande fascino nel diritto amministrativo è quello delle amministrazioni che operano tramite accordi con i privati non fosse altro perché, quando si pensa ad un'amministrazione pubblica, ordinariamente viene in mente il potere autoritativo di essa e non il suo lato "contrattuale".

L'accordo è certamente del mondo dei privati ma, come si avrà modo di vedere, esprime anche (perlomeno ultimamente) il lato più moderno delle amministrazioni pubbliche. Detto questo, un dato sembra innegabile: è l'esercizio del potere ad essere non solo il mezzo che connota le pubbliche amministrazioni rispetto ai privati ma, soprattutto, quantomeno all'apparenza, l'esercizio del potere tramite l'attività autoritativa sembra essere, tuttora, anche il mezzo di più immediata applicazione quando si persegue l'interesse pubblico. In quest'ottica il legislatore europeo e quello nazionale hanno cercato di stimolare le amministrazioni pubbliche ad utilizzare l'accordo quale mezzo per ricercare il bene comune. Ma non è sempre stato così.

L'esercizio del potere autoritativo è apparso, fino ad un passato non troppo lontano, meglio in grado di "imporre" la volontà della parte pubblica nel perseguire l'interesse della collettività perché capace di comprimere i diritti dei terzi fino anche ad annullarli. Basti pensare in questo senso al diritto di requisire un bene appartenente ai privati. Già nel 1942 il legislatore, nel disciplinare l'art.835 c.c. disponeva sul punto che *"Quando ricorrono gravi urgenti necessità pubbliche, militari o civili, può essere disposta la requisizione di beni mobili o immobili..."*. Oppure, ancora, ci si può riferire al diritto di esproprio che trova già nella Costituzione del '48 il proprio fondamento posto che l'art.42, co.3 di essa tuttora dispone che *"La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi di interesse generale"*. Sembra allora potersi dire che è stato l'eser-

cizio del potere ad aver connotato il volto delle amministrazioni pubbliche e ciò è durato fino a non molto tempo fa. Fino a che, cioè, non è comparso sulla scena normativa la legge n.241/'90 nella sua formulazione "ampliata" dovuta alla riforma dovuta alla legge n.15 del 2005 che ha, come noto, privilegiato l'aspetto collaborativo con i privati disponendo che l'amministrazione pubblica possa concludere *"accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale, ovvero, in sostituzione di questo"*.

Se allora è l'esercizio del potere è ciò che connota il volto delle amministrazioni pubbliche, il legislatore, dagli anni '90 in avanti, l'ha pensata in modo differente, tant'è che il modello normativo che ordinariamente le PP.AA. sono chiamate ad utilizzare non è quello determinato dall'esercizio del potere, ma quello dell'accordo. L'accordo richiama quale concetto giuridico la necessità della ricerca del consenso e con esso il modello normativo con il quale la P.A. è chiamata ad agire che è quello dell'uso della disciplina *"secondo le norme del diritto privato"* (art.1 bis legge n.241/'90).¹

L'art.1 bis della legge n.241/'90, ² chiarisce, fuor di ogni dubbio, che la volontà del legislatore, negli ultimi trentaquattro anni è divenuta quella di privilegiare l'uso del diritto privato quando le amministrazioni pubbliche "incrociano" la sfera soggettiva dei cittadini. La normalità allora, il paradigma di funzionamento potremmo dire, per le amministrazioni è quella operare avendo ottenuto il consenso. L'esercizio consensuale nel perseguire l'interesse pubblico ad oggi ha certamente preso piede nel nostro ordinamento giuridico e, anzi, come si avrà modo di verificare, tale modo di agire delle amministrazioni pubbliche ha dato la possibilità di ampliare, col tempo, il perimetro di operatività di esse perché consente di ottenere risultati che il solo esercizio del potere pubblico non è in grado di ottenere. L'utilizzo del potere infatti, molto semplicemente,

non è in grado di ottenere una cosa fondamentale che solo l'accordo con il privato è in grado di raggiungere: la collaborazione del privato. Tale modus operandi nel perseguire l'interesse pubblico avendo ricercato (ed ottenuto) il consenso va poi a tutto vantaggio della celerità dell'azione amministrativa e dà vita al migliore perseguimento dell'interesse pubblico con il minor sacrificio possibile da parte dei privati.³ Detto altrimenti, l'accesso nel nostro ordinamento del principio per il quale l'amministrazione ordinariamente debba operare per accordi attua un fondamentale processo di "democrazia amministrativa" che si sostituisce al sistema di definizione unilaterale di interesse pubblico dando vita al contraddittorio con i soggetti di volta in volta interessati passando da una amministrazione che usa potere ad una che offre "servizio".⁴

I due modelli europei che hanno fatto scuola

La possibilità per il diritto amministrativo di adoperare le regole del diritto privato richiama la dicotomia diritto comune-diritto speciale che accompagna, sin dalla sua nascita, il diritto amministrativo.⁵ I modelli che hanno fatto scuola sono, da un lato quello francese, che si rifaceva a all'uso di regole specialistiche quando ad agire fosse lo Stato. In questo senso, nel *droit administratif* faceva premio, su tutto, la natura pubblica dell'interesse perseguito. Se ne aveva che le regole da applicare erano, gioco forza, regole "speciali" rispetto a quelle utilizzate per i comuni cittadini e, allo stesso modo, si riteneva vi dovesse essere un giudice speciale a dover giudicare delle controversie tra esercizio del potere pubblico e a tutela dei diritti dei singoli.

A questo schema si contrapponeva, in Inghilterra, un modello amministrativo che riteneva che l'esercizio del potere fosse da far risalire alla *"ordinary law of the Realm"* (una legge ordinaria del Regno). La conseguenza era che le eventuali controversie che pote-

1 Greco, in "Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto", Torino, Giappichelli Editore, 2003.

2 Introdotto dall'art.1, comma 1, lett. b), della legge 11 febbraio 2005, n.15.

3 S. Cassese, "Passato, presente e futuro della legge sul procedimento", in Nuova Rassegna di legisl., dottrina e giur., 1994, n.20;

4 R. Ferrara, Gli accordi tra privati e la pubblica amministrazione, Milano, 1985.

5 M.S. Giannini, Atto amministrativo, in Enc. Dir., IV, Milano, Giuffrè, 1959, 157-196.

vano insorgere dovessero essere giudicate da Corti anch'esse ordinarie.

Le differenze tra i due sistemi amministrativi accennati producevano anche effetti sulle responsabilità dei funzionari pubblici tant'è che tali responsabilità erano ricondotte, nel caso del modello francese, alla sfera pubblicistica mentre, nel caso del Regno Unito, se ne aveva che anche il funzionario pubblico che aveva operato, così come avvenuto per la gestione del potere, era assoggettato alle Corti giudicanti ordinarie. I modelli visti, comunque sia, non sono rimasti sempre gli stessi ma sono mutati nel senso che i tratti connotati da autoritarismo del modello francese sono stati affiancati da logiche di garanzia che di fatto ne mitigavano gli effetti, mentre il modello inglese che fondamentalmente riteneva che non vi fossero poteri pubblicistici in capo alla pubblica amministrazione ha dovuto ammettere (con il tempo) che dovesse esserci un regime "speciale" riferito all'amministrazione pubblica quando vi fosse da applicare poteri pubblici.⁶

Un ulteriore fattore che ha influenzato il diritto amministrativo italiano è stato quello dovuto al diritto euro-unitario, i mutamenti che si sono avuti a presidio dei diritti fondamentali nonché alla tutela che essi hanno ricevuto in sede comunitaria. Anche se poi la prima regolamentazione in forma organica si è avuta solo piuttosto recentemente con la direttiva 2014/23/UE.⁷

Quello che sembrerebbe aver dato una direzione profonda verso l'uso di modelli privatistici nei rapporti con i cittadini è stata l'organizzazione amministrativa della cosa pubblica intervenuta nella seconda metà del XX° secolo e, in particolare, la privatizzazione degli enti pubblici economici ed il conseguente contenimento della spesa pubblica così come l'ingresso del privato nell'esercizio di pubbliche funzioni pubbliche. E' da qui in poi che, con ogni proba-

bilità, si è avuta l'acquisizione del modello privatistico per la gestione di affari pubblici. Se infatti (così si era riflettuto) occorre gestire in modo efficiente beni pubblici nulla poteva essere più efficiente dell'uso delle regole in uso tra privati che i loro beni li hanno gestiti efficientemente ancor prima dell'uso del contratto. I principi di riferimento per la gestione della cosa pubblica sono ad oggi, complici gli insegnamenti delle gestioni private, rinvenibili nell'art.1, comma 1, della legge n.241 del 1990 che, infatti, così dispone: "*L'attività amministrativa... è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza...*". Questo modello efficientista sembrerebbe tuttora, per lo meno agli occhi del legislatore, quello "vincente" perché lo Stato ha la possibilità di perseguire i propri fini non solo gestendo in proprio i beni pubblici ma, all'occorrenza, può determinarsi nel senso di lasciarlo fare ai privati utilizzando del contratto o di istituti consensuali. Ne è venuto fuori un nuovo soggetto giuridico, quello dello "Stato imprenditore" che, tuttavia, quanto meno nell'ultimo ventennio, sembra aver subito una certa regressione dal perimetro raggiunto negli anni in cui gestiva l'IRI.⁸

Ad oggi si hanno vari modelli organizzativi dell'azione amministrativa che sono il risultato di moduli normativi e contrattuali pubblici e privati che si intersecano in vario modo tra loro e obbediscono a logiche diverse oltre a richiedere nuove garanzie giuridiche intervenute a tutela del privato e tese ad imbrigliare il potere pubblico. L'incontro tra due soggetti diversi: pubblica amministrazione da un lato e soggetti privati dall'altro, obbedisce, dunque, a sistemi e fini diversi i quali, però, devono poter coesistere per perseguire il miglior temperamento possibile tra fini pubblici e sacrifici che il privato deve sopportare affinché tali fini pubblici possano essere raggiunti.⁹

Si è detto che l'azione della pubblica ammi-

nistrazione si è sviluppata seguendo questi due moduli: quello pubblico e quello privato. Ma, senza meno, è stato quello dovuto all'utilizzo del diritto privato, ed in particolare, l'uso della legge n.241/1990 ad aver conquistato terreni propri del diritto pubblico. Infatti, dire che le amministrazioni pubbliche ordinariamente operano secondo modelli in uso ai privati, equivale a dire che il modello privato è quello principale, o forse, addirittura, quello "vincente".¹⁰

Tuttavia, è bene evidenziare che questo ampliamento del perimetro del diritto privato ad uso delle pubbliche amministrazioni non è stato a senso unico perché si assiste anche a quella che è stata definita come "ri-pubblicizzazione" del territorio conquistato ultimamente dal diritto privato. Ciò è avvenuto per mezzo di una disciplina pubblicistica che, in qualche misura, sembra recuperare quello che il diritto privato le ha ultimamente eroso. Occorre chiarire. L'ordinamento ha recuperato "spazi" di gestione della cosa pubblica disponendo nuove regole che consentono la cura dell'interesse generale facendo in modo che con la propria azione non venga sacrificato l'interesse pubblico e, al contempo, salvaguardando imparzialità ed interesse collettivo. Basti pensare all'art.21 ter della legge n.241 del 1990 (introdotto dall'art.14, della legge n.15 del 2005) il quale ha disposto che "*Nei casi e con le modalità stabiliti dalla legge, le pubbliche amministrazioni possono imporre coattivamente l'adempimento degli obblighi nei loro confronti*". Sembra chiara la volontà del legislatore di determinare che le obbligazioni contratte nei confronti di una pubblica amministrazione siano assoggettate al potere esecutivo recuperando, almeno in parte, il perimetro che era stato lasciato alla libera contrattazione delle parti.

A ben vedere il mondo del diritto, nel disciplinare il rapporto pubblico-privato avvenuta nel tempo molte oscillazioni normative

6 S. Cassese, in "Il diritto amministrativo, Storia e prospettive", Milano, 2010, 3 e ss.

7 Per approfondire si veda H.C. Casavola, "Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni. Le regole e gli obiettivi strategici per le politiche UE 2020", *Giorn. dir. Amm.*, XII, 2014, 1135.

8 Nel 1934 l'IRI deteneva circa il 48,5% del capitale di rischio italiano come si evince dall'European Commission, *Local State-Owned Enterprises in Italy: Inefficiencies and Ways Forward*, 2016.

9 E. Bruti Liberati, in "Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico fra amministrazione e privati", Milano 1996; P. Portaluri, "Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria", Milano, 1998. M. De Donno, "Consensualità e interesse pubblico nel governo del territorio", Bologna, BUP, 2015.

10 Si è giunti a dire che "*se l'esercizio del potere amministrativo non viene più percepito come un processo in cui un soggetto (l'amministrazione pubblica) forma unilateralmente la propria volontà sulla base di scelte che si ritengono orientate da criteri di razionalità e devono rispettare i limiti fissati dalle norme, ma come il risultato dell'intenzione reciproca dei soggetti che costituiscono la coalizione decisionale e che si influenzano a vicenda, cambiano anche i termini di giudizio per valutare la legittimità della decisione finale: non un termine di riferimento definito a priori che rappresenti la migliore scelta possibile, ma un parametro di accettabilità che consenta di ritenere il risultato finale buono e soddisfacente per l'interesse generale*", così G. Sigismondi, in *Eccesso di potere e clausole generali: modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati e confronto*, Napoli, Jovene, 2012, 171.

che hanno determinato continue ingerenze della disciplina pubblicistica in quella civilistica e viceversa. Ancora un esempio. È noto come l'amministrazione ordinariamente debba usare del diritto dei privati o, per esprimerci con la formula usata dal legislatore, essa "agisce secondo le norme di diritto privato" come si legge all'art.1 bis legge n.241/1990. Si stabilisce, tuttavia, subito dopo, all'art.1 ter, che i soggetti preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano nella loro gestione i principi di economicità, imparzialità, pubblicità e trasparenza "con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge".¹¹ Ancora una volta, la regola di base da applicare è quella di matrice privatistica e, tuttavia, i principi di economicità imparzialità e trasparenza ed i "livelli di garanzia" offerti dalla legge n.241/90 sono canoni di matrice certamente pubblici. Al dunque, modello privatistico dell'azione amministrativa e modello pubblicistico si contemperano costantemente in una continua interrelazione di norme. Ma si potrebbe continuare.

Se volessimo uscire dal terreno d'elezione di applicazione della disciplina normativa in tema di procedimento amministrativo e di regolamentazione generale dei rapporti pubblico-privato, ci accorgeremmo che anche nel nuovo Codice dei contratti si è ampliato il perimetro di intervento della disciplina del codice civile. Basti pensare all'art.5 di esso (D.Lgs. 31 marzo 2023, n.36) quando dispone che "Nelle procedure di gara le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici si comportano reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento". L'ingresso della buona fede all'interno della disciplina dei contratti rende evidente che, ad oggi, l'esercizio del potere delle stazioni appaltanti, così come quello degli operatori economici, è assoggettato al medesimo dovere di correttezza e reciproca lealtà di condotta senza distinzione di ruoli. Si è evidentemente (ancora una volta) ampliata la portata della disciplina del codice civile all'interno del Codice dei contratti tant'è che si è an-

che stabilito, al comma 2 del medesimo articolo, che l'affidamento dell'operatore economico è fondato sia "sul legittimo uso del potere" che "sulla conformità del comportamento amministrativo del principio di buona fede". A volerci riflettere, sembra essersi affermata anche nell'ambito di contrattualistica pubblica, la regola di vincolare il potere amministrativo a principi ben noti al diritto privato di modo da scongiurare provvedimenti delle amministrazioni pubbliche che, seppur all'apparenza legittimi, possano di fatto risultare contrari al principio del legittimo affidamento dei privati che è la base della tutela della buona fede.

Per altro verso, però, la matrice normativa riferita ai poteri pubblici non si è persa, basti considerare che l'art.123, comma 1, del Codice dei contratti stabilisce che "la stazione appaltante può recedere dal contratto in qualunque momento purché tenga indenne l'appaltatore...". La regola sul recesso che è possibile "in qualsiasi momento", ma che opera, si badi, a vantaggio della sola amministrazione, sembra dirla lunga sul continuo bilanciamento voluto dal legislatore tra la disciplina di norme di matrice pubblica e di matrice privata alla continua ricerca di un equilibrio costantemente mobile che sembra non trovare una sua definitiva sistemazione.¹²

Se si volesse scomodare un po' di storia ci si accorgerebbe che tra la fine del 1700 e fine 1800 il contratto era "il" modello utilizzato per trovare una conciliazione tra volontà della pubblica amministrazione e consenso del privato. Si pensi alle concessioni, alle autorizzazioni o, anche, all'espropriazione per pubblica utilità.¹³ Con il passare del tempo si è fatta però largo una pubblica amministrazione diversa che si poneva nei confronti del privato in modo autoritario. Quest'ultimo, a sua volta, aveva la possibilità di vantare nei confronti di essa solo posizioni di diritto oppositivo. In questi casi non si negoziava l'interesse pubblico, non vi era alcuna forma di accordo tra amministrazione e privati. Vi era però un problema. In Italia la materia che riguardava le concessioni di beni demaniali, così come quella degli appalti di lavori e forniture, erano sta-

te attribuite al giudice amministrativo fino a quando esso fu abolito e tali vertenze transitarono al giudice ordinario. Solo l'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato (legge n.5992 del 1889) ha messo in luce le problematiche dei casi "di frontiera" tra diritto pubblico e diritto privato. L'intervento della pubblica amministrazione nella vita economica dei cittadini rendeva inadeguato il diritto amministrativo a far fronte a tutte le variabili che connotavano i rapporti tra potere pubblico da un lato e diritto privato dall'altro. Si comprese allora che i privati potevano vantare posizioni anche di diritto pretensivo e non solo di diritto oppositivo e, tali posizioni dovevano trovare una tutela adeguata che sembrava mancare.

Si deve ad un giurista illuminato (Forti) la distinzione tra concessioni unilaterali e bilaterali. In queste ultime, spiegava, il privato che ha assunto un obbligo di gestione di un servizio pubblico nei confronti della pubblica amministrazione assumendola volontariamente determinava, quale conseguenza, che la natura giuridica di quell'accordo non potesse che essere contrattuale. Con una particolarità però: il rapporto pubblico-privato è regolato da norme non solo di natura privatistica ma, anche, da norme di matrice pubblicistica.¹⁴

Altri autori, tuttavia, negavano che un soggetto pubblico potesse mai usare del contratto quando agisse nei confronti di un privato ma usasse comunque sempre di pubblici poteri.¹⁵

Una sistemazione dei contratti sottoscritti con i privati è stata data dalla Corte di cassazione il 12 gennaio 1910. Essa spiegò che in tema di concessioni si avevano due negozi giuridici. Un primo negozio con il quale l'amministrazione si determinava a concedere al privato un certo bene e, poi, un secondo negozio di natura inevitabilmente contrattuale con il quale l'amministrazione si accordava con il privato su come gestirlo. Con tale sentenza è nato il provvedimento-contratto. I due atti (provvedimento e contratto), si sosteneva, convivono ma sono assoggettati a regimi diversificati. Il loro legame, però, è tale per cui il venire meno del provvedimento unilaterale dell'amministra-

11 Nel senso che il diritto privato dei contratti sia un diritto "comune" agli operatori privati ed a quelli pubblici si veda, Il contratto, Il ed., in Trattato Iudica-Zatti, Milano, 2011, 63. Si veda anche Cerulli Irelli, in Amministrazione pubblica e diritto privato, Torino, 2011.

12 Galgano, in "Diritto civile e commerciale", Padova, 302, 1990, per il quale la distinzione che oggi viene operata tra diritto privato e diritto pubblico assume ormai una valenza solo descrittiva.

13 Si veda Meucci, in Istituzioni di diritto amministrativo, Torino, F.lli Bocca, 1879, 197 e ss.

14 Per una valutazione complessiva dell'argomento, si veda Forti in Natura giuridica delle concessioni amministrative, in Giur.it, 1900, IV, 412.

15 Si veda O. Ranalletti, in "Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative", Padova, in Giur.it; 1894, IV, 7.

zione determinava l'estinzione del contratto posto che il provvedimento costituiva il presupposto del secondo.

Anche la dottrina ha dato il proprio contributo per cercare di spiegare il legame tra atto amministrativo e contratto con i privati (Zanobini). Questa indagò l'atto amministrativo unilaterale dell'amministrazione e, tenuto conto che anch'esso aveva sovente aspetti obbligatori, giunse a dire che quest'ultimo aveva forma unilaterale (perché predisposto esclusivamente dall'amministrazione pubblica) ma era poi produttivo di effetti bilaterali.

Una svolta nel comprendere la materia è stata data agli studi di D'Alberti che aveva capito che i rapporti con il privato davano generalmente luogo a concessioni-contratto. In particolare, poneva in luce, come l'atto amministrativo di concessione era successivo al disciplinare e si proponeva quale semplice clausola di esso ma questo voleva anche significare che vi era una notevole capacità negoziale della pubblica amministrazione. L'attività provvedimentale, si comprese, è sempre minimale quando si tratta con il privato e quello che rilevava era l'attività contrattuale che è, invece, preponderante.

Alle teorie descritte si aggiunse anche il pensiero di Mario Gallo, che aveva fatto notare come il contratto di diritto pubblico era un contratto che, comunque, vedeva come interesse predominante quello pubblico tant'è che anche quando l'amministrazione pubblica contrattava con il privato l'interesse pubblico avrebbe pervaso anche la volontà di quest'ultimo. In questo modo, il privato, anche quando volesse conseguire un proprio tornaconto, doveva comunque essere cosciente che tale interesse poteva essere raggiunto solo in quanto esso si presentasse compatibile con l'interesse perseguito dalla P.A. Quindi la causa del contratto, anche per il privato, ragionando in tal modo, consisterebbe nella realizzazione dell'interesse pubblico che resta (sempre) prevalente. Tale concezione, tuttavia, è stata oggetto di aspre critiche da un altro giurista (Guicciardi), che è giunto a contestare finanche l'esistenza del contratto di diritto pubblico. Questi riteneva che già sostenere l'esistenza della figura del contratto di diritto pubblico si ponesse contro il principio di economia dei mezzi giuridici che imponeva

che ogni risultato dove essere perseguito mediante l'utilizzo del minimo impiego di mezzi. Secondo questa teoria, allora, il contratto è una categoria del diritto privato, mentre, quando si tratta di utilizzare le categorie del diritto pubblico si può ritenere corretto regolare i rapporti giuridici tramite rapporti unilaterali predisposti dall'amministrazione, senza la necessità di addivenire ad accordi con i privati.¹⁶

Gli accordi di diritto pubblico prima della legge n.241 del 1990

La necessità di poter giungere ad un accordo con i privati ha, come è noto, trovato la sua sistemazione giuridica con la disciplina normativa n.241 del 1990. Eppure, ben prima della legge citata le amministrazioni concludevano contratti di diritto pubblico senza che vi fosse una disciplina normativa a regolare la materia. Tutti questi contratti erano connotati da un dato comune: l'assenza di parità tra i contraenti il che, ovviamente, eccedeva alla posizione che questi avrebbero avuto adoperando semplicemente le regole del diritto privato, laddove, come è noto, la posizione dei contraenti è di sostanziale parità e tutto si gioca nella libera contrattazione tra le parti.

Si potevano ritrovare tre tipologie di contratti di diritto pubblico:

- i contratti accessivi di provvedimenti. Questi si limitavano a disciplinare diffusamente quanto già disposto dal provvedimento amministrativo al cui testo appunto "accedevano" in modo unilaterale. In tal modo, un eventuale vizio dell'atto amministrativo riverberava effetti sul contratto ma non viceversa;
- contratti ausiliari di provvedimenti. Erano contratti che si inserivano all'interno di un procedimento amministrativo ma ne disciplinavano solo aspetti particolari di esso. Ad essi la P.A. ricorreva di modo da impegnare la parte privata ad adempiere ad obblighi che non avrebbero potuto essere soddisfatti con il solo provvedimento;
- contratti sostitutivi di provvedimenti: vi si faceva ricorso quando era necessario provvedere alla pianificazione urbanistica ed economica di un territorio. Qui il provvedimento amministrativo aveva la sola funzione di atto autorizzativo della conclusione dell'accordo tra P.A. e privato al

quale (accordo) era invece demandato il contenuto degli obblighi che erano contenuti nella disciplina normativa.

Per quanto accennato gli accordi che stipulavano le amministrazioni ponevano la parte pubblica in una posizione di privilegio o, meglio, facevano sì che in posizione preminente fosse il provvedimento tenuto conto del fatto che con esso la P.A. poteva incidere fortemente sui cittadini. In tal modo, il contratto che regolava nel dettaglio i rapporti (e che era legato al provvedimento) aveva solo lo scopo di ricercare la collaborazione della parte privata ed evitare, per quanto possibile, contrasti in sede contenziosa.¹⁷

Al dunque, la disciplina normativa che consentisse gli accordi di diritto pubblico mancava e, tuttavia, una parte della dottrina (Miele) ha contribuito alla discussione sull'ammissibilità del contratto-atto amministrativo spiegando che, a ben vedere, si trattava di un accordo che interveniva tra uguali e che si trattava di uno strumento usato ordinariamente dalle amministrazioni e che esso non costituiva nulla di eccezionale tant'è che poteva divenire uno strumento sostitutivo dell'attività provvedimentale e, spiegava ancora, il consenso manifestato tra le parti ne faceva decorrere gli effetti tra esse ed a quello occorreva rifarsi.¹⁸

Gli accordi di diritto pubblico dopo la legge n.241 del 1990

Con l'avvento della legge n.241 del 1990 lo scenario cambia. La nuova legge (art.11, comma 1) consente infatti alle amministrazioni pubbliche di concludere accordi con i privati che siano coinvolti nel procedimento "al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo". Questi accordi sono, come si nota, di due tipi perché essi possono o integrate il procedimento amministrativo, oppure sostituirlo direttamente: in quest'ultimo caso, gli accordi che sono "sostitutivi" del provvedimento determinano che il provvedimento non verrà mai in essere.

Sino alla riforma della disciplina sul procedimento amministrativo, dovuta alla legge n.15 del 2005, l'accordo in sostituzione del provvedimento era possibile solo "nei casi previsti dalla legge", ad oggi, invece, questo

16 Guicciardi, Le transazioni degli enti pubblici, in Arch. Dir. Pubb., 1936.

17 G. Falcon, Convenzioni e accordi amministrativi, voce nell'Enciclopedia giuridica Treccani.

18 Miele, "La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo", Roma, Anonima Romana Editoriale, 1931.

vincolo non esiste più e, dunque, si deve ritenere vi sia una piena discrezionalità delle amministrazioni nel definire accordi in sostituzione di provvedimenti.

Gli accordi che, invece, integrano il provvedimento vengono utilizzati nei casi in cui l'amministrazione intende in ogni modo emanare un provvedimento amministrativo perché la parte pubblicistica dell'atto si presenta comunque prevalente. Tali accordi vengono raggiunti con i privati perché gli elementi discrezionali inseriti nell'atto consentono anche a quest'ultimo di raggiungere un'utilità che, in assenza dell'accordo, gli sarebbe preclusa. Si pensi, per fare un esempio di un accordo integrativo, all'ipotesi in cui l'amministrazione ed il privato si mettano d'accordo nel disporre la rimessione in pristino delle aree o degli immobili soggetti a vincolo paesaggistico a cura del trasgressore. Il ripristino delle aree o degli immobili prima che questo venga disposto d'ufficio dall'autorità amministrativa estingue il reato (art.181, co.1 *quinquies* D.Lgs. 22 gennaio 2004, n.42 - Codice dei beni culturali). L'amministrazione consegue di vedere ripristinato immediatamente lo stato dei luoghi, mentre il privato ottiene l'estinzione del reato e di poter ripristinare in proprio la zona soggetta a vincolo paesaggistico realizzando un risparmio pressoché sicuro rispetto all'eventualità in cui fosse stato lasciata all'amministrazione pubblica di ripristinare lo stato dei luoghi e fosse poi stato chiamato a rimborsarla.

Il problema di fondo sotteso a tutto quanto detto sinora sembra, ancora ai nostri giorni, quello di comprendere se le amministrazioni, nel contrattare con il privato, debbano svolgere un'istruttoria amministrativa o, detto diversamente, se debbano o meno dar luogo ad un procedimento amministrativo. A voler ben indagare la materia, ci si accorgerebbe che, anche prima della legge n.241/1990, esistevano casi in cui le amministrazioni non predisponavano alcun atto amministrativo da accompagnare al contratto. Ciò accadeva quando l'interesse che l'amministrazione voleva raggiungere era solo di natura patrimoniale. Il fatto che le amministrazioni sfuggissero alla funzionalizzazione della propria attività (intesa come susseguirsi di atti) ha fatto esitare la dottrina la quale, nel constatare l'uso del solo contratto da parte delle pubbliche

amministrazioni avrebbe dovuto anche ammettere che la P.A. è intestataria di una capacità generale di tipo negoziale. E' forse per questo motivo che il legislatore aveva ammesso, fino alla riforma intervenuta con la disciplina n.15 del 2005, solo accordi sostitutivi *"nei casi ammessi dalla legge"* ed accordi procedurali di ordine preliminare salvo ammettere poi, con la riforma della legge sul procedimento di cui alla legge n.15/2005, che anche la P.A. ha un potere tutto negoziale.

L'articolo 11 della legge n.241 del 1990. Le tipologie di accordi possibili: integrativi e sostitutivi

Dopo il 1990 gli accordi divengono il nuovo modulo di azione delle pubbliche amministrazioni. Con l'accordo integrativo l'amministrazione ha acquisito le istanze del privato e si impegna a trasferirle nel provvedimento finale. Il provvedimento che l'amministrazione approverà è quindi conosciuto dal privato al quale interessa che l'amministrazione procedente abbia acquisito, almeno *pro quota*, i propri interessi e si aspetta che essi vengano tutelati. Per dirla altrimenti, il privato non è detto che sia stato accontentato in tutto e, tuttavia, ha ritenuto che quanto l'amministrazione procedente ha acquisito nel provvedimento finale sia sufficiente a fargli sottoscrivere l'accordo che, infatti, *"integra"* soltanto il provvedimento conclusivo e non lo sostituisce. Occorrerà chiedersi cosa accadrebbe se l'amministrazione, una volta sottoscritto l'accordo con le integrazioni da apportare all'atto finale sia vincolata ad esse.

C'è da ritenere che il privato vanti nei confronti del soggetto pubblico solo un interesse legittimo e non un diritto soggettivo il che determinerà che un eventuale ricorso di esso al giudice amministrativo non potrà portare ad una condanna che imponga all'amministrazione di provvedere secondo gli accordi raggiunti.¹⁹

Per quello che riguarda la tipologia degli accordi sostitutivi essi, come si è già accennato, non sono più necessariamente tipizzati tant'è che le pubbliche amministrazioni fin dalla data di riforma dell'art.11, della legge n.241 del 1990 ad opera di quella n.15/2005, possono concludere accordi di ampio respiro non seguendo necessariamente schemi determinati dalle norme. Con una

avvertenza, però: occorrerà che le amministrazioni siano attente a non superare negli accordi posizioni che possano contrastare con i poteri riconosciutegli dall'ordinamento. Al contrario, la parte privata, potrà definire oneri che la legge non ha previsto a proprio carico.

La natura giuridica degli accordi integrativi e sostitutivi

Il riconoscimento dato dall'inserimento nella legge n.241/'90 degli accordi sottoscritti tra pubblica amministrazione e privati non ha sopito il vecchio dibattito sulla natura giuridica di essi, tutt'altro. Il fatto che il legislatore abbia fatto richiamo ai *"principi"* del codice civile nella stipulazione degli accordi ha, di fatto, rinfocolato la discussione. Questa è dovuta, alla disciplina dell'art.11, co.2 della legge sul procedimento che, come è noto, fa riferimento agli accordi stipulati dall'amministrazione pubblica per i quali si applicano *"i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili"*. Questa tesi, che vorrebbe ricondurre gli accordi ad una natura privatistica, tiene conto della ricostruzione operata da Giannini sul contratto ad oggetto pubblico. Si sostiene, cioè, che vi sia una simmetria completa con i contratti stipulati tra privati ad eccezione dell'oggetto che ha valenza pubblica. Quanto poi alla dizione riportata dalla norma che dispone che le norme codicistiche possano essere applicate *"in quanto compatibili"*, viene precisato che andrebbe intesa in senso restrittivo, ovvero nel senso che le norme del codice civile non possono essere applicate quando non compatibili con il solo articolo 11 della legge n.241 del 1990 e non anche con altre disposizioni dello stesso testo.²⁰

Vi è poi da comprendere come possa essere compatibile il recesso unilaterale previsto dal comma 4 dell'art.11 della legge n.241/'90 con la disciplina dettata dal codice civile che, invece, vuole che il recesso unilaterale, quando a vantaggio di uno solo dei contraenti, debba essere oggetto di trattativa tra le parti. Ed infatti, in questo senso, nel codice civile si dispone che il recesso sia una *"facoltà"* che deve essere *"attribuita"* ad una delle parti (art.1373 cc). Tale facoltà è, allora, una conquista della trattativa posta in essere dalle parti e non l'esito di una disposizione di legge.

¹⁹ In tema si veda F.G. Scoca, in *"Autorità e consenso"*, in *Dir. amm.*, 2002, vol.3, 431.

²⁰ Si veda Manfredi, *"Accordi e azione amministrativa"*, Torino, Giappichelli, 2001, 108.

Ebbene, si ritiene, che il recesso a vantaggio della sola parte pubblica nei contratti integrativi o sostitutivi risponda, in realtà, ad un diverso fine. Tale facoltà servirebbe, infatti, a tutelare l'interesse pubblico da un'altra evenienza: quella dell'eccessiva onerosità sopravvenuta disposta dall'art.1467 c.c. Quest'ultima norma dispone, infatti, che *“nei contratti a esecuzione continuata o periodica...se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto”*. Per cui, la possibilità di svincolarsi qualora la prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa, costituirebbe, in realtà, una necessità perché l'amministrazione, a tacer d'altro, sarebbe tenuta a salvaguardare l'interesse pubblico proprio utilizzando questa facoltà accordata dalla legge. Si avrebbe, in fondo, il potere di recedere *ad nutum*.

Resta, però, prima di procedere, da sgombrare il campo da un problema. Il legislatore ha disposto che il legame tra amministrazioni pubbliche e privati intervenga tramite un *“accordo”*. A questo termine occorre dare un'esatta qualificazione giuridica posto che nell'articolo 11 della legge n.241/90 non si parla di contratto ma, appunto, di accordo. Bisogna allora cercare di spiegare perché il legislatore ha ritenuto di dover usare questo termine piuttosto che direttamente del termine *“contratto”*. L'accordo, si dirà, è alla base del contratto. E' vero, ma si possono avere accordi senza che si abbiano spostamenti patrimoniali ma che, comunque, rivestono una grande rilevanza per le parti. Oltre alla figura giuridica dell'accordo possiamo rifarci anche alla figura giuridica del *“patto”* per cercare di spiegare cosa ha portato il legislatore a non utilizzare il termine contratto. Il patto è la figura giuridica che probabilmente meglio si attaglia agli accordi tra amministrazione e privati. I patti, infatti, sono accordi che non hanno veste patrimoniale e le amministrazioni pubbliche ed i privati concludono accordi che sono, in realtà, patti ed hanno, a

voler indagare, un significato ed una portata ben più estesa del contratto perché generano obblighi che non hanno solo contenuto patrimoniale ma un valore più esteso. Tale valore corrisponde, di volta in volta, a tutta una serie di interessi che l'amministrazione precedente ed il privato vogliono raggiungere.²¹ Il termine accordo è, dunque, se il ragionamento fatto è sostenibile, un termine comprensivo di interessi pubblici e privati dove l'aspetto economico è solo una parte dell'accordo e dove gli interessi in gioco possono seguire varie vie.²²

Occorre, a questo punto, proseguire l'analisi delle altre teorie che hanno cercato di spiegare la natura giuridica degli accordi integrativi e sostitutivi del procedimento. Alla tesi privatistica appena vista, si è contrapposta quella pubblicistica che vede nell'accordo un modo alternativo all'attività provvedimento della P.A. e, sulla stessa linea, si ritrova il massimo Consesso di giustizia amministrativa che ha ricordato come rientri in un criterio di logica il fatto che *“la legge assicuri all'amministrazione una qualche posizione di supremazia in relazione al contesto pubblicistico in cui l'accordo viene ad inserirsi”*.²³

Anche il giurista Nigro che, come noto, ha predisposto il testo legislativo della legge n.241/1990, aveva sposato la tesi per la quale le convenzioni appartengono al diritto pubblico anche perché, spiegava, il termine utilizzato per definire il legame che stringono amministrazioni pubbliche e privati è definito dalla legge sul procedimento *“accordo”* e non *“contratto”*, richiamando così gli accordi tra pubblica amministrazione e privati all'interno della categoria degli accordi di diritto pubblico e non in quella disciplinata dal diritto privato. Peraltro, come pure si è accennato, anche il richiamo operato dall'art.11 della legge ai *“principi”* del codice civile *“in quanto compatibili”* militerebbe, secondo i fautori della tesi pubblicistica, a favore di questa perché starebbe a dimostrare che anche il legislatore considera diversamente gli accordi ammi-

nistrativi dagli accordi tra privati. Ancora. Gli accordi, si sostiene, sono soggetti ai controlli, alla stessa stregua dei provvedimenti e, non ultimo, non vi è parità tra i contraenti. Per questo motivo, se parità non c'è, (né vi potrebbe essere tenuto conto che una delle parti persegue un interesse pubblico), secondo questa tesi, non si può parlare di accordi di natura contrattuale ma, giocoforza, di accordi di natura pubblica.²⁴

Occorre adesso verificare come ha cercato di spiegare la natura giuridica la più recente giurisprudenza.

Ancora recentemente il T.A.R. Lombardia, ha avuto modo di ricordare che l'Adunanza Generale del Consiglio di Stato del 1987²⁵ abbia affermato come vi siano nella disciplina normativa sia moduli propriamente procedimentali, attinenti alla definizione dell'esercizio della potestà di matrice pubblica, sia *“accordi con contenuto più propriamente contrattuale, veri e propri contratti ad oggetto pubblico, che disciplinano aspetti patrimoniali connessi all'esercizio di potestà, strumenti di matrice civilistica utilizzati dall'amministrazione per raggiungere fini di interesse pubblico”*. Il T.A.R., tuttavia, afferma che gli accordi amministrativi sottoscritti in virtù dell'art.11 della legge sul procedimento amministrativo diano luogo a qualcosa di diverso non inquadrabile né in ambito pubblicistico né privatistico. In particolare, il giudice amministrativo ritiene che siccome all'interesse pubblico *“si affianca quello della parte privata la quale interviene per una sua finalità individuale ed egoistica”* ... ciò determini che si dia *“luogo ad un tertium genus tra provvedimento e contratto, nel quale la causa consiste nella realizzazione di specifici obiettivi di pubblico interesse, costituenti il motivo per cui l'amministrazione si determina a stipulare l'accordo medesimo”*.²⁶ Si tratta, evidentemente, di una tesi intermedia che si innesta tra quelle pubblicistiche e quelle privatistiche che valorizza di volta in volta la prevalenza della dell'esercizio della potestà ed accordi dove, invece, si vede prevalere l'elemento contrattuale.

21 Per una valutazione dei patti tra amministrazione e privati nell'attuale quadro normativo che ha portato allo sviluppo ed alla diffusione di strumenti di questa natura quali i *“protocolli di legalità”* e dei *“patti di Integrità”* (art.1, comma 17, legge 190/2012) la cui violazione porta all'esclusione dalle gare di appalto, si veda un'efficace sintesi in www.appalticontratti.it, *“I Patti d'Integrità in materia di contratti pubblici alla luce della recente giurisprudenza comunitaria e dell'evoluzione normativa- Applicazioni pratiche”*, di Giorgio Martellino.

22 Tra i sostenitori della tesi privatistica si veda F. Trimarchi Banfi, *L'Accordo come forma dell'azione amministrativa*, in Pol. dir., 1993, 238-243 e ss. L. Monteferrante, *La nuova disciplina degli accordi procedimentali: profili di tutela giurisdizionale*, in Riforma della l.241/1990, AA.VV., www.lexitalia.it, 40 ss. G. Manfredi, *“La nuova disciplina degli accordi tra amministrazione e privati e le privatizzazioni dell'azione amministrativa”*, in Foro amm. CDS, 2007, 334 ss.

23 C.d.S., Ad. Gen., 19 febbraio 1987, n.7.

24 M. Vallergera, in *“Accordi ed attività consensuale della pubblica amministrazione”*, Milano, Giuffrè, 2012.

25 Parere del 17 febbraio 1987, n.7.

26 T.A.R. Lombardia, sez. I, 31 agosto 2023, n.686.

La verifica in concreto può aiutare a definire e comprendere gli accordi tra P.A. e cittadino

Più si studia la materia, più si capisce che si è di fronte ad una insuperabile contraddizione, ovvero, se lo strumento del governare per accordi è uno strumento virtuoso non si capisce come mai esso non abbia preso piede come merita. Si è parlato di difettosità dello strumento e si è fatto riferimento ad “*accordi mai nati*” evidenziando, appunto, lo scarso *appeal* che si è avuto a seguito della disciplina del 1990.²⁷

Al dunque, lo strumento giuridico c'è, ma è poco utilizzato e, in presenza di un dibattito di dottrina e giurisprudenza avaro di certezze, si è ritenuto potesse essere di aiuto ricostruire la dinamica degli accordi tra amministrazione e privati ragionando per così dire a contrario, partendo cioè da un'analisi di ciò che succede nella realtà piuttosto che dalla disamina delle norme. In questo modo andrà verificato caso per caso in modo empirico se l'amministrazione che ha proceduto agli accordi abbia usato del suo potere discrezionale e se la compatibilità degli accordi raggiunti e la bilateralità della fattispecie sia compatibile con il potere esercitato in sede di stipula degli accordi stessi.

La critica alle tesi sulla natura giuridica degli accordi

Occorre, adesso, cercare di comprendere meglio la problematicità sottesa nel voler accostare gli accordi tra pubblica amministrazione e privati.

Anzitutto, è chiaro che se si volesse valorizzare la compatibilità dell'esercizio del potere con la stipula dell'accordo e la produzione di effetti per entrambe le parti, si potrebbe concludere per la natura contrattuale della fattispecie. Al contrario, se si volesse guardare all'istituto del recesso come possibilità unilaterale concessa solo alla pubblica amministrazione e all'indennizzo cui il privato ha diritto a fronte del recesso concesso al solo operatore pubblico si dovrebbe concludere per la natura pubblica del rapporto.²⁸

Tanto detto, occorre prendere atto che le teorie che si è cercato finora di tratteggiare non sono esenti da critiche posto che

l'accordo che stringono amministrazione e cittadino sembrerebbe non essere (del tutto) un contratto ma un modulo consensuale che potremmo ricondurre comunque, quanto a natura giuridica, ad un inquadramento di matrice pubblica. In chiave critica delle tesi sulla natura pubblica degli accordi si potrebbe però richiamare il fatto che l'amministrazione (per come è oggi concepito il diritto amministrativo) agisce attraverso moduli di esercizio della funzione in forma privatistica e che l'orientamento normativo è ormai improntato verso forme “concordate” di esercizio del potere non fosse altro perché l'art.1 della legge n.241/1990 (come modificato dall'art.1 della legge n.15 del 2005) vuole che, ordinariamente, l'amministrazione agisca secondo “*le norme di diritto privato*”.

Eppure, anche quando vi è consenso da parte del destinatario degli effetti tanto da doversi escludere il carattere autoritativo dell'atto, resta difficile comprendere come l'esercizio del potere non permanga come tale quanto meno nei confronti dei terzi che siano stati incisi da questa attività.

Ma, a voler approfondire, l'accordo tra le parti è certamente alla base del consenso e risponde al potere di autonomia privata che è riconosciuta dall'art.1322 c.c. ai privati e dall'art.1 della legge n.241/1990 alla parte pubblica, però, anche qui, prima dell'accordo.

Occorre approfondire. C'è da parte della P.A. che voglia definire un accordo una valutazione di opportunità/convenienza sottesa a soddisfare l'interesse pubblico che si intende raggiungere o, per meglio dire, c'è una determinazione preliminare che le amministrazioni eseguono o, per essere ancora più espliciti: c'è esercizio del potere prima dell'accordo. Tale potere, però, necessariamente, si interrompe con la delibera a contrarre, dopo di essa vi è l'agire libero dell'amministrazione che può concludere l'accordo con il privato per integrare il proprio provvedimento o sostituirlo del tutto tramite la stipula dell'accordo.²⁹

La determinazione a contrarre che precede l'accordo serve ad uno scopo ben preciso: rende possibile l'oggetto del contratto così come vuole l'art.1346 del codice civile che impone che esso debba essere “*possibile, lecito, determinato e determinabile*”. In tal

modo, l'amministrazione ne detta la regola valevole per il caso concreto. La determina a contrarre integra, allora, la disciplina attributiva del potere mettendo in fila i principi che dovranno essere fatti propri dall'accordo da sottoscrivere con il privato. Tale accordo, ovviamente, conterrà oltre che i *desiderata* del privato la parte di discrezionalità amministrativa che affonda nelle ragioni di interesse pubblico che hanno portato la P.A. a ricorrere agli accordi.

Esercizio del potere ed accordo si intersecano inevitabilmente. L'accordo con il privato è possibile per via dell'art.11 della legge n.241 del 1990. Il presupposto di questa possibilità è, invece, riconosciuto dall'art.11 c.c. che dispone che le persone giuridiche pubbliche godono dei diritti riconosciuti dalle leggi. La libertà di concludere accordi da parte dell'amministrazione riposa allora, in ultima analisi, nella verifica del miglior perseguimento dell'interesse pubblico che rende necessario addivenire ad accordi ogni qual volta l'uso del potere non dovesse riuscire a raggiungere efficacemente la finalità che l'amministrazione si è prefissa e ciò non le sarebbe possibile farlo senza ricorrere allo strumento consensuale.

C'è da credere che queste intese con il privato, raggiunte per incidere sul provvedimento, altro non siano che l'ultima tappa della lunga marcia di avvicinamento compiuta dall'interesse legittimo vantato dai privati. Questo nuovo modello partecipativo ha portato la P.A. dall'utilizzo dell'autorità come modulo ordinario di lavoro a quello innovativo di ricerca del consenso.

Il nuovo modello di approccio alla gestione della cosa pubblica ha determinato che i cittadini hanno acquistato la possibilità non solo di opporsi agli atti dell'operatore pubblico ritenuti illegittimi ma, anche, più efficacemente, di partecipare alle scelte delle amministrazioni incidendo direttamente sulle decisioni di esse tramite gli accordi integrativi o sostitutivi.

La legge n.241/1990 ha, di fatto, delimitato la sfera di autoritatività delle pubbliche amministrazioni al solo binomio della relazione “diritto-obbligo” lasciando libera la sfera discrezionale di esse di operare al meglio per i fini pubblici. Anzi, la giurisprudenza, sembra essersi spinta fino ad ammettere

27 Sul tema si veda S. Giacchetti, “Gli accordi dell'art.11 della legge n.241 del 1990 tra realtà virtuale e realtà reale”, in www.lexitalia.it

28 F.G. Scoca, “La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento”, in *Dir. Amm.*, 1995, 41 ss. 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, 103 ss.

29 M. Renna, il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo, in *Dir. Amm.*, 2010.

che vi possano essere casi in cui anche per provvedimenti sostanzialmente vincolati quali sono le autorizzazioni edilizie siano ammissibili accordi con i privati interessati, purché però residui nella scelta quanto meno una quota di discrezionalità in capo all'operatore pubblico.³⁰

Conclusioni

Gli accordi con i privati, quali sbocco dell'attività amministrativa, rispondono certamente al bisogno che hanno le pubbliche amministrazioni di relazionarsi in modo diverso con i cittadini così da partecipare più attivamente alla vita economica del Paese che è divenuta indubbiamente sempre più complessa tanto da imporre che la gestione della cosa pubblica avvenga secondo modelli sempre più efficienti ed efficaci. Se questo è vero, non è più sufficiente, come per il passato, che le amministrazioni producano provvedimenti sostanzialmente corretti nel perseguire il pubblico interesse, ma occorre che essi siano rispondenti al miglior temperamento tra finalità pubbliche e finalità private.

Da quanto accennato se ne è ha che lo strumento pensato dal legislatore per raggiungere elevati standard di efficienza è stato quello dell'accordo con i privati. Tali accordi, a seguito della modifica dell'art.11 della legge n.241/1990 ad opera della legge n.15/2005, consentono di operare senza restrizioni potendo essere utilizzati per ogni tipologia di intesa senza restrizioni come invece era previsto prima della riforma del 2005. Difatti, solo gli accordi possono ottenere qualcosa che, altrimenti, sarebbe impossibile: la collaborazione del privato nel raggiungimento dell'interesse pubblico.

Ad oggi non è chiaro fin dove porteranno tali accordi posto che una parte della dottrina che si è interessata allo studio dell'argomento, forse incline al pessimismo, ha scritto *"In dottrina, soprattutto nelle opere più recenti, aleggia spesso una specie di "mistica" del consenso: l'autorità rappresenterebbe il passato, il consenso il futuro di un'amministrazione democratica...Credo peraltro che sia opportuno non creare illusioni sulle virtù del consenso né ingigantire i difetti dell'autorità"*.³¹

Queste considerazioni portano a ritenere

che le tipologie di accordi presi in esame andrebbero "rilanciati" attribuendo, se necessario, premialità specifiche al personale che provvedesse ad adottarli.

Se poi volessimo ammettere che il contratto rappresenta, ancor oggi, il miglior mezzo conosciuto dall'ordinamento per definire gli assetti giuridici tra soggetti privati, potremmo anche concludere che esso costituisca anche lo strumento più celere a disposizione del legislatore per la definizione degli assetti che riguardano l'interesse pubblico quando lambisce interessi riferiti a privati. Certo, si dirà che il dibattito sulla natura giuridica degli "accordi" non è ancora stato risolto. E' vero. Tuttavia non si potrà fare a meno di riconoscere che laddove vi è consenso, così come avviene nel caso in cui il privato accetta gli effetti del provvedimento con l'accordo, manca necessariamente il carattere autoritativo nell'attività espressa dall'amministrazione il che potrebbe far propendere per la natura "privata" di questi accordi.

Comunque sia la giurisprudenza sembra aver scelto optando per la natura pubblica di questi accordi. Essa ha valorizzato nel suo ragionamento i seguenti aspetti: 1) la volontà della pubblica amministrazione è differente da quella espressa dai privati; 2) i principi espressi dal codice civile si applicano solo quando compatibili con la disciplina di questi accordi; 3) i controlli su questi accordi sono quelli riservati al procedimento amministrativo; 4) la P.A. conserva il potere di recesso e al contraente è riservato solo un indennizzo. Questa soluzione non è però senza effetti perché la patologia dell'accordo porta, quale conseguenza, l'applicazione dell'annullabilità per vizi dell'atto o per il silenzio dell'amministrazione.³²

Gli accordi di cui all'art.11 della legge n.241/1990 rispondono all'esercizio del potere di autonomia privata della P.A. e si rifanno al principio generale per il quale *"la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme del diritto privato salvo che la legge non disponga diversamente"* (art.1, legge n.241/1990). A questo punto che si tratti o meno di un contratto o di una figura di accordo che corrisponde ad un modello

convenzionale di esercizio della funzione o di un atto di natura pubblicistica è possibile evidenziare che le tesi privatistiche degli accordi, quand'anche non siano state accolte dalla giurisprudenza, sembrano essere quelle meno vulnerabili ad un approccio critico tenuto conto che il loro utilizzo nella legislazione più recente è lì ad attestare la marcia di avvicinamento delle amministrazioni pubbliche verso l'uso sempre più spinto del diritto privato.

Quanto detto sinora fa anche ritenere che la pubblica amministrazione abbia lo stesso potere di autonomia privata previsto dall'art.1322 c.c. liberamente potendo anch'essa determinare il contenuto del contratto che la vede essere parte. Eppure, se anche lo strumento degli accordi integrativi e sostitutivi esiste da qualche anno, occorre ammettere che esso è ancora poco utilizzato anche dopo la riforma del 2005 che, come abbiamo visto, consente di stipulare accordi sostitutivi di provvedimenti anche oltre i *"casi previsti dalla legge"*.

Il problema di fondo allora è quello di utilizzare le tipologie di accordi integrativi e sostitutivi introdotti dall'art.11 della legge n.241 del 1990 di modo che si possano finalmente superare i "vecchi" procedimenti amministrativi sinora gestiti dalle pubbliche amministrazioni. Forse l'assenza di una cultura tesa a gestire l'innovazione ha reso le amministrazioni pubbliche (ma anche gli amministrati) fin troppo guardinghe nell'utilizzare questi nuovi strumenti.³³ Quando si capirà che questi nuovi mezzi giuridici posseggono in sé utilità straordinarie in tema di composizione di interessi di singoli unitamente a quelli della pubblica amministrazione forse potremo avere provvedimenti tempestivi e condivisi disimpegnando le aule dei tribunali.

30 Cons. di Stato, Sez. IV, n.6344 del 2007.

31 F.G. Scoca, in "Autorità e consenso, relazione svolta al congresso di Varenna del 2001", in Dir. Amm., 2002, 431 ss.

32 Per una valutazione complessiva della natura degli accordi e della giurisdizione si veda Giuseppe Visconte, in "Gli accordi di diritto pubblico e le ricadute in punto di giurisdizione", su www.ildirittoamministrativo.it.

33 G: Greco, in "Accordi e contratti della Pubblica amministrazione, tra suggestioni interpretative e necessità di sistema", in Dir. Amm., 2002, 43 ee.