



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto
Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e
Comunitario

Corso di Laurea Magistrale in
Giurisprudenza
Anno Accademico 2021/2022

**L'APPLICAZIONE DEI PRINCIPI
CIVILISTICI AGLI ACCORDI DI DIRITTO
PUBBLICO**

Relatore:
Chiar.mo Prof. Alessandro Calegari

Laureanda: Elena Zanatta
Matricola n. 1169966

INDICE

pag.

CAPITOLO PRIMO

L'ISTITUTO DEGLI ACCORDI TRA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E PRIVATI

1. L'evoluzione del rapporto tra pubblica amministrazione e cittadino nel nostro sistema di diritto amministrativo	1
2. L'ammissibilità teorica dell'esercizio consensuale di potestà pubblicistiche	3
3. La positivizzazione dell'istituto degli accordi a partire dalla proposta della Commissione Nigro	5
4. L'art. 11 della legge sul procedimento amministrativo 7 agosto 1990, n. 241	10
4.1 Accordi integrativi e accordi sostitutivi di provvedimento	14
4.2 Accordi e contratti ad evidenza pubblica	17
5. Dalla legge sul procedimento alla novella del 2005	19
5.1 La "liberalizzazione" degli accordi sostitutivi e l'introduzione della determinazione preventiva	22
5.2 L'introduzione del comma 1 <i>bis</i> dell'art. 1 della legge n. 241/1990	28
6. Gli accordi tra amministrazioni pubbliche	31
7. Il dibattito sulla natura giuridica degli accordi: il contratto di diritto pubblico e la teoria dualistica	37
7.1 <i>Segue</i> : Il dibattito attuale	43

CAPITOLO SECONDO

L'URBANISTICA CONSENSUALE

1. Le convenzioni urbanistiche	50
1.1 Le convenzioni di lottizzazione	54
1.2 <i>segue</i> : le altre convenzioni urbanistiche	59

	<i>pag.</i>
2. Gli accordi <i>ex art.</i> 11 della legge n. 241/1990 in materia di pianificazione urbanistica	62
2.1 L'apparente ostacolo di cui all'art. 13 della legge n. 241/1990	68
3. La riconduzione delle convenzioni urbanistiche allo schema degli accordi <i>ex art.</i> 11	72
4. La perequazione urbanistica	75
4.1 <i>segue</i> : l'evoluzione pratica del concetto di perequazione	80

CAPITOLO TERZO

LA GIURISDIZIONE ESCLUSIVA DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO IN TEMA DI ACCORDI

1. Giurisdizione esclusiva ed accordi: il particolare criterio di riparto	86
1.1 La rilevanza della sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale e l' <i>obiter dictum</i> in tema di accordi	89
2. L'art. 11 quale norma generale e il fenomeno della deformalizzazione dell'istituto degli accordi	94
3. La differenza tra accordi e contratti ad evidenza pubblica sul piano processuale	99

CAPITOLO QUARTO

I PRINCIPI CIVILISTICI APPLICATI AGLI ACCORDI PUBBLICI CON PARTICOLARE RIGUARDO ALLE CONVENZIONI URBANISTICHE

1. La disciplina civilistica applicabile agli accordi ai sensi del comma 2 dell'art. 11	104
2. Il principio di buona fede nelle trattative e la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione	108

	<i>pag.</i>
3. L'ambito soggettivo degli accordi e la tutela dei diritti dei terzi	114
4. L'ambito oggettivo dell'accordo: tra autonomia negoziale e principio di legalità dell'azione amministrativa	120
5. Il recesso della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 11, comma 4, della legge n. 241/1990	124
5.1 Rinegoziazione e <i>potestas variandi</i>	132
5.2. Accordi <i>ex art. 11</i> e poteri di autotutela decisoria	137
5.3 Il recesso dagli accordi tra amministrazioni pubbliche	141
6. L'adempimento e l'inadempimento degli accordi <i>ex art. 11</i> della legge n. 241/1990	147
6.1 L'inadempimento di una convenzione di lottizzazione da parte dell'amministrazione e da parte del privato a confronto	151
Conclusioni	157
 BIBLIOGRAFIA	 161

CAPITOLO PRIMO

L'ISTITUTO DEGLI ACCORDI TRA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E PRIVATI

1. L'evoluzione del rapporto tra pubblica amministrazione e cittadino nel nostro sistema di diritto amministrativo

Sin dal momento di fioritura del diritto amministrativo, che possiamo collocare nella seconda metà del XIX secolo, la pubblica amministrazione godeva di una certa supremazia legata essenzialmente alla funzione da essa svolta, ossia il perseguimento del pubblico interesse considerato superiore rispetto all'interesse meramente privato. Era proprio in virtù di tale posizione sopraelevata rispetto ad ogni altro soggetto dell'ordinamento che le si riconosceva la capacità di adottare atti dotati di forza autoritativa. Essa, cioè, pur esercitando il suo potere discrezionalmente e, quindi, pur prendendo in considerazione i vari interessi coinvolti e scegliendo tra una pluralità di soluzioni egualmente consentite dalla legge, finiva per assumere una decisione unilaterale e vincolante, in grado di incidere la sfera giuridica del destinatario e potenzialmente idonea ad essere portata ad esecuzione coattiva ove necessario ⁽¹⁾.

Insomma, originariamente una certa distanza e separatezza connotava il rapporto tra pubblica amministrazione e cittadino, che avevano come unico punto di contatto il provvedimento autoritativo emanato in modo unilaterale ⁽²⁾.

¹⁾ Cfr. S. CASSESE, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1, 2002, p. 31.

²⁾ In questo senso si è espresso M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, Il Mulino, p. 241.

Si veda, tuttavia, anche F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, n. 3, 2002, p. 431 e ss. che, diversamente dall'autore appena citato, non sposa l'idea secondo cui nel primo secolo di esperienza amministrativa gli atti dell'amministrazione fossero soltanto autoritativi, e ricorda come sia stato evidenziato che in quell'epoca i rapporti contrattuali della pubblica amministrazione avessero "una loro oggettiva centralità".

Tale concezione autoritativa del diritto amministrativo non poteva che dipendere dalle dinamiche sociali e politiche dell'epoca. Ci si trovava, infatti, dinnanzi ad uno stato monoclasse, che rispecchiava essenzialmente gli interessi della borghesia ed in cui le ingerenze pubbliche nei rapporti economici e sociali erano ridotte al minimo. Più precisamente, ai pochi apparati amministrativi stabili esistenti era permesso occuparsi di solo alcuni fondamentali settori della vita civile, quali quelli dell'ordine pubblico interno e della difesa del territorio dai nemici esterni; tutto il resto, quindi tutto ciò che concerneva lo svolgimento delle attività economiche e la cura di altri interessi della collettività, era nelle mani della società civile e del mercato ⁽³⁾. Com'è ovvio, in un simile contesto la classe dominante privata, proprio perché comunque disponeva di ampi spazi in cui poter esercitare liberamente la propria iniziativa economica, non contrastava, ed anzi – per certi versi – gradiva, le sporadiche limitazioni autoritative. Essa, tuttavia, cambiò progressivamente atteggiamento, soprattutto a seguito di una precisa evoluzione in senso pluralistico dell'ordinamento.

Con il volgere del tempo, infatti, altre classi sociali iniziarono a prendere coscienza della loro forza contrattuale, e così ad intervenire sulla scena politica affermando istanze nuove e diverse, organizzandosi e dando vita a veri e propri partiti politici. La borghesia si dimostrò incapace a reggere queste pressioni, il che determinò, o per lo meno agevolò, il passaggio da uno stato monoclasse ad uno stato pluriclasse ⁽⁴⁾, convintamente intenzionato ad assumersi l'obiettivo di rappresentare e mediare tra gli interessi differenziati e spesso contrapposti di tutti gli strati sociali. Di conseguenza, si assistette ad un irrobustimento del ruolo dell'amministrazione statale e ad un graduale ampliamento del suo ambito d'azione, che finì (durante il periodo totalitario) addirittura per inglobare tutte le principali espressioni della

³⁾ Cfr. M. CLARICH, op. cit., p. 32.

⁴⁾ Cfr. F. BASSI, *Autorità e consenso*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3, 1992, p. 746; M. CLARICH, op. cit., p. 32 e 33.

società civile. Fu, dunque, inevitabile la reazione ostile della classe imprenditoriale, che dall'essere nella gran parte dei casi totalmente libera di agire passò a dover sempre e necessariamente attendere il previo esercizio in forma autoritativa del potere da parte della pubblica amministrazione.

È proprio a questo punto che iniziò a farsi strada l'idea di un rapporto partecipato e maggiormente paritario tra amministrazione e cittadini. Se, infatti, il fine della prima era la cura degli interessi della collettività allora i secondi, in quanto destinatari dell'attività gestoria, ben potevano essere chiamati a partecipare ⁽⁵⁾. Un loro apporto partecipativo, in effetti, avrebbe fornito all'amministrazione una più ampia gamma di informazioni utili ad assumere le proprie determinazioni e le avrebbe consentito di prospettare delle soluzioni in grado di soddisfare l'interesse pubblico comportando il minor pregiudizio all'interesse privato ⁽⁶⁾.

Assunse così rilievo un principio che ancora oggi rappresenta uno dei pilastri portanti dell'attività amministrativa, cioè il principio partecipativo, e con esso l'opportunità di valutare il ricorso a moduli di esercizio del potere che favorissero pratiche di collaborazione e di concertazione.

2. L'ammissibilità teorica dell'esercizio consensuale di potestà pubblicistiche

L'impostazione che vedeva come necessariamente imperativa e unilaterale l'attività amministrativa ovviamente conduceva dottrina e giurisprudenza a ritenere non possibile la conclusione di accordi sull'esercizio di poteri amministrativi.

Giungere ad un epilogo diverso da questo non si rivelò cosa semplice, nemmeno a seguito dell'avvento del principio partecipativo.

⁵⁾ In questo senso si è espresso F. BASSI, op. cit., p. 748.

⁶⁾ Cfr. G. ALPA, *Aspetti e problemi della partecipazione nel diritto urbanistico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1, 1979, p. 259.

Seppur, infatti, nella prassi fosse evidente la diffusione della tendenza a ricercare il consenso del soggetto privato, agli occhi degli studiosi prevalevano i rischi che ad una tale modalità d'azione potevano riconnettersi sui vantaggi che a livello pragmatico il raggiungimento di un accordo assicurava ⁽⁷⁾.

Più in particolare, è sicuramente vero che, essendo il relativo contenuto frutto di una trattativa tra le parti, l'accordo può rappresentare per l'amministrazione pubblica un valido strumento per guidare l'attività del privato verso la realizzazione del pubblico interesse pur in assenza di poteri coercitivi o delle eventuali risorse finanziarie necessarie. Così come è vero che concludendo un accordo in qualità di finanziatore e di realizzatore dell'opera (o gestore del servizio), il privato può avere una maggiore certezza circa la stabilità della volontà pubblica. A tutto ciò, poi, si deve aggiungere l'inevitabile riduzione del rischio di possibili contenziosi. Al contempo, però, l'agire consensuale fa emergere il concreto pericolo che l'amministrazione finisca per far prevalere l'interesse privato su quello pubblico dimenticandosi della sua naturale funzione, o, viceversa, che finisca per imporre al privato condizioni molto più gravose rispetto a quelle che avrebbe potuto imporre attraverso l'esercizio unilaterale del suo potere.

Dunque, in assenza di una specifica disciplina legislativa, anche il timore di dover affrontare tali inconvenienti ha, per lungo tempo, frenato la dottrina dal considerare potenzialmente negoziabile l'esercizio del potere amministrativo. Si iniziò a valutare come teoricamente ammissibile una conclusione contraria soltanto nel momento in cui la giuridica funzionalizzazione al perseguimento del pubblico interesse divenne primariamente rilevante. Infatti, l'impiego di strumenti consensuali è incompatibile con l'idea della necessaria supremazia della pubblica amministrazione ma non lo è con la visione

⁷⁾ Cfr. E. BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblici*, in *Enc. dir.*, agg. V, Milano, 2001, p. 2 e ss.

funzionale dell'attività amministrativa ⁽⁸⁾. In altre parole, quella che passa per l'adozione del provvedimento amministrativo non è l'unica strada percorribile dall'amministrazione per poter dire alla fine di aver agito nell'interesse della collettività. Infatti, in molte fattispecie una valida alternativa potrebbe essere l'instaurazione di un rapporto convenzionale con il cittadino, pur tenendo in considerazione sia i vantaggi sia i rischi legati ad una tale scelta d'azione.

Ciò che ha definitivamente spostato l'attenzione della dottrina dalla questione sull'ammissibilità teorica di un esercizio consensuale di potestà pubblicistiche al problema più concreto legato all'individuazione del regime giuridico, sia sostanziale sia processuale, di tali rapporti è stata l'entrata in vigore della Legge 7 agosto 1990, n. 241, intitolata "*Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*" ma comunemente conosciuta come legge sul procedimento amministrativo.

3. La positivizzazione dell'istituto degli accordi a partire dalla proposta della Commissione Nigro

La legge sul procedimento amministrativo, regolando seppur in modo generale per la prima volta l'istituto, ha assunto un ruolo da protagonista nella storia evolutiva degli accordi che la pubblica amministrazione può concludere nell'esercizio della sua funzione.

In realtà, l'esigenza di una regolamentazione legislativa degli accordi si era manifestata già prima del 1990. Basti pensare al progetto di legge elaborato tra il 1944 e il 1947 dalla commissione presieduta da Ugo Forti; o agli ulteriori progetti presentati nel corso di varie legislature successive ⁽⁹⁾, i quali, tuttavia, si scontrarono con la sostanziale indifferenza della classe politica dell'epoca. Agli inizi degli anni Ottanta del secolo scorso venne intrapreso un nuovo tentativo ad

⁸⁾ Sul punto si veda E. BRUTI LIBERATI, op. cit., p. 2; G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche, ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984, p. 210 e ss.

⁹⁾ In particolare, questi ulteriori progetti di legge furono elaborati nel 1958, nel 1963 e nel 1968 da tre commissioni tutte presiedute da Roberto Lucifredi.

opera della sottocommissione di studio presieduta da un illustre studioso, il professor Mario Nigro, operante nella commissione per la delegificazione e per la semplificazione dei rapporti tra Stato e cittadini, costituita presso la Presidenza del Consiglio dei ministri. Le proposte partorite da tale sottocommissione ⁽¹⁰⁾, dopo alcuni rimaneggiamenti non privi di rilevanza, vennero nella sostanza travasate nel disegno di legge n. 1913⁽¹¹⁾ presentato alla Camera dei deputati dal Governo Goria il 19 novembre del 1987. Poco più di otto mesi dopo quello stesso disegno di legge venne approvato dal Senato della Repubblica e successivamente divenne legge il 7 agosto del 1990.

Il lavoro della Commissione Nigro partiva da una precisa constatazione che va a confermare quanto più sopra già esposto: l'evidente mutamento dei rapporti tra collettività e pubblico potere cui nel tempo si aveva assistito imponeva la ricerca di un nuovo modo di intendere e regolare il procedimento amministrativo. Secondo Nigro ⁽¹²⁾ un effetto rilevante di questa trasformazione aveva a che fare con il nucleo dell'attività amministrativa, che andava ora fatto coincidere con l'*iter* di formazione della decisione, non più con il provvedimento amministrativo finale. Infatti, quest'ultimo ormai rappresentava uno soltanto dei diversi possibili sbocchi del procedimento, tra i quali spiccava proprio l'accordo.

Nigro riteneva che l'accordo dovesse essere "visto e compreso non già come una rottura del procedimento, come una soluzione eccezionale ed anomala dei problemi aperti dall'iniziativa di procedimento, ma come uno sbocco alternativo all'atto e come questo direttamente e coerentemente discendente dallo sviluppo dello stesso procedimento, nel cui complesso dispiegarsi si pongono le premesse e

¹⁰⁾ Tali proposte sono state pubblicate dalla rivista *Quaderni regionali*, n. 4 di ottobre-novembre 1984.

¹¹⁾ Il testo integrale del disegno di legge n. 1913 è stato pubblicato nel giornale *Il Sole-24 Ore*, n. 58 del 28 febbraio 1987.

¹²⁾ Cfr. M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'Amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1, 1989, p. 15 e ss.

si creano le condizioni per la formazione di quella consensualità che l'accordo porta alle sue naturali conseguenze" (13).

Si comprende, dunque, il motivo per cui la Commissione Nigro, nel redigere le proprie proposte, ha cercato di esprimere un vero e proprio *favor* per il ricorso a modelli consensuali: per semplificare, democraticizzare e così migliorare i rapporti tra pubblica amministrazione e cittadini, assegnando al contempo un adeguato rilievo ai rapporti fra le diverse organizzazioni amministrative, in una prospettiva di maggiore efficacia ed efficienza della loro azione (14).

Su tali basi trovava giustificazione l'enunciazione all'art. 5 di un principio di contrattualità, che sembrava quasi voler alimentare la tendenza dell'amministrazione a optare, ove fosse stato possibile, per la conclusione di accordi *"allo scopo di accelerare lo svolgimento dell'azione amministrativa e disciplinare con maggiore stabilità e precisione i comportamenti propri e dei privati oltre che i diritti e i doveri reciproci"*.

Le disposizioni dedicate al tema degli accordi erano state distribuite in due articoli del Titolo IV, uno più tendente a definire, l'altro più tendente a regolare.

Più in particolare, all'art. 6 erano indicate le specifiche tipologie di accordo che la pubblica amministrazione avrebbe potuto impiegare nella pratica: gli accordi procedurali (15); gli accordi normativi (16); gli accordi organizzativi fra amministrazioni pubbliche (17); e gli accordi

¹³⁾ M. NIGRO, op. cit., p. 19.

¹⁴⁾ Cfr. C. SANTACROCE, *La stabilità degli accordi tra pubbliche amministrazioni*, Padova, 2014, p. 109.

¹⁵⁾ All'art. 6, comma 1, del progetto della Commissione Nigro si legge *"Le amministrazioni pubbliche, nei limiti delle loro attribuzioni, possono concludere accordi nell'ambito del procedimento con i destinatari del provvedimento per sostituire quest'ultimo o per disciplinarne il contenuto"*.

¹⁶⁾ All'art. 6, comma 2, del progetto della Commissione Nigro si legge *"Fuori dalle 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"*.

¹⁷⁾ All'art. 6, comma 3, del progetto della Commissione Nigro si legge *"Accordi di natura organizzativa possono sempre essere conclusi tra amministrazioni pubbliche"*.

sostitutivi di provvedimenti sanzionatori ⁽¹⁸⁾. L'articolo successivo (art. 7), invece, conteneva un insieme di regole considerate applicabili a tutte le menzionate tipologie di accordi amministrativi, con la sola eccezione della disposizione che rinviava ai principi civilistici in materia di obbligazioni (art. 7, comma 2). Quest'ultima, infatti, avrebbe trovato piena applicazione con riferimento ai soli accordi procedurali e normativi; mentre per gli accordi organizzativi e sostitutivi di provvedimenti sanzionatori quegli stessi principi si sarebbero potuti applicare solo in quanto compatibili.

Questa impostazione con ogni probabilità si dimostrò eccessivamente rivoluzionaria, tant'è vero che nel passaggio dalle proposte della Commissione al disegno di legge governativo il testo subì delle modifiche, operate dalla Presidenza del Consiglio, anche in accoglimento dei rilievi e delle indicazioni contenuti nel parere del Consiglio di Stato ⁽¹⁹⁾.

Innanzitutto, nel disegno di legge non venne riportata l'enunciazione del principio di contrattualità; modifica questa che dimostra come abbia inizialmente prevalso la diffidenza verso gli accordi, a beneficio del tradizionale esercizio autoritativo e unilaterale del potere pubblico. Inoltre, vi fu una riduzione delle possibili tipologie di accordo, dal momento che venne cancellato il riferimento sia agli accordi normativi sia a quelli sostitutivi di provvedimenti sanzionatori. Quindi, a salvarsi furono soltanto gli accordi organizzativi (mantenendo intatta la loro sostanza, non anche la qualificazione in questi termini) e gli accordi procedurali, che a loro volta continuavano a comprendere quelli integrativi e quelli sostitutivi di provvedimento.

per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune, anche fuori dalle ipotesi previste dall'art. 1 del Titolo IV della presente legge" (cioè anche al di fuori delle ipotesi di ricorso all'istituto della conferenza di servizi).

¹⁸⁾ All'art. 6, comma 4, del progetto della Commissione Nigro si legge "*Ai sensi del comma 1, 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*".

¹⁹⁾ Cfr. Cons. Stato, Ad. Gen., 19 febbraio 1987, n. 7, in *Foro It.*, n. 111, 1988, p. 22 e ss.

Peraltro, questi ultimi vennero di non poco limitati nella loro portata poiché si affidò alle singole leggi il compito di stabilire quando il passaggio dal provvedimento all'accordo potesse essere consentito. Una tale previsione, introdotta a seguito del parere del Consiglio di Stato, finiva per svuotare il precetto del significato ad esso attribuito dalla Commissione, oltre che scoraggiare l'utilizzo in concreto dell'istituto.

Infine, vi fu un'ultima variazione di cui è opportuno dar conto poiché comportò la parziale rottura di quel regime unitario delineato dalla Commissione Nigro. All'interno del disegno di legge, infatti, la disciplina degli accordi è stata diversamente strutturata, nel senso che l'unico articolo dal contenuto definitorio (art. 6 del progetto redatto dalla Commissione Nigro) venne sostituito da due articoli separati, uno dedicato agli accordi procedurali (art. 12 del disegno di legge) e uno dedicato agli accordi tra amministrazioni pubbliche (art. 16 del disegno di legge). Inoltre, soltanto quest'ultimo articolo mantenne la sua collocazione all'interno del Capo IV sulla semplificazione dell'azione amministrativa. Diversamente le disposizioni inerenti agli accordi integrativi e sostitutivi di provvedimento vennero spostate al Capo III sulla partecipazione al procedimento amministrativo, con la non poco rilevante conseguenza di escluderne l'utilizzazione nell'ambito delle attività amministrative dirette all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e programmazione, nonché ai procedimenti tributari ai sensi dell'art. 14 del disegno di legge⁽²⁰⁾.

Questa diversa disposizione ha concorso ad affievolire quel senso di unitarietà che la Commissione Nigro tentò di trasmettere disciplinando l'istituto. Ha, cioè, allontanato da una "visione

²⁰⁾ Anche questo aspetto venne criticato da Nigro, per il quale ciò significava "diminuire gravemente l'incidenza della nuova legge e lasciare senza disciplina campi essenziali per l'impianto di un corretto rapporto fra poteri pubblici e cittadini" (M. NIGRO, op. cit., p. 24).

dell'accordo come strumento unitario di amministrazione, e dei suoi tipi come semplici varianti applicative" ⁽²¹⁾.

Unico profilo che continuava a rappresentare un "ponte" tra le due ipotesi di accordo era quello strettamente regolatorio. Nel senso che il trattamento giuridico di cui all'art. 7 del progetto della Commissione Nigro venne riproposto solo nei commi 2 e seguenti dell'art. 12 del disegno di legge, ma lo si rese applicabile anche agli accordi tra pubbliche amministrazioni attraverso la tecnica legislativa del rinvio.

In conclusione, è possibile affermare che le modifiche apportate al progetto originario di legge nel loro complesso dimostrano come evidentemente non fossero ancora maturi i tempi per un definitivo abbandono della regola dell'unilateralità come forma ordinaria di esercizio di potestà pubblicistiche. Tuttavia, è in ogni caso innegabile la portata innovativa del testo finale ⁽²²⁾ che ha superato il vaglio parlamentare ed è divenuto legge il 7 agosto del 1990 (n. 241). La nuova disciplina da esso introdotta, infatti, oltre ad aver autorizzato per la prima volta la pubblica amministrazione a valutare l'opportunità di soddisfare l'interesse pubblico ricorrendo allo strumento consensuale, ha positivizzato le prassi già diffuse, sottraendo gli accordi all'ufficiosità e conferendo loro trattamento e sistemazione omogenei.

4. L'art. 11 della legge sul procedimento amministrativo 7 agosto 1990, n. 241

A partire dal 7 agosto 1990 il perno su cui tuttora ruota la tematica dell'amministrazione per accordi divenne l'art. 11 della legge n. 241/1990 rubricato "accordi integrativi e sostitutivi del provvedimento" e collocato, come già accennato, all'interno del Capo III sulla partecipazione al procedimento amministrativo. Gli accordi,

²¹⁾ Cfr. C. SANTACROCE, op. cit., p. 115.

²²⁾ In questo senso si è espresso F. CASTIELLO, *Gli accordi integrativi e sostitutivi di provvedimenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1, 1993, p. 135 e ss.; A. PAJNO, *Riflessioni e suggestioni a proposito della legge 7 agosto 1990 n. 241 a due anni dalla sua entrata in vigore*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4, 1993, p. 662.

infatti, sono il frutto di quest'ultima, o meglio, di quella partecipazione che parte della dottrina ⁽²³⁾ identifica come "qualificata" in modo da distinguerla dalla partecipazione "semplice", che invece si manifesta attraverso, ad esempio, il diritto di accesso agli atti del procedimento o il diritto di presentare memorie e osservazioni. In altre parole, quello degli accordi è uno degli istituti su cui il legislatore ha dimostrato di voler puntare allo scopo di favorire la democratizzazione dell'attività amministrativa e l'attenuazione del contenzioso.

L'art. 11 detta una disciplina giuridica di base. Più in particolare, si apre stabilendo che in accoglimento di eventuali osservazioni e proposte presentate ai sensi dell'art. 10, l'amministrazione può concludere con gli interessati accordi aventi ad oggetto il contenuto discrezionale del provvedimento finale o (originariamente solo nei casi previsti dalla legge) aventi lo scopo di sostituire quest'ultimo, il tutto senza pregiudizio dei diritti dei terzi e in ogni caso nel perseguimento dell'interesse pubblico (comma 1).

Questa prima disposizione contiene molti spunti da cui partire per fare delle ulteriori considerazioni.

Innanzitutto, parlando di "*contenuto discrezionale del provvedimento finale*" il legislatore ha voluto evidenziare un primo e necessario elemento caratterizzante la fattispecie, ossia la discrezionalità del provvedimento amministrativo considerato. Infatti, affinché l'accordo possa incidervi, è necessario che il relativo contenuto non sia già predeterminato dalla legge poiché in quel caso mancherebbe il presupposto stesso per una negoziazione, e cioè una gamma più o meno ampia di opzioni tra cui scegliere. Di conseguenza, non è possibile immaginare, ad esempio, la conclusione di un accordo avente ad oggetto la misura di una sanzione da irrogare.

Il punto, tuttavia, necessita di una precisazione, perché è vero che i provvedimenti interamente vincolati non si prestano ad essere

²³⁾ Cfr. S. GIACCHETTI, *Gli accordi dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990 tra realtà virtuale e realtà reale*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3, 1997, p. 518.

oggetto di accordo, ma è anche vero che dottrina ⁽²⁴⁾ e giurisprudenza ⁽²⁵⁾ sono ormai concordi nel considerare comunque configurabile il ricorso a tale strumento consensuale anche in caso di procedimenti finalizzati proprio all'adozione di provvedimenti finali vincolati poiché essi spesso presentano degli aspetti, come quelli attinenti al *quando* o al *quomodo*, che chiaramente impongono all'amministrazione l'esercizio dei propri poteri discrezionali. Ecco che, quindi, anche in queste circostanze può risultare opportuna la stipulazione di un accordo, in quanto strumento idoneo a far conseguire a tutte le parti un'utilità ulteriore rispetto a quella che si conseguirebbe attraverso la mera adozione del provvedimento in via unilaterale.

Anche l'utilizzo del verbo "*può concludere*" impone una qualche puntualizzazione, poiché consente correttamente di affermare che l'amministrazione gode di una certa autonomia nella scelta della strada da percorrere (tra quella che conduce al provvedimento e quella alternativa che conduce all'accordo). Cionondimeno, il *focus* deve continuare ad essere la cura dell'interesse pubblico. Per cui se le specifiche caratteristiche del caso concreto rendono in questo senso più opportuna la soluzione pattizia, ecco che l'amministrazione dovrà privilegiare tale via ⁽²⁶⁾.

²⁴⁾ In questo senso si è espresso S. GIACCHETTI, op. cit., p. 522; M. GARGANO, *Attività amministrativa e moduli consensuali: gli accordi tra P.A. e privati*, in *Giur. merito*, n. 12, 2006, p. 2585; F. SATTA e F. CARDARELLI, *Il contratto amministrativo*, in *Dir. amm.*, n. 2, 2007, p. 219; N. BASSI, *Una giusta dose di flessibilità nell'applicazione degli istituti della consensualità amministrativa*, in *Foro amm. – C.d.S.*, n. 2, 2008, p. 432 e ss.

²⁵⁾ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 15 febbraio 2002, n. 2636, in www.giustizia-amministrativa.it, ove testualmente si afferma che l'accordo procedimentale "può essere adottato anche in presenza di provvedimenti finali vincolati per aspetti che possono presentare, nel *quando* o nel *quomodo*, elementi di discrezionalità" purché fornisca "ad entrambe le parti un'utilità maggiore di quella della mera adozione del provvedimento finale altrimenti non vi sarebbe alcun motivo pratico di stipulare l'accordo che finirebbe con l'essere un doppione del normale canale autoritativo". Nello stesso senso si è espressa anche la successiva Cons. Stato, Sez. IV, 10 dicembre 2007, n. 6344, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁶⁾ Sul punto si veda F. CASTIELLO, op. cit., p. 145.

Infine, per quanto la legge imponga all'amministrazione di prendere in considerazione le osservazioni e le proposte presentate dalle controparti interessate, non si può affermare che il contenuto dell'accordo debba rappresentarne una mera riproduzione. Al contrario, anche all'amministrazione è riconosciuto un ruolo attivo, potendo essa ricercare un miglior temperamento tra l'interesse pubblico e quello privato attraverso la formulazione di idonee controproposte ⁽²⁷⁾. A tal fine l'amministrazione può addirittura "*predisporre un calendario di incontri*", quindi avviare un vero e proprio tavolo di trattativa cui sono invitati a partecipare i soggetti privati interessati (comma 1 *bis*).

Peraltro, autorevole dottrina ⁽²⁸⁾ è dell'idea che, proprio attraverso l'introduzione di quest'ultima disposizione ⁽²⁹⁾, il legislatore abbia compiuto un "preciso giro di boa" manifestando una chiara preferenza per la soluzione pattizia e per la conclusione del procedimento in forma consensuale; quello stesso *favor* per la conclusione degli accordi che secondo Nigro il testo originario della legge n. 241/1990 non conteneva.

Proseguendo con la disamina della disciplina dettata dall'art. 11, ci si imbatte nel comma 2 che, per la conclusione di accordi, prescrive a pena di nullità la forma scritta. Ciò costituisce una sottile differenza rispetto al regime generale dei provvedimenti amministrativi, in quanto per questi ultimi non è richiesta una particolare forma; solitamente vengono adottati in forma scritta ma vi sono delle fattispecie in cui possono presentare una forma diversa, come quella orale. Nel caso degli accordi ex art. 11, invece, è lo stesso legislatore ad imporre *ad substantiam* la forma scritta.

Il comma 2, però, assume rilevanza centrale soprattutto perché rinvia, per quanto non diversamente previsto, ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili. La

²⁷⁾ Cfr. F. CASTIELLO, op. cit., p. 146.

²⁸⁾ Cfr. G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, p. 76 e ss.

²⁹⁾ Introdotta ad opera dell'art. 3 *quinquies*, l. 11 luglio 1995, n. 273.

portata e gli effetti di tale rinvio verranno approfonditamente analizzati nel prosieguo ⁽³⁰⁾. Tuttavia, sin d'ora è opportuno rilevare come questa norma presenti uno strettissimo legame con quella contenuta nel successivo comma 4, in tema di recesso unilaterale dell'amministrazione per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ⁽³¹⁾. Partendo dal coordinamento di queste due disposizioni è possibile affermare che la stabilità del rapporto nascente dall'accordo deve in ogni caso fare i conti con l'inesauribilità dell'azione amministrativa ⁽³²⁾, quindi con la costante necessità della pubblica amministrazione di perseguire l'interesse pubblico.

A completamento della disciplina dell'istituto è stata prevista la sottoposizione dei soli accordi sostitutivi di provvedimento ai medesimi controlli previsti per quest'ultimo (comma 3), probabilmente anche per evitare che si opti per la soluzione pattizia al solo scopo di eludere la disciplina dei controlli, e l'affidamento alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie inerenti alla formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi ⁽³³⁾. Quest'ultima disposizione originariamente era inserita all'interno del comma 5 dell'art. 11, salvo poi essere stata abrogata per effetto dell'entrata in vigore del Decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104. Dunque, ad oggi questa norma è sancita dall'art. 133, comma 1, lett. a), n. 2 del Codice del processo amministrativo.

4.1 Accordi integrativi e accordi sostitutivi di provvedimento

Ai sensi del comma 1 dell'art. 11 della legge n. 241/1990 sono due le tipologie di accordo che la pubblica amministrazione può concludere con la parte privata: l'accordo diretto a determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale, denominato accordo

³⁰⁾ Cfr. *infra* Paragrafo n. 1, Capitolo IV.

³¹⁾ Cfr. *infra* Paragrafo n. 5, Capitolo IV.

³²⁾ In questo senso si è espresso G. GRECO, op. cit., p. 78 e ss.

³³⁾ Per un approfondimento sul tema cfr. *infra* Capitolo III.

integrativo ⁽³⁴⁾, e l'accordo concluso in sostituzione di quest'ultimo, pacificamente denominato accordo sostitutivo.

Si tratta di due fattispecie evidentemente strutturate in modo diverso. In particolare, l'accordo integrativo precede la formale adozione del provvedimento amministrativo e, mediante esso, l'amministrazione si impegna a riempire quest'ultimo dei contenuti preventivamente concordati con il soggetto privato. L'accordo sostitutivo, invece, compie un passo in più, dal momento che non si limita a coordinare i diversi interessi in gioco, ma si spinge fino al punto di sostituirsi al provvedimento amministrativo unilaterale nella produzione degli effetti giuridici. Coerentemente, il legislatore ha previsto che in tali ipotesi vengano effettuati sull'accordo tutti i controlli che si sarebbero dovuti effettuare sul provvedimento ⁽³⁵⁾.

Dunque, nell'un caso (quello dell'accordo integrativo) affinché si producano gli effetti giuridici nella realtà esterna è comunque necessario un atto formale che realizzi l'assetto degli interessi disegnato dall'accordo, mentre nell'altro caso (quello dell'accordo sostitutivo) è lo stesso atto consensuale che delinea e determina il prodursi degli effetti giuridici al posto del provvedimento. Inoltre, originariamente l'art. 11 poneva il vincolo della previa previsione di legge per i soli accordi sostitutivi di provvedimento. Sicché, l'amministrazione che avesse *ex lege* il potere di avviare il procedimento finalizzato all'adozione di un determinato provvedimento poteva sempre concludere un accordo sul contenuto discrezionale di quest'ultimo, mentre poteva concludere un accordo che lo sostituisse soltanto qualora

³⁴⁾ In verità per riferirsi a questa tipologia di accordo la dottrina ha di volta in volta utilizzato differenti denominazioni come accordo "procedimentale", accordo "endoprocedimentale" o "endoprovvvedimentale", accordo "preliminare", accordo "integrativo", accordo "determinativo" ecc. In sostanza, ciascuna di queste espressioni identifica una concezione leggermente diversa della medesima fattispecie, talvolta più tendente a rimarcare il carattere autonomo piuttosto che quello meramente strumentale dell'accordo rispetto al provvedimento.

³⁵⁾ Cfr. F. GIGLIONI e A. NERVI, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2019, p. 53 e ss.

la norma attributiva del relativo potere avesse previsto specificamente anche la possibilità di avvalersene in via consensuale ⁽³⁶⁾.

È proprio facendo leva su questa “profonda differenza” tra le due figure che parte della dottrina ⁽³⁷⁾ ha assunto un atteggiamento critico di fronte all’unitarietà della disciplina dettata dall’art. 11.

Tuttavia, vale la pena sottolineare che, al contempo, vi è chi ⁽³⁸⁾ considera questa differenza “più formale che sostanziale”, poiché seppur cambi la forma dell’atto dotato di efficacia esterna, in entrambi i casi il regolamento degli interessi proviene dall’accordo. Una tale prospettiva porta a concepire le due figure come sostanzialmente equivalenti dato che, anche laddove intervenisse un accordo integrativo, il provvedimento conclusivo del procedimento non sarebbe altro che un mero atto di esecuzione. Per di più, proprio il fatto che la disciplina posta dall’art. 11 è in larga parte coincidente può costituire un ulteriore elemento a favore di tale tesi ⁽³⁹⁾.

Questa seconda impostazione, dunque, appare maggiormente plausibile ove si tenga a mente che per l’amministrazione l’accordo, sia esso integrativo sia esso sostitutivo, rappresenta una strada alternativa rispetto all’azione unilaterale per perseguire l’interesse pubblico e giungere alla conclusione del procedimento amministrativo. Inoltre, ad avere portata unificante è anche la *ratio* stessa dell’istituto. Infatti, ciò che giustifica la stipulazione di un accordo, integrativo o sostitutivo che sia, tra pubblica amministrazione e privato è la possibilità di pervenire ad una regolamentazione degli interessi che non si potrebbe raggiungere per il tramite di un provvedimento unilaterale. Se non vi fosse la prospettiva di trarre un maggior vantaggio o subire un minor

³⁶⁾ Cfr. E. BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblici* cit., p. 16.

³⁷⁾ Cfr. F.G. COCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, n. 1, 1995, p. 41 e ss.

³⁸⁾ In questo senso si è espressa M. GARGANO, op.cit., p. 2584.

³⁹⁾ Favorevoli a questa impostazione anche G. SALA, *Accordi sul contenuto discrezionale del provvedimento e tutela delle situazioni soggettive*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2, 1992, p. 220; G. GRECO, op. cit., p. 82.

pregiudizio per effetto dell'accordo, non vi sarebbe alcun motivo pratico di optare per la soluzione pattizia.

4.2 Accordi e contratti ad evidenza pubblica

Com'è ormai noto, le amministrazioni pubbliche, nell'esercizio della loro capacità generale di diritto privato "possono stipulare contratti per l'acquisto di beni e servizi e per l'esecuzione di lavori strumentali alle loro attività e necessari per il perseguimento delle finalità di interesse pubblico" ⁽⁴⁰⁾. A differenza di un qualunque altro soggetto dell'ordinamento, però, l'amministrazione non è pienamente libera di scegliere la propria controparte contrattuale. Essa, infatti, deve necessariamente avviare uno specifico procedimento amministrativo a evidenza pubblica di tipo competitivo che conduca all'emanazione di un provvedimento di aggiudicazione e alla successiva stipulazione del contratto con il contraente privato in tal modo individuato.

Nella lettura più consolidata del fenomeno prevale l'idea secondo cui le regole pubblicistiche dell'evidenza pubblica trovano applicazione limitatamente alla fase di formazione della volontà contrattuale della pubblica amministrazione, mentre nella fase di esecuzione il contratto è disciplinato integralmente dalle regole codicistiche. La disciplina dei contratti ad evidenza pubblica, quindi, è il frutto della combinazione di regole sia pubblicistiche sia privatistiche, così come lo è quella degli accordi. Tuttavia, per quanto affini, questi due istituti non vanno confusi, poiché sono diversi i contesti nei quali interviene l'azione amministrativa.

Infatti, il contratto ad evidenza pubblica è, come sopra affermato, un vero e proprio contratto che l'amministrazione stipula nell'esercizio della sua capacità di diritto privato, seppur sempre nei limiti delle sue finalità istituzionali. L'accordo, invece, è un atto consensuale che interviene nell'ambito di un procedimento

⁴⁰⁾ Cfr. M. CLARICH, *Manuale cit.*, p. 425 e ss.

amministrativo e che vuole rappresentare un'alternativa all'esercizio autoritativo del potere pubblico ⁽⁴¹⁾.

Per la verità, tale impostazione viene in parte criticata da quella corrente dottrinale ⁽⁴²⁾ che ammette l'impiego da parte della pubblica amministrazione di strumenti privatistici ma che nega che tale impiego possa essere considerato come espressione della generale capacità di diritto privato di cui è titolare.

In particolare, questa parte di dottrina concepisce l'autoritatività, cioè "il potere di disciplinare interessi altrui anche senza il consenso e il concorso dei titolari degli interessi da disciplinare", come un attributo del potere precettivo dell'amministrazione, non dell'atto attraverso cui tale potere viene esercitato. Tant'è vero che, sempre secondo questo orientamento dottrinale, di norma il potere (precettivo) autoritativo si esprime in atti unilaterali, ma può anche esprimersi in atti consensuali, e a tal proposito viene richiamato, in funzione esemplificativa, l'accordo. Infatti, quando tra le due contrapposte alternative (cioè tra provvedimento unilaterale da un lato e atto consensuale dall'altro) l'amministrazione opta per quest'ultimo, essa esercita il suo potere autoritativo. Al contrario, il potere che l'amministrazione esercita nel momento in cui conclude un contratto ad evidenza pubblica non può essere considerato autoritativo, perché in quel caso l'amministrazione non potrebbe scegliere di agire diversamente, essendo indispensabile l'adozione dell'atto consensuale per il raggiungimento di un determinato assetto di interessi.

Fondamentale rilevanza ai nostri fini ha la successiva considerazione secondo cui quando adotta atti consensuali l'amministrazione non esercita mai un potere che può dirsi espressione di autonomia privata semplicemente perché essa non può considerarsi

⁴¹⁾ In questo senso G. GRECO, op. cit., p. 165 e ss.; V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, n. 2, 2003, p. 223 e ss.; F. SATTA e F. CARDARELLI, *Il contratto amministrativo* cit., p. 217 e ss.

⁴²⁾ Cfr. F.G. SCOCA, *Autorità e consenso* cit., p. 451 e ss.

del tutto libera nel determinarne il contenuto. L'amministrazione, sia che si tratti di atto consensuale necessario sia che si tratti di atto consensuale non necessario, esercita sempre un potere precettivo soggetto allo statuto tipico dell'azione amministrativa, quindi "funzionalizzato, vincolato, disciplinato nella forma e indirizzato nella sostanza".

È opportuno non ignorare questa particolare posizione poiché giunge ad una conclusione opposta rispetto a quella cui giunge la maggioranza della dottrina. Nel senso che generalmente si tende a tracciare una linea di demarcazione abbastanza netta tra le fattispecie consensuali riconducibili al modello dell'accordo *ex art. 11* e le fattispecie contrattuali di cui la pubblica amministrazione è parte in quanto soggetto giuridico capace. Al contrario, seguendo il ragionamento illustrato da questa particolare corrente dottrinale si finirebbe per ricondurre al modulo dell'azione amministrativa consensuale non soltanto l'accordo ma addirittura il contratto ad evidenza pubblica, avvicinando e aumentando irrimediabilmente il rischio di confusione dei due istituti.

5. Dalla legge sul procedimento alla novella del 2005

Con la previsione degli accordi *ex art. 11* della legge n. 241/1990 l'autorità amministrativa poteva dirsi definitivamente e incontestabilmente legittimata a perseguire il pubblico interesse ricercando il consenso del cittadino piuttosto che imponendogli la sua decisione in via autoritativa, sempre qualora ciò fosse possibile. In tal modo si riuscì a superare quell'ostacolo tanto dogmatico quanto ideologico che prima di quel momento favoriva ricostruzioni alquanto artificiali di molti rapporti sussistenti tra pubbliche amministrazioni e privati poiché ne impediva la qualificazione in termini consensuali ⁽⁴³⁾.

È anche per questo che, dinanzi alla benedizione legislativa alla stipulazione di accordi a conclusione del procedimento

⁴³⁾ In questo senso si è espresso E. BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblici* cit., p. 2.

amministrativo in alternativa al provvedimento unilaterale, si attendeva una reazione positiva da parte della dottrina e un'ampia applicazione pratica della nuova disciplina alle svariate ipotesi pattizie già conosciute ma diversamente ricostruite da parte della giurisprudenza. Eppure, contro ogni aspettativa si determinò la situazione opposta, nonostante a livello teorico fosse impossibile negare la rilevanza assunta dall'istituto.

Si registrò lo sconcerto della dottrina che, seppur in gran parte favorevole ad un esercizio consensuale del potere amministrativo, rimase disorientata di fronte alla genericità e lacunosità della disciplina tratteggiata dal medesimo art. 11. Non per niente negli anni successivi molto tempo è stato speso da parte degli addetti ai lavori ad analizzare e approfondire ogni dettaglio di tale quadro normativo, comprese le relative potenziali ripercussioni sul piano delle norme, pubblicistiche e privatistiche, applicabili ⁽⁴⁴⁾. Numerosissime furono le interpretazioni e le ricostruzioni teoriche prospettate, tanto che i contributi pubblicati sul tema con ogni probabilità erano quantitativamente superiori ai testi di accordi effettivamente stipulati dalle pubbliche amministrazioni che rinviassero alla disciplina in discorso. In altre parole, l'attenzione e l'importanza riconosciuta dalla dottrina all'istituto degli accordi *ex art. 11* è stata quasi eccessiva se si considerano le sue scarse applicazioni concrete a livello di prassi amministrativa ⁽⁴⁵⁾.

Al di là del concreto inutilizzo dello strumento pattizio o del mancato richiamo della relativa norma all'interno di accordi comunque conclusi, un ulteriore dato da rilevare ha a che fare con l'atteggiamento quasi totalmente noncurante che assunse la giurisprudenza. Nel senso che per diverso tempo i giudici si dimostrarono restii ad applicare i principi sanciti dal legislatore all'interno dell'art. 11 nelle controversie scaturenti da accordi conclusi tra amministrazioni e cittadini sottoposte

⁴⁴⁾ Cfr. F.G. COCA, *op. cit.*, p. 440 e ss.

⁴⁵⁾ Di questa opinione è G. MANFREDI, *La nuova disciplina degli accordi tra amministrazione e privati e le privatizzazioni dell'azione amministrativa*, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2007, p. 324.

alla loro attenzione ⁽⁴⁶⁾, finendo, in tal modo, non solo per accettare ma addirittura per alimentare quell'avversione manifestata dalle amministrazioni pubbliche all'utilizzo dell'istituto per come lo stesso venne originariamente positivizzato. Assumendo un atteggiamento più propositivo, invece, la giurisprudenza avrebbe potuto sin da subito persuadere l'autorità amministrativa ad osservare la nuova disciplina, in modo da fruire dei risultati positivi che astrattamente ne potevano derivare, sia in termini di buon andamento ed economicità dell'azione amministrativa e sia in termini di tutela delle legittime aspettative delle parti private ⁽⁴⁷⁾, posto che prima dell'introduzione della legge n. 241/1990 un accordo concluso con la parte privata si riteneva non vincolasse l'amministrazione che, dunque, ben poteva disattenderne il contenuto pregiudicando le legittime aspettative della controparte ⁽⁴⁸⁾.

Dunque, la scarsissima diffusione pratica degli accordi *ex art. 11* frutto della riluttanza ad impiegare tale strumento probabilmente perché troppo innovativo, sommata alla perdurante incertezza circa la natura degli accordi stessi e, conseguentemente, circa la relativa disciplina applicabile, giustificava quella dottrina ⁽⁴⁹⁾ che considerava quello degli accordi tra pubbliche amministrazioni e privati come un istituto proprio di una realtà più virtuale che reale, posto che ad una specifica disciplina normativa e ad un "attento esame da parte dei migliori amministrativisti che ne hanno analizzato a fondo tutte le sfaccettature", corrispondeva, tuttavia, "un piccolo ma non trascurabile difetto", e cioè che ci si trovava innanzi ad "accordi mai nati".

⁴⁶⁾ In proposito si veda Cass., Sez. Un., 24 giugno 1992, n. 7773, in *Rep. Foro It.*, 1993, che ha risolto la questione di giurisdizione in materia di convenzioni edilizie a favore del giudice amministrativo in sede esclusiva in applicazione del solo art. 16 della Legge 28 gennaio 1977, n. 10, al contempo ritenendo non necessario "porsi il problema degli effetti sulla controversia in corso dello *jus superveniens* costituito dalla legge n. 241/1990 né quello circa il suo ambito di applicazione".

⁴⁷⁾ Cfr. N. AICARDI, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamenti e caratteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1, 1997, p. 4 e ss.

⁴⁸⁾ Cfr. M.A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo e la semplificazione*, Report annuale 2013 – Italia, in www.ius-publicum.com.

⁴⁹⁾ In questo senso si è espresso S. GIACCHETTI, *Gli accordi dell'art.11 cit.*, p. 514.

Allo stesso tempo tutto ciò fece emergere l'esigenza di potenziare l'istituto in parola e meglio definirne la disciplina allo scopo di promuovere tra le amministrazioni la pratica della definizione consensuale dei procedimenti. Per tutte queste ragioni, a distanza di quindici anni dalla sua entrata in vigore, la legge n. 241/1990 subì un'operazione di profonda riscrittura posta in essere con la legge 11 febbraio 2005, n. 15. Tale riforma ha interessato l'intera legge sul procedimento amministrativo comprese le previsioni riguardanti gli accordi tra pubbliche amministrazioni e privati, a cui ha apportato delle modifiche tutt'altro che insignificanti.

5.1 La “liberalizzazione” degli accordi sostitutivi e l'introduzione della determinazione preventiva

All'epoca del 1990, su suggerimento del Consiglio di Stato interpellato in funzione consultiva e contrariamente a quanto originariamente proposto dalla Commissione Nigro, si era deciso di relegare la facoltà della pubblica amministrazione di stipulare con la controparte privata un accordo che sostituisse il provvedimento amministrativo unilaterale nella produzione degli effetti giuridici alla specifica previsione delle apposite leggi di settore.

Ben presto, però, ci si rese conto che un tale vincolo costituiva un ostacolo all'impiego di questa tipologia di accordi nella prassi quotidiana delle amministrazioni. Per questo motivo intervenne il legislatore del 2005 eliminando qualsiasi limitazione originariamente prevista alla conclusione di accordi sostitutivi di provvedimento. In particolare, l'art. 7 della legge n. 15/2005 ha disposto la soppressione delle parole “*nei casi previsti dalla legge*” contenute dal comma 1 dell'art. 11 della legge n. 241/1990, evidentemente allo scopo di ampliare l'area di operatività dell'istituto, incentivandone allo stesso tempo la diffusione tra le autorità pubbliche.

Apportando questa modifica il legislatore ha, di fatto, dimostrato di considerare l'accordo sempre pienamente fungibile con il

provvedimento amministrativo avente contenuto discrezionale. Se, però, è vero che la stipulazione dell'accordo risulta veramente conveniente solo laddove consenta il conseguimento di un'utilità ulteriore rispetto a quella che si conseguirebbe per il tramite del provvedimento finale, allora potrebbe sembrare che questa sorta di liberalizzazione dell'accordo sostitutivo finisca per facilitare il superamento del principio di legalità cui è assoggettato qualunque provvedimento amministrativo.

In realtà ciò è solo un'apparenza poiché l'aver fatto coincidere l'ambito di applicabilità dell'accordo sostitutivo con quello del provvedimento amministrativo non significa aver reso il primo qualcosa di diverso da una semplice modalità di esercizio della discrezionalità amministrativa. Il perimetro rimane sempre quello disegnato da quest'ultima e l'accordo in sostituzione del provvedimento, per quanto possa garantire una maggiore flessibilità nella composizione dei contrapposti interessi, non può mai giustificare il superamento del tradizionale principio di legalità amministrativa ⁽⁵⁰⁾.

Sancendone la portata generale, non si è solo giunti alla piena fungibilità tra accordo sostitutivo e provvedimento amministrativo finale, ma si è giunti anche ad una totale equiparazione tra accordo sostitutivo e accordo integrativo quanto a modalità e presupposti di accesso da parte delle pubbliche amministrazioni ⁽⁵¹⁾. Quindi, a seguito del venir meno della riserva di legge originariamente contemplata per gli accordi sostitutivi, amministrazione e controparte privata che, valutate le circostanze del caso specifico, vogliono ricorrere al modulo consensuale devono necessariamente scegliere tra la diretta definizione

⁵⁰⁾ Sul punto si veda G. MONTEDORO, *La nuova disciplina degli accordi*, www.giustizia-amministrativa.it, 2005, secondo il quale l'accordo consente di dettare *praeter legem*, mai *contra legem*, un assetto di interessi anche notevolmente diverso da quello raggiungibile con il provvedimento, ma "lo spazio occupabile dall'accordo, nella fantasia dell'amministrazione e dei privati, è lo stesso spazio della discrezionalità amministrativa, che mai ovviamente può derogare al principio di legalità".

⁵¹⁾ Cfr. N. BASSI, *Una giusta dose di flessibilità* cit., p. 429;

in via pattizia del procedimento ovvero la predeterminazione consensuale di quello che sarà il contenuto del provvedimento finale comunque adottato dall'organo procedente.

Tale equiparazione costituisce un chiaro elemento di semplificazione dell'istituto che, al contempo, contribuisce a sfumare la distinzione tra le due tipologie di accordi delineate dall'art. 11 della legge n. 241/1990 ⁽⁵²⁾.

Peraltro, se, da un lato, consentendo alla pubblica amministrazione di concludere un accordo con la parte privata in sostituzione del provvedimento finale, si è voluto incentivare il ricorso allo strumento consensuale snellendo la procedura, dall'altro lato, si è probabilmente giunti al risultato opposto, incrementando il tasso di formalismo già presente nel precetto attraverso l'aggiunta di un passaggio procedimentale ulteriore ⁽⁵³⁾.

La novella del 2005, infatti, ha inserito all'interno dell'art. 11 il comma 4 *bis*, contenente la precisazione secondo cui la stipulazione dell'accordo, sia esso integrativo sia esso sostitutivo, deve essere preceduta dalla determinazione unilaterale dell'organo che sarebbe ordinariamente competente ad adottare il provvedimento, e ciò a garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa.

Per la verità, l'esigenza di un atto che precedesse la stipulazione dell'accordo era stata sostenuta da parte della dottrina ⁽⁵⁴⁾ già prima del 2005 nel tentativo di scaricare in tale atto amministrativo tutti gli aspetti pubblicistici e isolare nell'accordo unicamente quelli privatistici. Ovviamente, non mancavano voci assumentesi una posizione in contrasto con tale teoria, secondo le quali l'innovazione in parola non avrebbe

⁵²⁾ In questo senso si è espresso F. GIGLIONI e A. NERVI, *Gli accordi cit.*, p. 54 e ss.; W. GIULIETTI, *La conclusione di accordi tra amministrazione e privati dopo la legge 15 del 2005: ambito applicativo e profili sistematici*, in *Rassegna forense*, p. 2.

⁵³⁾ In questo senso si è espresso N. BASSI, *op. cit.*, p. 429.

⁵⁴⁾ Cfr. S. GIACCHETTI, *op. cit.*, p. 521; N. PAOLANTONIO, *Autoregolamentazione consensuale e garanzie giurisdizionali*, in *Cons. Stato*, n. 4, 2000, p. 809.

prodotto il risultato auspicato per la semplice ragione che, in tal modo, la medesima volontà dell'amministrazione si sarebbe inutilmente ripetuta più volte: una prima, anticipandola con la previa determinazione e una seconda, in sede di conclusione dell'accordo. Sostanzialmente, questo filone dottrinale riteneva che la pretesa sussistenza del previo atto amministrativo non rispondesse ad alcuna esigenza né dogmatica né concreta ⁽⁵⁵⁾.

La previsione, ad opera dalla novella del 2005, di questo ulteriore requisito a carico dell'amministrazione va indubbiamente ad appesantire l'istituto, giacché la procedura necessaria per giungere alla stipulazione di un accordo integrativo risulta conseguentemente articolata in tre fasi (determinazione preliminare, accordo e provvedimento finale), mentre quella prevista per l'accordo sostitutivo risulta conseguentemente articolata in due fasi (determinazione preliminare e accordo). È, tuttavia, opportuno rilevare come, contemporaneamente, si possa comunque attribuire a tale previsione una specifica logica, dal momento che “costituisce il vero contrappeso al rischio che la deformalizzazione del procedimento conduca alla prevalenza degli interessi forti” ⁽⁵⁶⁾. In altre parole, la determinazione preventiva da parte dell'organo procedente è l'atto con cui l'amministrazione adempie all'obbligo motivazionale sancito dal

⁵⁵⁾ Tale opinione è stata sostenuta da G. GRECO, *Accordi amministrativi* cit., p. 199 e ss. secondo il quale “l'ipostatizzazione di un previo atto amministrativo non ha fondamento, perché costituisce un'evidente forzatura del dato normativo, che non prevede nulla di simile. Né con riferimento all'accordo endoprocedimentale, né con riferimento all'accordo sostitutivo”. Con riferimento al primo si sarebbe trattato “di un aggravio del procedimento del tutto irragionevole perché in tal caso sussiste pur sempre un provvedimento finale”, quindi si sarebbe risolto in una duplicazione non solo dell'accordo ma anche del provvedimento. Con riferimento al secondo, in tal caso, il previo atto sarebbe stato in contrasto con la stessa funzione sostitutiva dell'accordo, che “avrebbe al più funzione integrativa dell'atto amministrativo, ovvero di completamento degli effetti di questo, ma mai carattere sostitutivo dell'atto unilaterale”.

⁵⁶⁾ In questo senso si è espresso G. MONTEDORO, op. cit.

comma 2 dell'art. 11 ⁽⁵⁷⁾, esponendo le ragioni che l'hanno indotta a preferire, nell'esercizio delle sue funzioni, il modulo consensuale rispetto a quello tradizionale unilaterale ed autoritativo ed evidenziando lo specifico interesse pubblico che in tal modo intende perseguire ⁽⁵⁸⁾.

È opportuno rilevare che parte della dottrina nota una certa somiglianza tra il ruolo garantistico svolto dalla determinazione preventiva nel procedimento amministrativo in cui interviene l'accordo, e il ruolo altrettanto garantistico svolto dall'insieme di atti amministrativi che necessariamente devono precedere la conclusione di un contratto di diritto privato da parte della pubblica amministrazione ⁽⁵⁹⁾. In maniera del tutto coerente con tale osservazione, questa stessa dottrina lamenta la lacunosità della disposizione di cui al comma 4 *bis* dell'art. 11, poiché ritiene che non precisi quanto dettagliato debba essere il contenuto della determinazione rispetto al contenuto dell'accordo. In particolare, secondo questo filone dottrinale, l'amministrazione in sede preliminare non dovrebbe limitarsi ad "ad autorizzare in bianco la negoziazione e la conclusione dell'accordo", dovrebbe, invece, analizzare "i risultati della negoziazione intervenuta con i privati, motivando e cristallizzando in tal modo i contenuti dell'accordo da stipulare". Soltanto così la determinazione preventiva riuscirebbe a soddisfare la finalità per cui è stata concepita, ossia presidiare il buon andamento e l'imparzialità della pubblica

⁵⁷⁾ "Gli accordi di cui al presente articolo devono essere motivati ai sensi dell'articolo 3". Si tratta dell'ultimo periodo del comma 2, art. 11, legge n. 241/1990 introdotto con la legge 6 novembre 2012, n. 190.

⁵⁸⁾ Per la verità così come l'amministrazione è tenuta a valutare e motivare alla stregua dell'interesse pubblico la scelta di stipulare l'accordo, allo stesso modo essa deve motivare alla stregua dell'interesse pubblico la scelta in contrasto con il *favor* del legislatore di non stipulare l'accordo e così rifiutare la relativa proposta avanzata dal privato. Sul punto si veda G. GRECO, *op. cit.*, p. 204; W. GIULIETTI, *op. cit.*, p. 7.

⁵⁹⁾ Cfr. M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. amm.*, n. 1, 2010, p. 41 e ss., in cui viene testualmente evidenziato che "l'introduzione della garanzia della previa determinazione amministrativa sia tale, con ogni evenienza, da avvicinare ulteriormente la disciplina degli accordi a quella dei contratti privatistici della pubblica amministrazione". In tal senso si veda anche G. MANFREDI, *La nuova disciplina degli accordi* cit., p. 339 e ss.

amministrazione formalizzando l'esercizio del potere amministrativo in un provvedimento che preceda l'accordo, a cui i soggetti terzi controinteressati potranno eventualmente indirizzare le proprie impugnazioni.

In senso contrario, peraltro, è possibile rilevare che proprio concependo la determinazione preventiva come utile occasione per l'amministrazione di preannunciare l'intero contenuto del futuro accordo, o anche solo di qualche sua clausola essenziale, si rischia di aumentare il grado di appesantimento procedurale già naturalmente apportato dal nuovo comma 4 *bis* dell'art. 11. Si potrebbe, invece, ottenere l'effetto contrario limitandosi a concepire la previa determinazione in termini di semplice esternazione della motivazione. In altre parole, ricavando dal comma 4 *bis* l'opportunità della pubblica amministrazione di riempire la determinazione unicamente con le ragioni della scelta dell'accordo, si potrebbe financo ammettere una sua collocazione, in termini di premessa, all'interno dello stesso documento dell'accordo ⁽⁶⁰⁾ e, conseguentemente, neutralizzare gli effetti legati all'introduzione di un nuovo *step* nell'*iter* di formazione di quest'ultimo.

Che sia più o meno ricca di contenuti, la determinazione preventiva dell'organo procedente presenta un diretto collegamento con l'accordo, in forza del quale finiscono per ripercuotersi su quest'ultimo eventuali vizi in essa presenti ⁽⁶¹⁾. Per cui nell'eventualità in cui voglia far valere l'illegittimità dell'accordo, la pubblica amministrazione andrà ad annullare la determinazione unilaterale previamente adottata, provocando con ogni probabilità un effetto automaticamente travolgente sull'accordo ⁽⁶²⁾.

⁶⁰⁾ Si è espresso in tal senso G. SCIULLO, *Profili degli accordi fra amministrazioni pubbliche e privati*, in *Dir. amm.*, n. 4, 2007, p. 818.

⁶¹⁾ Cfr. F. GIGLIONI e A. NERVI, *Gli accordi* cit. p. 88.

⁶²⁾ Cfr. G. MONTEDORO, *op. cit.*

5.2 L'introduzione del comma 1 *bis* dell'art. 1 della legge n. 241/1990

Un'altra delle novità recate dalla legge n. 15/2005 è rappresentata dal principio sancito dal comma 1 *bis* dell'art. 1 della legge n. 241/1990 per cui la pubblica amministrazione, salvo che la legge disponga diversamente, nell'adozione di atti di natura non autoritativa agisce secondo le norme di diritto privato.

Per la verità si è pervenuti all'enunciazione di un tale principio dopo svariati decenni in cui la più autorevole dottrina ha dibattuto su di una questione che tocca il cuore del diritto amministrativo, ossia quella inerente all'uso del diritto privato da parte della pubblica amministrazione. L'esistenza di molteplici soluzioni interpretative sul punto ha reso più complesso ed incerto l'*iter* di elaborazione e approvazione della norma finale, cui, non per altro, si è giunti solo al terzo tentativo ⁽⁶³⁾. In ciascuna di queste plurime occasioni è stata

⁶³⁾ Il primo di tali tentativi risale al più generale progetto di riforma della parte seconda della Costituzione portato avanti dalla c.d. Commissione Bicamerale del 1997. Prendendo esplicitamente e in via generale posizione sul regime dell'attività amministrativa, prescriveva che *"le pubbliche amministrazioni, salvo i casi previsti dalla legge per ragioni di interesse pubblico, agiscono in base alle norme di diritto privato"*.

Tale disposizione, poi, fu ripresa nella proposta di legge n. 6844 presentata dall'On. Cerulli Irelli approvata dalla Camera dei deputati il 25 ottobre 2000 ma non trasformato in legge durante la XIII legislatura. Qui si stabiliva che *"salvi i casi di poteri amministrativi espressamente conferiti da leggi o da regolamenti, le amministrazioni pubbliche agiscono secondo le norme di diritto privato. In ogni caso le amministrazioni pubbliche agiscono per la realizzazione dei pubblici interessi"*.

Il terzo ed ultimo tentativo risale al Disegno di legge di iniziativa governativa n. 1218 recante modifiche alla legge n. 241/1990, la cui disposizione sull'uso del diritto privato ha subito diverse rimodulazioni prima di essere definitivamente approvata dal Senato in data 10 aprile 2003. Nell'originaria versione, infatti, si leggeva che *"per la realizzazione dei propri fini istituzionali le amministrazioni pubbliche agiscono utilizzando strumenti del diritto pubblico o privato. Le leggi e i regolamenti disciplinano, in entrambi i casi, i procedimenti per l'esercizio dei poteri amministrativi"*. Più ambiguo, invece, era il tenore del testo approvato dalla Commissione Affari costituzionali del Senato nel 2002 in base al quale *"salvo che la legge disponga diversamente in modo espresso, le amministrazioni pubbliche agiscono secondo il diritto privato, a meno che non ne risultino violati i principi costituzionali e le norme legislative sull'amministrazione pubblica"*.

avanzata una proposta articolata più o meno differentemente da quelle precedenti ma sempre sostanzialmente rispondente all'idea di elevare il modulo d'azione privatistico a modulo ordinario ⁽⁶⁴⁾, di indirizzare l'amministrazione verso un utilizzo privilegiato degli strumenti di diritto comune. Questo effetto "maggiormente utile" della disposizione, tuttavia, si deve scontrare con due rilevanti limitazioni ⁽⁶⁵⁾, dal momento che, in primo luogo, il suo ambito applicativo risulta testualmente limitato ai soli atti non aventi natura autoritativa e, in secondo luogo, vengono fatte espressamente salve eventuali norme che dispongano diversamente.

Ad ogni modo, in forza della sua collocazione nella parte della legge n. 241/1990 dedicata ai principi del procedimento amministrativo, tale norma assume il valore di principio generale dell'attività amministrativa. Di conseguenza, costituisce un dato di cui è necessario tener conto nella trattazione della tematica dell'amministrazione per accordi.

In proposito, parte della dottrina ⁽⁶⁶⁾ ritiene possibile individuare tra l'art. 1, comma 1 *bis* e l'art. 11 uno strettissimo collegamento, dato essenzialmente dal fatto che l'accordo ex art. 11 andrebbe collocato tra gli atti non autoritativi e, per questo, assoggettato alla disciplina del diritto privato ai sensi dell'art. 1, comma 1 *bis*. Senonché, proprio la condizione da cui si fa dipendere l'applicazione delle norme di diritto privato per la pubblica amministrazione (l'adozione di atti non aventi natura autoritativa) costituisce probabilmente il punto maggiormente problematico della disposizione. Si tratta, infatti, di una formula di

Per un più approfondito esame della questione si veda S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, n. 2, 2003, p. 405 e ss.

⁶⁴⁾ In questo senso si è espresso V. CERULLI IRELLI, *Note critiche cit.*, p. 223.

⁶⁵⁾ Cfr. G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5, 2005, p. 482 e ss.

⁶⁶⁾ Sul punto si veda G. MANFREDI, *op. cit.*, p. 342, che dalla riconduzione dell'accordo alla categoria degli atti non aventi natura autoritativa trae un argomento a favore della tesi che concepisce l'accordo medesimo come avente natura privatistica.

dubbia gravidanza giuridica che alimenta incertezze sulla reale estensione della norma, a causa del rimando ad un concetto, quello di autoritatività, che viene spesso utilizzato dalla dottrina amministrativistica con riferimento agli atti amministrativi, pur non essendo sempre pacificamente condivisa l'interpretazione della natura degli atti stessi ⁽⁶⁷⁾.

In altre parole, per poter concludere affermando o, viceversa, negando la riconduzione degli accordi alla più ampia categoria degli atti non autoritativi è necessario, in assenza di una norma che ne dia una definizione, avere ben chiari i caratteri propri delle tipologie di atti che ad essa dovrebbero ricondursi ⁽⁶⁸⁾.

Purtuttavia, anche prescindendo da una netta presa di posizione sul punto, è comunque possibile rilevare la presenza di un ulteriore elemento idoneo ad avvalorare la tesi, da più parti sostenuta, che concepisce le fattispecie cui si riferiscono le due disposizioni come non sovrapponibili, perciò considerando quello degli accordi un istituto non intaccato dal principio introdotto dalla novella del 2005. Infatti, anche volendo ammettere la collocazione dell'accordo tra gli atti non aventi natura autoritativa, resta fermo il fatto che l'applicazione della norma sarebbe impedita quando a prevederlo siano altre disposizioni di legge, come recita in conclusione l'art. 1 comma 1 *bis*. Ecco che, nel caso degli accordi che la pubblica amministrazione può concludere con la controparte privata, questa diversa regolamentazione viene dettata dall'art. 11. Per cui il regime dell'accordo dettato da quest'ultimo dovrebbe risultare invariato, anche in presenza del principio generale di cui all'art. 1, comma 1 *bis* ⁽⁶⁹⁾.

⁶⁷⁾ Cfr. F. GIGLIONI e A. NERVI, op. cit., p. 18 e ss.

⁶⁸⁾ Non essendo questa la sede più opportuna per una tale analisi si rinvia alla consultazione di alcuni contributi dottrinali dedicati proprio all'approfondimento di questo particolare e complesso aspetto. Dunque, sul punto si veda L. IANNOTTA, *L'adozione di atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in *Dir. amm.*, n. 2, 2006, p. 353; F. TRIMARCHI BANFI, *L'art.1 comma 1 bis della L. n. 241 del 1990*, in *Foro amm. – C.d.S.*, n. 3, 2005, p. 947 e ss.

⁶⁹⁾ In questo senso si è espresso G. SCIULLO, *Profili degli accordi* cit., p. 815.

6. Gli accordi tra amministrazioni pubbliche

A questo punto non ci si può non soffermare, seppur velocemente, su di un'ulteriore norma che contribuisce a fissare quello che è il quadro normativo di base del fenomeno dell'amministrazione per accordi. Infatti, così come l'art. 11 della legge n. 241/1990 costituisce il nucleo fondamentale di disciplina degli accordi che l'amministrazione conclude con il soggetto privato, l'art. 15 della medesima legge svolge una analoga funzione con riferimento a quegli accordi che l'amministrazione conclude con altre pubbliche amministrazioni.

In particolare, al comma 1 tale articolo afferma che *“le pubbliche amministrazioni possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune”*.

Per la verità, autorizzare la stipulazione di un accordo nell'ambito dei rapporti tra amministrazioni pubbliche non si è rivelato così difficoltoso come è stato giungere alla medesima conclusione nell'ambito dei rapporti tra amministrazioni pubbliche e soggetti privati. Infatti, anche quando prevaleva quella tradizionale concezione autoritativa e unilaterale dell'azione amministrativa non è mai stata ostacolata la possibilità di raggiungere un accordo sull'esercizio del potere pubblico tra amministrazioni ⁽⁷⁰⁾.

La ragione di ciò è strettamente legata alla struttura policentrica del nostro ordinamento giuridico che di fatto impone la ricerca di una soluzione concordata in caso di coinvolgimento di più amministrazioni pubbliche. In altre parole, il nostro ordinamento riconosce al suo interno una pluralità di centri di potere, di soggetti pubblici dotati di specifiche competenze e, quindi, di autonomia decisionale. Di conseguenza, è ben possibile che la realizzazione di un determinato progetto funzionale al perseguimento del pubblico interesse richieda l'intervento di diverse

⁷⁰⁾ Cfr. G. GRECO, op. cit., p. 175.

pubbliche amministrazioni, le quali, al fine di concordare un piano coordinato di azione, sono chiamate a dialogare tra loro su di un piano di parità. Questa esigenza, sommata alla tendenziale assenza di una qualche partecipazione o coinvolgimento dei privati, ha consentito di riconoscere sin da subito l'utilità potenzialmente molto elevata dell'accordo nei rapporti tra pubbliche amministrazioni ⁽⁷¹⁾.

Dunque, mediante l'istituto degli accordi *ex art. 15* si intende perseguire *in primis* una finalità organizzatoria, di coordinamento tra diversi soggetti pubblici tutti titolari di una propria autonomia amministrativa. Contemporaneamente, però, gli accordi tra amministrazioni pubbliche consentono di perseguire un ulteriore interesse, ossia quello alla semplificazione e all'economicità dell'azione amministrativa ⁽⁷²⁾. La collocazione stessa della disposizione all'interno del Capo IV della legge n. 241/1990 ne è una conferma, essendo questo dedicato proprio alla semplificazione dell'azione amministrativa.

In particolare, se è vero che attraverso tali accordi ciascuna amministrazione autolimita il proprio potere discrezionale al fine di addivenire ad una armonica e coordinata azione complessiva ⁽⁷³⁾, allora

⁷¹⁾ In questo senso si è espresso F. GIGLIONI e A. NERVI, *op. cit.*, p. 101 e ss. Anche la giurisprudenza sembra muoversi nella stessa direzione, infatti in Cons. Stato, Sez. VI, 5 gennaio 2001, n. 25, in *Urb. e app.*, n. 3, 2001, p. 305, si afferma che “A favore degli accordi tra diverse amministrazioni pubbliche vi è una ragione aggiuntiva: il pubblico interesse si presenta, sotto il profilo delle amministrazioni che devono provvedere alla sua tutela, non come un'entità unitaria, ma come una realtà frazionata (ciascuna organizzazione amministrativa se ne occupa sotto uno specifico profilo). In molti casi solo il positivo esercizio di più poteri amministrativi autonomi consente il raggiungimento dei risultati prefissati e l'accordo tra le amministrazioni interessate costituisce il migliore strumento per garantire una forma di coordinamento idonea al soddisfacimento del pubblico interesse (o meglio dei diversi interessi pubblici, di cui sono portatrici le differenti amministrazioni interessate)”.

⁷²⁾ Cfr. S. VALAGUZZA, *L'accordo di programma: peculiarità del modello, impiego dei principi del codice civile e applicazione del metodo tipologico*, in *Dir. amm.*, n. 2, 2010, p. 407; E. CASTORINA, *Considerazioni sui limiti costituzionali di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1, 1994, p. 73.

⁷³⁾ Così si pronunciò il Consiglio di Stato in ordine all'istituto degli accordi tra amministrazioni nel fondamentale suo parere Cons. St., Ad. Gen., 19 febbraio 1987, n. 7 cit., p. 22 e ss.

si giunge ad una incontestabile semplificazione dell'attività amministrativa, perché non solo le amministrazioni coinvolte rinunciano a porzioni variabili del proprio potere discrezionale (la cui maggiore ampiezza apporta maggiore complessità), ma l'attività provvedimentale successiva all'accordo sarà semplicemente esecuzione di quest'ultimo ⁽⁷⁴⁾.

È semplice, a questo punto, constatare che le ragioni poste a fondamento degli istituti disciplinati dagli articoli 11 e 15 della legge n. 241/1990 non coincidono del tutto, dato che, da un lato, gli accordi tra amministrazioni rispondono ad una *ratio* organizzativa e semplificativa dell'attività amministrativa; dall'altro lato, gli accordi tra amministrazioni e privati mirano essenzialmente a favorire la partecipazione al procedimento amministrativo e, conseguentemente a rendere quest'ultimo più democratico.

Oltre alle ragioni di fondo, vi sono ulteriori aspetti che differenziano le due fattispecie, il più evidente dei quali attiene al profilo soggettivo, posto che nell'un caso l'accordo interviene tra soli soggetti pubblici, nell'altro caso si ha il coinvolgimento di soggetti privati ⁽⁷⁵⁾. Inoltre, soffermandosi sul piano strutturale, si può notare che alla base dell'accordo che coinvolge anche il cittadino vi è uno scambio tra la pubblica amministrazione, che persegue un determinato interesse pubblico, e la controparte privata, che, a fronte di determinati vantaggi o minori svantaggi a livello individuale, si impegna a non essere d'intralcio alla prima. Invece, alla base degli accordi che più pubbliche amministrazioni possono concludere non vi è uno scambio bensì un

⁷⁴⁾ In questo senso si è espresso R. FERRARA, *Le "complicazioni" della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità?*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2, 1999, p. 359 e ss.

⁷⁵⁾ È per questo motivo che con riferimento agli accordi tra pubbliche amministrazioni si parla comunemente di accordi "orizzontali", per distinguerli dagli accordi "verticali" che viceversa riguardano i rapporti tra pubblica amministrazione e cittadini.

obiettivo comune da raggiungere, ossia il coordinamento delle loro azioni in vista del soddisfacimento di uno o più interessi pubblici ⁽⁷⁶⁾.

Dunque, la presenza di qualche diversità tra le due fattispecie qui prese in considerazione è innegabile ma queste diversità non sono sufficienti per considerare gli accordi tra amministrazioni un istituto completamente distinto da quello degli accordi *ex art. 11*. Esse, semmai, consentono di affermare l'esistenza di una variante dell'istituto base degli accordi o, per meglio dire, che gli accordi tra amministrazioni pubbliche costituiscono una *species* rispetto al più ampio *genus* rappresentato dagli accordi tra pubbliche amministrazioni e privati.

Vi è un dato positivo che giustifica questa impostazione: ai sensi del comma 2 dell'art. 15 della legge n. 241/1990 *“per detti accordi si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni previste dall'articolo 11, commi 2 e 3”*. Dunque, l'art. 11 delinea i tratti essenziali di una categoria (quella degli accordi amministrativi) cui rientrano anche gli accordi tra amministrazioni riconosciuti dall'art. 15. Quest'ultima è una sorta di “norma ponte attraverso cui una vasta area di istituti previsti in funzione di coordinamento, semplificazione e anche programmazione amministrativa risulterebbe assimilabile agli accordi *ex art. 11*” ⁽⁷⁷⁾.

Infatti, sono molteplici le fattispecie aventi ad oggetto rapporti convenzionali posti in essere tra soggetti pubblici nell'esplicazione delle loro funzioni pubblicistiche che, proprio per queste loro caratteristiche, vengono qualificate come accordi tra pubbliche amministrazioni e, conseguentemente, assoggettate alla relativa

⁷⁶⁾ Sul punto di veda F. GIGLIONI e A. NERVI, *Gli accordi* cit., p. 103 e ss. ove si afferma che il paradigma del contratto civilistico di scambio sembra aver condizionato la disciplina normativa sugli accordi *ex art. 11* ma non sembra riproponibile nel caso dell'accordo *ex art. 15*. Tale ultimo accordo sembra discostarsi dal modello del contratto di scambio per avvicinarsi, invece, a quello del contratto con comunione di scopo.

Si veda anche S. VALAGUZZA, *op. cit.*, p. 429 e ss. che, nell'ambito di un'analisi sulla più specifica figura dell'accordo di programma, ne individua alcune peculiari caratteristiche che paiono spingere a trovare analogie con i contratti associativi.

⁷⁷⁾ Cfr. G. GRECO, *Accordi amministrativi* cit., p. 179.

disciplina. Tra le più note è possibile menzionare le convenzioni stipulate tra enti locali per il coordinato svolgimento di funzioni e servizi determinati e gli accordi di programma per la definizione e l'attuazione di opere o di interventi pubblici che, per la loro completa realizzazione, richiedono l'azione integrata e coordinata di più amministrazioni locali, regionali, statali e di altri soggetti pubblici ⁽⁷⁸⁾.

Ciò nonostante, è opportuno tenere in considerazione che si tratta di un inquadramento non del tutto scontato, poiché deve superare la verifica di compatibilità imposta dal legislatore mediante l'inserimento all'interno del comma 2 dell'art. 15 di una precisa clausola di salvezza (*"in quanto applicabili"*).

In particolare, affinché le richiamate disposizioni di cui all'art. 11 possano dirsi applicabili è necessario che l'accordo stipulato tra più amministrazioni sia innanzitutto il risultato dell'esercizio delle potestà amministrative di cui ciascuna è titolare, e, in secondo luogo, sia il frutto dell'incontro delle rispettive volontà con conseguente assunzione di reciproci impegni.

Per comprendere come in realtà non sia sempre immediata la rilevazione di tali requisiti è possibile richiamare a titolo esemplificativo la figura dell'accordo di programma. La relativa procedura, infatti, richiede la partecipazione e il consenso non solo delle amministrazioni direttamente interessate ma anche di quelle il cui intervento è previsto per legge ai fini più disparati (vigilanza, consultazione, ecc.). Di conseguenza, il successivo vincolo in cui si estrinseca l'accordo lo si deve estendere unicamente alle prime poiché solo queste hanno effettivamente manifestato la volontà di assumere impegni reciproci.

⁷⁸⁾ Rispettivamente art. 30 e art. 34 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 comunemente conosciuto come testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali.

Un discorso uguale e contrario lo si può fare con riferimento all'istituto della conferenza di servizi. Seppur la relativa disciplina ⁽⁷⁹⁾ faccia riferimento all'assenso delle diverse amministrazioni interessate, tra le stesse non si può individuare il vincolo derivante dall'accordo amministrativo proprio perché manca il necessario incontro di volontà e la necessaria assunzione di reciproci impegni. A tal proposito, fuorviante potrebbe essere l'incipit dello stesso art. 15 che consente a più amministrazioni di concludere tra loro accordi “*anche al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 14*”. Invero, ciò non sta a significare che l'instaurazione di una conferenza di servizi dia luogo ad un accordo; significa, viceversa, che la conferenza di servizi può rappresentare un'occasione per le amministrazioni per concludere tra loro un accordo con finalità di coordinamento e collaborazione, senza peraltro escludere che ciò possa accadere anche in altra sede.

Inoltre, potrebbe accadere che più amministrazioni si accordino in ordine allo svolgimento di attività di interesse comune ma che tale accordo abbia valenza unicamente privatistica in quanto non espressione dell'esercizio di potestà amministrative. È chiaro che in tali circostanze le disposizioni di cui all'art. 11 richiamate dall'art. 15 non sarebbero applicabili ⁽⁸⁰⁾.

Come si può notare, sono diversi i profili controversi o semplicemente peculiari che meritano di essere menzionati trattando il tema degli accordi tra pubbliche amministrazioni. Oltre a quelli di cui si è appena dato conto, ce n'è un altro che qui ci si limita ad introdurre riservandosi una sua più approfondita trattazione nel prosieguo ⁽⁸¹⁾. Ci si riferisce al fatto che all'interno dell'art. 15 della legge n. 241/1990 manca una disposizione analoga a quella contenuta dal comma 4

⁷⁹⁾ Ai sensi dell'art. 14, comma 2, legge n. 241/1990 “*La conferenza di servizi decisoria è sempre indetta dall'amministrazione procedente quando la conclusione positiva del procedimento è subordinata all'acquisizione di più pareri, intese, concerti, nulla osta o altri atti di assenso, comunque denominati, resi da diverse amministrazioni, inclusi i gestori di beni o servizi pubblici (...)*”.

⁸⁰⁾ Sul tema di veda G. GRECO, op. cit., p. 180 e ss.

⁸¹⁾ Cfr. *infra* Paragrafo n. 5.3, Capitolo IV.

dell'art. 11 o il rinvio alla stessa. Quindi, manca una norma che attribuisca espressamente alla pubblica amministrazione il potere di recedere unilateralmente dall'accordo stipulato con altri soggetti pubblici svincolandosi così dai relativi impegni assunti, in caso di sopravvenute circostanze che rendano la permanenza del rapporto consensuale pregiudizievole per il pubblico interesse ⁽⁸²⁾.

7. Il dibattito sulla natura giuridica degli accordi: il contratto di diritto pubblico e la teoria dualistica

Nell'ambito di un sistema di diritto amministrativo tradizionalmente caratterizzato dalla centralità del provvedimento unilaterale da un lato e dalla netta demarcazione tra attività di diritto pubblico e attività di diritto privato della pubblica amministrazione dall'altro, l'attenzione degli studiosi si è sin da subito inevitabilmente concentrata sulla questione teorica della natura giuridica da attribuire all'istituto dell'accordo per come disciplinato dalla legge n. 241/1990.

Per la verità, a far da sfondo al dibattito attuale vi è un percorso lungo, travagliato ed altalenante intrapreso agli inizi del 1900 e incentratosi essenzialmente sulla costruzione e sull'approfondimento della figura del "contratto di diritto pubblico", in risposta all'esigenza di dare una sistemazione teorica a quelle fattispecie emerse nella prassi amministrativa di cooperazione e negoziazione tra pubblici poteri e privati non perfettamente inquadrabili né nello schema dell'atto amministrativo né nell'ambito dell'attività contrattuale di diritto privato.

Una tra le prime e più significative ricostruzioni del contratto di diritto pubblico fu quella fornita da Ugo Forti ⁽⁸³⁾, che affermava la natura giuridica necessariamente contrattuale delle concessioni di pubblici servizi, poiché fondate sul consenso volontariamente prestato

⁸²⁾ Cfr. C. SANTACROCE, *La stabilità degli accordi* cit., p. 122 e ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblici* cit., p. 30.

⁸³⁾ Cfr. U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, IV, 1900, c. 369 e ss.

dal concessionario all'assunzione dell'obbligo di gestione. Allo stesso tempo, però, rilevava come in tale contratto l'amministrazione intervenisse in quanto tale e i diritti costituenti l'oggetto avessero natura anche pubblica. Dunque, Forti vedeva nella concessione di pubblico servizio un contratto caratterizzato da "una fusione dell'elemento privato col pubblico, ma questa volta con una preponderanza assoluta del secondo sul primo"⁽⁸⁴⁾. Tuttavia, tale orientamento non ebbe grosso seguito giacché per la gran parte della dottrina contemporanea⁽⁸⁵⁾ l'ineguaglianza delle manifestazioni di volontà delle parti e l'incommerciabilità dell'oggetto dell'accordo rappresentavano ancora dei grossi ostacoli che alimentavano posizioni di netta chiusura in ordine alla possibile conclusione di negozi giuridici bilaterali o di veri e propri contratti tra amministrazioni pubbliche e singoli cittadini. Gli unici accordi di cui potenzialmente era possibile discutere erano quelli intercorrenti tra soggetti pubblici posti su di un piano di parità.

Il periodo più fortunato per la figura dei contratti di diritto pubblico lo si può collocare tra le due guerre mondiali⁽⁸⁶⁾. È, infatti, tra gli anni Trenta e gli anni Quaranta del secolo scorso che tale categoria ricevette ampio riconoscimento e maggiore sostegno dogmatico da parte della dottrina, tanto da imporsi come nozione di tipo istituzionale trovando ampio e stabile spazio nei manuali dell'epoca. Tra gli altri contributi sul tema risalenti a questo specifico periodo⁽⁸⁷⁾, spicca per la

⁸⁴⁾ Cfr. U. FORTI, op. cit., c. 407.

⁸⁵⁾ Si veda in tal senso principalmente F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960, ristampa dell'originale del 1919, p. 532 e ss.; O. RANELLETTI, *Guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, V ed., Milano, 1937, p. 149 e ss.

⁸⁶⁾ Si è espresso in questo senso G. GRECO, op. cit., p. 17.

⁸⁷⁾ Tra i principali contributi sul punto cfr. G. MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931, p. 17 e ss., il quale intervenne sulla questione dell'ammissibilità del contratto di diritto amministrativo concependolo come un accordo fra due soggetti assolutamente eguali e come uno strumento ordinario di azione amministrativa. M. GALLO, *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, 1936, p. 109 e ss., che riteneva che il contratto di diritto pubblico fosse caratterizzato dalla preminenza dell'interesse pubblico comune alla volontà delle parti, anche a quella del contraente privato. G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1950, p. 186 e ss., che dando per pacificamente

sua estrema attualità quello di Antonio Amorth ⁽⁸⁸⁾, il quale concentrò la sua attenzione non tanto sull'esistenza del contratto di diritto pubblico, che comunque dava per scontata, quanto piuttosto sul più generale tema del rapporto tra diritto pubblico e diritto privato nell'azione amministrativa. In proposito, egli si interrogò sulla possibilità della pubblica amministrazione di sostituire, per il raggiungimento di una determinata finalità, lo strumento pubblicistico predisposto dalla norma di riferimento con uno strumento privatistico, nell'ambito di quella che Amorth per primo definì attività amministrativa di diritto privato, volendo intendere un'attività sostanzialmente amministrativa ma formalmente privatistica, distinta sia dall'attività di diritto pubblico sia dall'attività privata e “puramente accessoria” dell'amministrazione. Secondo l'Autore erano essenzialmente due le condizioni necessarie affinché potesse astrattamente ammettersi una tale sostituibilità. Innanzitutto, era necessario che la pubblica amministrazione, attraverso lo strumento di diritto privato, potesse pervenire al medesimo risultato raggiungibile per il tramite del procedimento pubblicistico. In secondo luogo, bisognava poter riconoscere in capo all'amministrazione una certa

riconosciuta l'applicazione della figura del contratto anche al di fuori del diritto privato, si concentrò sulla questione dell'ammissibilità del contratto di diritto pubblico. In particolare, egli ritenne che nella maggioranza dei casi la manifestazione di volontà del privato costituisse una semplice condizione di efficacia dell'atto amministrativo unilaterale, ma rilevò come vi fossero delle fattispecie regolate dalle rispettive leggi come contratti pur mantenendone fermo l'inquadramento pubblicistico. L'Autore, addirittura, si spinse fino ad affermare la rilevanza puramente formale del contratto di diritto pubblico, poiché, in ogni caso gli effetti sarebbero stati quelli di un atto amministrativo unilaterale a prescindere dalla forma unilaterale o contrattuale dell'atto adottato dall'amministrazione, ciò in forza del carattere pubblico dei poteri di cui dispone la pubblica amministrazione in campo pubblicistico.

Non mancarono nemmeno in questo periodo le ricostruzioni orientate in senso contrario. In proposito cfr. E. GUICCIARDI, *Le transazioni degli enti pubblici*, Padova, 1936, p. 222 e ss., il quale contestava l'esistenza stessa del contratto di diritto pubblico. Infatti, secondo l'Autore il contratto era proprio del diritto privato, mentre nel diritto pubblico tutti i rapporti giuridici potevano essere regolati da atti unilaterali dell'amministrazione.

⁸⁸⁾ Cfr. A. AMORTH, *Osservazione sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Scritti giuridici/Antonio Amorth*, Vol. I, Milano, 1999, p. 273 e ss.

libertà di sottrarsi al mezzo indicato dalla norma per perseguire il prescritto fine, ostacolo questo di non immediato superamento vista la regola della generale inderogabilità della norma di diritto pubblico. Ma, riteneva Amorth, tale regola ammette pur sempre due eccezioni rappresentate dall'esplicita previsione legislativa a favore dell'amministrazione di una facoltà di scelta tra due o più procedimenti e dalla circostanza in cui la norma attribuisca primario rilievo alla finalità da perseguire dimostrando di concepire lo strumento di diritto pubblico come il mezzo più conveniente per farlo.

Senonché a questo breve periodo di favore per la figura del contratto di diritto pubblico fece seguito una fase, quella concomitante con l'avvento della Repubblica, in cui in Italia maturarono sempre più voci di dissenso e si finì per rivalutare il modello ricostruttivo usualmente denominato "dualistico" o "a doppio grado".

Tale modello, per la verità, trae origine da una costruzione di elaborazione giurisprudenziale risalente ai primi decenni del Novecento ⁽⁸⁹⁾ originariamente riferita ai rapporti di tipo concessorio, poi estesa da una parte della dottrina a tutte le relazioni convenzionali tra pubbliche amministrazioni e privati inerenti ad oggetti pubblici.

Principale fautore della rivalutazione e generalizzazione del modello dualistico fu Massimo Severo Giannini ⁽⁹⁰⁾. Egli, infatti,

⁸⁹⁾ Cfr. Cass., Roma, 12 gennaio 1910, in *Riv. dir. comm.*, 1910, p. 248, avente ad oggetto una controversia relativa ad un'area demaniale marittima per uso industriale, il cui concessionario aveva violato i limiti di costruzione imposti dalla concessione. In tale contesto la Corte definì la concessione come il frutto della somma di due momenti giuridici. Il primo consistente nella "determinazione della volontà dello Stato che, sottraendo all'uso pubblico un'area o una pertinenza demaniale, la concede per uno spazio più o meno lungo di tempo, ad uso di una industria privata". Il secondo consistente nella "vera e propria stipulazione di contratto" con cui amministrazione e concessionario, regolando le relative condizioni, modalità e prezzo, assumono reciproche obbligazioni. Si tratta di due momenti giuridici distinti ma che si congiungono perché "il primo si attua e si realizza nell'altro".

⁹⁰⁾ Cfr. M.S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, III, 2, *L'attività amministrativa*, Milano, 1967, p. 98 e ss.

Un significativo apporto alla diffusione di tale schema teorico provenne anche da F. LEDDA, *Il problema del contratto di diritto amministrativo. Contributo ad uno studio*

ammetteva che tra autorità amministrativa e soggetto privato potesse instaurarsi un rapporto basato su di un concorso di volontà e strutturava la relativa fattispecie affiancando al provvedimento amministrativo, finalizzato alla cura dell'interesse pubblico, un contratto da lui denominato "ad oggetto pubblico", assoggettato al regime proprio dei contratti di diritto comune e finalizzato alla regolamentazione dei profili patrimoniali connessi all'esercizio di potestà pubbliche. Poi, a seconda della tipologia di collegamento sussistente tra provvedimento e contratto ad oggetto pubblico, l'Autore qualificava quest'ultimo in termini di contratto accessivo necessario ⁽⁹¹⁾, contratto ausiliario di provvedimento ⁽⁹²⁾ e contratto sostitutivo di provvedimento ⁽⁹³⁾. Tra le tre tipologie, la prima è forse quella da cui è più agevole ricavare la teoria dualistica che vi fa da sfondo, mentre nell'ultima di questa concezione sembra residuare ben poco, posto che gli effetti giuridici derivano da una fonte unitaria e contrattuale e l'amministrazione agisce sulla base di potestà pubblicistiche ⁽⁹⁴⁾.

dei c.d. contratti di diritto pubblico, Torino, 1964; F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965.

⁹¹⁾ Venivano ricondotte a questa subcategoria tutte quelle fattispecie in cui il contratto doveva necessariamente accompagnare il provvedimento amministrativo disciplinando il rapporto che da quest'ultimo nasceva. Tra provvedimento e contratto Giannini ravvisava un collegamento in forza del quale l'esistenza del primo condizionava l'esistenza del secondo, ma non viceversa; mentre i due atti erano indipendenti quanto a validità ed efficacia.

⁹²⁾ Le fattispecie che venivano ricondotte alla subcategoria dei contratti ausiliari di provvedimento differivano di poco dalle precedenti. Infatti, l'unica differenza non riguardava tanto il tipo di collegamento tra i due atti, quanto piuttosto la presenza solo facoltativa del contratto.

⁹³⁾ Come si può già intuire dal nome, ciò che caratterizzava questa terza subcategoria era il fatto che il contratto andava a sostituire interamente il provvedimento. Tuttavia, pur ponendosi sullo stesso livello della controparte privata, l'amministrazione continuava ad agire come autorità, conservandone le potestà.

⁹⁴⁾ In questo senso si è espresso G. GRECO, *Accordi amministrativi* cit., p. 36 e 37, in cui considera testualmente i contratti accessivi necessari "una delle più nitide rappresentazioni della concezione dualistica del provvedimento-contratto" e ritiene che nelle fattispecie da ricondurre alla categoria dei contratti sostitutivi di provvedimento "vi potrebbero essere condizioni sufficienti per riconoscere i caratteri del contratto di diritto pubblico".

In linea generale è sicuramente possibile riconoscere alla teoria dualistica il pregio di aver adeguatamente tutelato l'affidamento del soggetto privato circa la stabilità del rapporto in parola pur consentendo all'amministrazione di non rinunciare alle sue prerogative tipicamente pubblicistiche. Allo stesso tempo, però, è anche possibile isolare un grosso limite di questa teoria, che dimostra di assumere come premessa di partenza il dogma della necessaria imperatività e unilateralità del potere amministrativo. Infatti, la dottrina che accoglieva con sostanziale favore questa ricostruzione teorica riteneva che solo eventuali profili patrimoniali potessero essere oggetto di negoziazione, mentre quelli più attinenti all'esercizio dell'attività amministrativa e all'oggetto pubblico dovevano comunque essere definiti mediante un provvedimento amministrativo ⁽⁹⁵⁾.

Chiaramente, il progressivo tramontare della tradizionale impostazione autoritativa e unilaterale dell'azione amministrativa ha comportato l'inevitabile superamento della teoria dualistica a favore di diversi orientamenti, alcuni dei quali più tendenti verso una ricostruzione di stampo privatistico ⁽⁹⁶⁾ degli accordi tra amministrazione e privati, altri verso una ricostruzione maggiormente pubblicistica degli stessi ⁽⁹⁷⁾.

⁹⁵⁾ In questo senso si è espresso E. BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblici* cit., p. 6.

⁹⁶⁾ Cfr. A. BARDUSCO, *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1974, p. 80 e ss., in cui si sosteneva che l'amministrazione, nell'esercizio di un suo potere discrezionale, avrebbe potuto impiegare uno strumento di diritto privato se questo le avesse consentito di realizzare lo stesso risultato cui sarebbe giunta impiegando il prescritto strumento pubblico, dimostrando così di rinunciare all'uso di poteri amministrativi. L'Autore poi si spinse oltre affermando che l'amministrazione, optando per la via del contratto, avrebbe potuto addirittura "dedurre in obbligazione attività e comportamenti destinati a risolversi in manifestazioni giuridiche autoritative", risultando contrattualmente responsabile in caso di eventuale inadempimento di tali impegni. In altre parole, Bardusco ammette che l'esercizio di potestà amministrative può formare oggetto di un contratto e afferma la natura privatistica di quest'ultimo.

Per un ulteriore esempio di ricostruzione di stampo privatistico si veda M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981, p. 281 e ss.

⁹⁷⁾ Cfr. G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche* cit., p. 210 e ss., che si interrogò sulla possibile esistenza di "atti e rapporti convenzionali aventi carattere di

7.1 Segue: Il dibattito attuale

L'entrata in vigore della legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo e, in particolare, dell'art. 11 sugli accordi integrativi e sostitutivi del provvedimento non ha, come si sperava, provocato l'estinzione o comunque l'attenuazione del dibattito dottrinale sulla natura giuridica di tali peculiari fattispecie. Al contrario lo ha alimentato, per di più conducendolo ad un livello superiore. Infatti, la previsione di una seppur generica disciplina ha privato, per quanto possibile, il dibattito che ne è susseguito di quel carattere di eccessiva astrattezza che fino ad allora lo aveva connotato, donando a dottrina e giurisprudenza un preciso dato di diritto positivo da cui partire e su cui basare le proprie considerazioni. In tal modo, inoltre, venne definitivamente privata di fondamento una delle principali critiche avanzate da chi negava l'ammissibilità di una categoria concettuale autonoma, quella del contratto di diritto pubblico, a cui ricondurre gli accordi inerenti all'esercizio di poteri amministrativi.

Per la verità, a seguito delle innovazioni introdotte dalla legge n. 241/1990 la struttura della discussione sulla natura giuridica degli accordi non è mutata. Nel senso che si assiste ancora alla contrapposizione tra chi, da un lato, interpreta la disciplina di cui all'art. 11 come riferita ad un istituto proprio del diritto pubblico e chi, dall'altro lato, la interpreta come riferita ad un istituto proprio del diritto privato. Ciò che è sicuramente mutato rispetto al passato è il contenuto

reciprocità" da ascrivere al diritto pubblico. In particolare, secondo l'Autore l'imperatività costituiva un'eccezione nell'ambito dell'azione amministrativa poiché esistevano poteri non autoritativi in grado di generare anche negozi bilaterali o plurilaterali. Inoltre, la diversa natura e il diverso regime giuridico delle due volontà non impedivano una coincidenza del contenuto delle stesse. Sicché la legge avrebbe potuto ammettere un "collegamento bilaterale reciproco tra i due contenuti volitivi" e, secondo Falcon avrebbe dovuto ammetterlo ogni qualvolta l'accordo con il privato si fosse rivelato necessario per il soddisfacimento dell'interesse pubblico. Così, venne individuata la fattispecie delle convenzioni pubblicistiche a cui l'amministrazione aderiva con atto amministrativo unilaterale ma i cui effetti si producevano solo in forza della convergenza di reciproche volontà.

delle argomentazioni spese dall'una e dall'altra parte a sostegno del rispettivo orientamento.

La teoria pubblicistica si radica su di una specifica premessa di partenza: la sussistenza di potere pubblico e il suo esercizio da parte dell'amministrazione è reso evidente dal tenore delle scelte di quest'ultima, tutte funzionali al perseguimento dell'interesse pubblico⁽⁹⁸⁾. In questa prospettiva, l'istituto dell'accordo delineato dall'art. 11 diviene uno strumento da utilizzare nell'esplicazione di potestà amministrative discrezionali, e ciò anche alla luce della disposizione normativa di cui al comma 1, che autorizza la conclusione di accordi integrativi o sostitutivi purché siano funzionali al perseguimento di uno specifico pubblico interesse, e a quella di cui al comma 4, che consente all'amministrazione di recedere dall'accordo solo a fronte di sopravvenuti motivi di pubblico interesse.

La dottrina che aderisce a questo orientamento ritiene che molte delle previsioni di disciplina contenute nell'art. 11 non siano altro che dei corollari di una tale ricostruzione. Infatti, il fatto che tanto gli accordi integrativi del contenuto discrezionale del provvedimento quanto gli accordi sostitutivi di quest'ultimo debbano intervenire nell'ambito di un procedimento amministrativo "chiaramente caratterizza come attività non privatistica l'attività svolta dall'amministrazione per pervenire alla stipula dell'accordo"⁽⁹⁹⁾. Oppure, l'assoggettamento degli accordi sostitutivi ai medesimi controlli previsti per i provvedimenti amministrativi sostituiti finisce per esporre i primi "ai parametri di validità (legittimità e merito) che comunque disciplinano l'esercizio della funzione amministrativa"⁽¹⁰⁰⁾.

⁹⁸⁾ Cfr. E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992, p. 60; E. BRUTI LIBERATI, op. cit., p. 10, secondo il quale "per quanto notoriamente l'interesse pubblico possa essere perseguito anche mediante atti di carattere privatistico, appare certo, nel nostro attuale sistema di diritto amministrativo, che, laddove la legge attribuisca espressa rilevanza giuridica a tale perseguimento, la relativa attività dell'amministrazione deve essere configurata come propriamente amministrativa".

⁹⁹⁾ In questo senso si è espresso E. BRUTI LIBERATI, op. cit., p. 9.

¹⁰⁰⁾ Sul punto si veda G. SALA, *Accordi sul contenuto discrezionale* cit., p. 233.

O, ancora, l'attribuzione della competenza giurisdizionale in materia di formazione, conclusione ed esecuzione di accordi al giudice amministrativo in sede esclusiva costituisce un elemento che palesemente differenzia gli accordi di diritto pubblico dai contratti privatistici, che, al contrario, rientrano nella competenza giurisdizionale del giudice ordinario ⁽¹⁰¹⁾.

Certa dottrina, poi, per argomentare ulteriormente a sostegno della teoria pubblicistica, evidenzia la carenza dei caratteri della patrimonialità e della parità tra i contraenti, propri del contratto così come definito dall'art. 1321 c.c. Cosa che impedisce di ricondurre l'accordo alla categoria del contratto civilistico e, diversamente, induce a ritenere che si tratti di una "fattispecie bilaterale non contrattuale" ⁽¹⁰²⁾.

Contemporaneamente, i sostenitori della teoria pubblicistica dimostrano di non trascurare nemmeno quegli aspetti della disciplina che sembrano rendere più incerta una integrale riconduzione dell'istituto al ramo del diritto pubblico, primo tra tutti il rinvio operato dal comma 2 dell'art. 11 ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti. In proposito, gli studiosi che abbracciano tale chiave di lettura non negano l'esigenza, resa evidente dal dettato normativo, di coordinamento tra regole pubblicistiche e regole privatistiche. Semmai, essi tendono a minimizzarla ⁽¹⁰³⁾ facendo leva sulla clausola di compatibilità che limita il rinvio medesimo e, in particolare, ritenendo che tale clausola sia stata inserita allo scopo di impedire l'applicazione di principi codicistici laddove questi si pongano in contrasto con i principi propri dell'agire pubblicistico dell'amministrazione ⁽¹⁰⁴⁾. In realtà, è tanto inevitabile quanto

¹⁰¹⁾ Cfr. E. BRUTI LIBERATI, op. cit., p. 10 e 13, ove afferma che attraverso una qualificazione in termini pubblicistici del rapporto convenzionale si riesce a tutelare più efficacemente sia l'interesse pubblico sia l'interesse della controparte privata e dei terzi.

¹⁰²⁾ Cfr. E. STICCHI DAMIANI, op. cit., p. 72.

¹⁰³⁾ In questo senso si è espresso G. GRECO, *Accordi amministrativi* cit., p. 88.

¹⁰⁴⁾ Cfr. E. BRUTI LIBERATI, op. cit., p. 10.

innegabile che in un tale contesto interpretativo il rimando alla sfera privatistica ponga dei problemi, se non altro perché, per quanto possa essere circoscritto, non può essere soppresso e comunque complica l'individuazione delle regole applicabili alle singole questioni che possono porsi sia in fase genetica e sia in fase esecutiva dell'accordo⁽¹⁰⁵⁾.

Se l'applicazione dei principi del codice civile in tema di obbligazioni e contratti causa complicazioni ed incertezze ad un inquadramento pubblicistico dell'istituto, al contrario, apporta vigore e sostegno ad un inquadramento privatistico dello stesso.

Infatti, la dottrina aderente alla teoria privatistica si serve in primo luogo proprio di tale apertura al modo civilistico di cui al comma 2 dell'art. 11 per affermare la natura interamente contrattuale dell'accordo, senza peraltro farsi distrarre dalla presenza di una duplice clausola di salvezza, che, si ritiene, possa e debba essere interpretata in termini estremamente restrittivi. Quindi, da un lato, l'inciso "*in quanto compatibili*" va riferito esclusivamente alla compatibilità delle norme civilistiche con la disciplina posta dallo stesso art. 11⁽¹⁰⁶⁾; dall'altro lato, l'espressione "*ove non diversamente disposto*" dimostra la volontà del legislatore di lasciare aperto uno spiraglio all'introduzione di specifiche normative di settore derogatorie di quella generale o alla deroga concordata della disciplina generale stessa⁽¹⁰⁷⁾.

I sostenitori di tale tesi, inoltre, non concepiscono come un ostacolo nemmeno la funzionalizzazione al perseguimento del pubblico interesse che indubbiamente contraddistingue l'istituto dell'accordo. Anzi, ritengono che, per quanto possa essere spia di una qualche

¹⁰⁵⁾ Sul punto si veda G. GRECO, op. cit., p. 91.

¹⁰⁶⁾ Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 66, nota 44, secondo la quale "il rinvio ai principi del codice civile 'in quanto compatibili' dovrebbe essere inteso nel senso che l'applicabilità dei principi civilistici è esclusa solo da norme che disciplinano gli accordi (o taluni tipi di accordo) in modo incompatibile con quei principi, non invece dai principi del diritto amministrativo in quanto tali".

¹⁰⁷⁾ Cfr. G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001, p. 109.

connotazione in senso pubblicistico, la funzionalizzazione non rappresenti l'ago della bilancia, dal momento che è ben possibile perseguire l'interesse pubblico anche mediante atti di carattere privatistico⁽¹⁰⁸⁾.

Una imposizione siffatta, per di più, gode di un sostegno a livello giurisprudenziale, avendo il Consiglio di Stato chiarito che dall'essenzialità del fine pubblico discende la fungibilità degli strumenti attraverso cui perseguirlo e che "il fine pubblico può essere perseguito anche attraverso la diretta negoziazione del contenuto del provvedimento finale"⁽¹⁰⁹⁾. Inoltre, è proprio quest'ultimo argomento che agevola una lettura in chiave privatistica anche del recesso unilaterale dell'amministrazione. In altre parole, non essendo la funzionalizzazione un connotato decisivo per un inquadramento in senso pubblicistico, non può considerarsi decisiva nemmeno la connessa facoltà di recesso prevista dal comma 4 dell'art. 11.

Se, poi, un ulteriore argomento a favore della tesi in discorso si può agevolmente ricavare dalla clausola che esclude un eventuale accordo concluso in pregiudizio di diritti di terzi, perché la stessa è facilmente riconducibile al principio di relatività del contratto sancito dall'art. 1372 c.c., non così agevole è il superamento delle obiezioni inerenti ai controlli prescritti dal comma 3 dell'art. 11 e alla giurisdizione esclusiva oggi stabilita dall'art. 133 c.p.a.⁽¹¹⁰⁾. Si tratta,

¹⁰⁸⁾ In questo senso si è espresso G. MANFREDI, op. cit., p. 94 e ss.

¹⁰⁹⁾ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2636 in cui la Corte, occupandosi di accordi, ha dimostrato di essere indirizzata verso un'ottica sostanzialmente privatistica affermando che "il diritto privato assunto dalla sfera pubblica si rivela in sé neutro strumento organizzatorio (si pensi al fenomeno delle società miste) o modulo convenzionale o pattizio dell'agire amministrativo (accordo ex art. 11 della legge n. 241/1990) utilizzabile, nei casi previsti dalla legge ed entro i limiti di meritevolezza dell'art. 1322 cod. civ."

¹¹⁰⁾ Sempre G. MANFREDI, op. cit., p. 116 e ss. ritiene che, partendo da una ricostruzione privatistica dell'accordo, i controlli cui quest'ultimo dovrebbe essere sottoposto sarebbero i medesimi cui generalmente vengono sottoposti i contratti di diritto comune dell'amministrazione. Invece, per quanto riguarda la giurisdizione esclusiva, l'Autore ritiene che a fondamento della scelta non vi sarebbe la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, quanto piuttosto il semplice conferimento di un'intera materia al giudice amministrativo.

tuttavia, di aspetti interpretativi considerati come incapaci di scalfire una lettura dell'istituto in chiave privatistica e comunque marginali rispetto ai vantaggi che dalla stessa possono derivare, tra i quali sicuramente una maggiore stabilità dei rapporti tra amministrazione e cittadino.

In un tale contesto interpretativo, infine, non meritano di essere trascurate le summenzionate modifiche apportate alla legge sul procedimento amministrativo nel 2005, concepite da alcuna dottrina come delle evidenti manifestazioni di una tendenza evolutiva in senso privatistico dell'istituto. In particolare, vi è chi desume la natura privatistica dell'accordo dal suo assoggettamento alle norme di diritto privato ai sensi del comma 1 *bis* dell'art. 1 della legge n. 241/1990 e dal fatto che, ai sensi del comma 4 *bis* dell'art. 11 della medesima legge, esso deve essere sempre preceduto da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento ⁽¹¹¹⁾.

In conclusione, quella sulla natura giuridica degli accordi è, come si può a questo punto facilmente intuire, una questione molto complessa che difficilmente può ridursi ad una così netta polarizzazione verso una ricostruzione integralmente di diritto pubblico ovvero integralmente di diritto privato. Non è un caso che ad oggi la maggior parte degli interpreti occupi, in merito al tema, una posizione intermedia o, quantomeno, di compromesso. Certo, in ciascuno di essi si può sicuramente percepire una qualche propensione per l'una o per l'altra teoria ma ciò non impedisce loro di riconoscere la presenza, all'interno della disciplina, di componenti proprie dell'opposto ramo del diritto ⁽¹¹²⁾. D'altronde, è lo stesso art. 11 che, subordinando ad un vaglio di

¹¹¹⁾ Cfr. G. MANFREDI, *La nuova disciplina degli accordi* cit., p. 324 e ss.

¹¹²⁾ Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in *Pol. dir.*, p. 125, che, pur collocando l'accordo in un ambito prevalentemente civilistico, sottolinea che "accordo e procedimento risultano (...) disciplinati dal concorso di serie diverse di regole, pubblicistiche e civilistiche che, sebbene abbiano oggetto distinto, possono interferire tra loro". Oppure cfr. E. BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblici* cit., p. 15 e ss., che, pur propendendo per una lettura prevalentemente pubblicistica dell'accordo, afferma l'applicabilità di diversi principi civilistici.

compatibilità l'applicazione dei principi civilistici agli accordi, rende evidente l'inadeguatezza di una rigida qualificazione in termini pubblicistici o privatistici della figura⁽¹¹³⁾.

¹¹³⁾ Sul punto di veda G. GRECO, *Accordi amministrativi* cit., p. 101, che la definisce una “norma pilatesca, perché scarica sull’interprete l’onere pressoché totale di ricostruzione del regime applicabile”. Secondo l’Autore, il carattere pilatesco della norma dipende dal fatto che “nel nostro caso la legge non chiarisce quale sia il punto di riferimento della compatibilità”.

CAPITOLO SECONDO

L'URBANISTICA CONSENSUALE

1. Le convenzioni urbanistiche

Una delle più nitide manifestazioni della generale tendenza dell'ordinamento verso forme di ricerca del consenso, cioè verso un esercizio della funzione amministrativa connesso ad un potere non più necessariamente unilaterale ed autoritativo perché funzionalizzato all'interesse pubblico, ma il più possibile aperto ad un confronto con i soggetti che saranno destinatari degli effetti giuridici da esso scaturenti, si può sicuramente isolare in ambito urbanistico-edilizio. Se, infatti, l'obiettivo della pianificazione urbanistica coincide con il conseguimento di una conformazione dei suoli che risponda a fini di utilità sociale ⁽¹¹⁴⁾, è chiaro che tutte quelle attività inerenti all'assetto urbanistico e all'utilizzazione del territorio devono riuscire a coordinare gli svariati interessi pubblici e privati che necessariamente in tale ambito si confrontano, spesso anche in rappresentanza di ragioni antagoniste.

Uno dei modi più efficaci per coniugare tra loro interessi pubblici e privati coincide proprio con l'impiego di moduli consensuali. In altre parole, un'attività di pianificazione del territorio non più, o non solo, meramente autoritativa ma concordata incentiva l'emersione di specifici interessi, contrapposti a quello più generico facente capo all'intera collettività, già durante lo svolgimento del procedimento amministrativo. Questo consente all'autorità amministrativa procedente di meglio definire gli obiettivi da perseguire e, così, esercitare un'azione amministrativa che rappresenti sin da subito il miglior punto di equilibrio tra tutti gli interessi in gioco, riducendo, al contempo, il rischio di eventuali future controversie e offrendo una più elevata

¹¹⁴⁾ In questo senso si è espresso P. URBANI, *Urbanistica solidale: alla ricerca della giustizia perequativa tra proprietà e interessi pubblici*, Torino, 2011, p. 24.

garanzia di effettiva attuazione del progetto di trasformazione territoriale ⁽¹¹⁵⁾. Non per niente, ad oggi si ritiene che la collaborazione e la sinergia tra le funzioni pubbliche e le risorse private costituisca un presupposto irrinunciabile per lo sviluppo sociale ed economico del Paese ⁽¹¹⁶⁾.

La rilevanza dei moduli consensuali, comunque, non è sicuramente una novità dei giorni nostri, nemmeno in campo urbanistico, dato che già alla fine del XIX secolo si considerava assolutamente normale la stipulazione di accordi tra amministrazioni comunali e soggetti privati aventi ad oggetto l'urbanizzazione di aree non urbanizzate come conseguenza dell'adozione di piani regolatori e in esecuzione degli stessi ⁽¹¹⁷⁾.

Dunque, quando oggi si menzionano le convenzioni urbanistiche non ci si può che riferire a fattispecie che rappresentano l'evoluzione di uno strumento urbanistico elaborato nella seconda metà del 1800 dalla prassi amministrativa senza che nessuna legge fornisse il minimo appiglio per giustificarne l'esistenza.

Potevano essere diverse le ragioni che giustificavano il ricorso a tale tecnica ⁽¹¹⁸⁾, ma le più antiche convenzioni urbanistiche erano

¹¹⁵⁾ Cfr. F. GUALANDI, *Gli accordi nell'urbanistica negoziale con particolare riferimento all'art. 18 della Legge regionale dell'Emilia-Romagna n. 18/2002*, in *LexItalia.it*, n. 7-8, 2008, p. 2.

¹¹⁶⁾ Cfr. A. CHIERICHETTI, *Moduli consensuali nella concertazione urbanistica*, in *Riv. Giur. Ed.*, n. 5, 2002, p. 293.

¹¹⁷⁾ Sul punto si veda V. MAZZARELLI, *Le convenzioni urbanistiche*, Bologna, 1979. I primi quattro capitoli di questo volume sono stati precedentemente pubblicati nella Rivista trimestrale di diritto pubblico. Dunque, alternativamente è possibile consultare anche ID., *Le convenzioni urbanistiche (i primi cinquanta anni)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3, 1975; ID., *Le convenzioni urbanistiche (dal 1915 al 1942)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3, 1976.

¹¹⁸⁾ Cfr. V. MAZZARELLI, *Le convenzioni urbanistiche (i primi cinquanta anni)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3, 1975, p. 1168 e ss., la quale, nell'ambito della sua ricerca, ha potuto constatare come il fenomeno del ricorso alle convenzioni urbanistiche riguardò in misura rilevante soprattutto Roma e Napoli ma nell'ambito di due circostanze diverse. In particolare, Roma capitale non accolse con entusiasmo l'annessione all'Italia, perciò "si volle provvedere all'aumentato fabbisogno di abitazioni in maniera tale da non scontentare gli appartenenti alla classe privilegiata locale per eccellenza, aristocratici ed ecclesiastici, tutti grandi proprietari terrieri. Si permise così ai proprietari di procedere da soli alla realizzazione di nuclei edilizi

tutte il frutto dell'incontro tra la proposta dei privati, generalmente proprietari o imprenditori, e l'accettazione dell'amministrazione comunale in ordine alla realizzazione, ad opera dei primi e sempre rispondente a ragioni di pubblica utilità, di un intervento edilizio di ampie dimensioni e delle necessarie opere di urbanizzazione (come strade, fogne e impianti di erogazione di acqua e luce) e in ordine alla conseguente cessione gratuita delle aree interessate al comune. Per di più, di tale operazione si metteva in risalto la sinallagmaticità, per questo, originariamente, si riteneva che queste convenzioni fossero da concepire come dei veri e propri contratti, seppur aventi un contenuto innegabilmente attinente ad interessi pubblici.

In proposito occorre sottolineare che a quell'epoca a rendere amministrativo un potere era unicamente l'appartenenza dello stesso all'amministrazione pubblica e, coerentemente, venivano concepiti come un'emanazione di questo stesso soggetto anche gli interessi pubblici cui questi poteri dovevano essere funzionalizzati. Perciò se non apparve fuori luogo l'impiego di un atto giuridico di tipo privatistico (la convenzione) per disciplinare un rapporto tra pubblica amministrazione e privato inerente a materie strettamente connesse a funzioni amministrative, dall'altro lato, destava perplessità il fatto che proprio per il tramite di tali convenzioni, determinate opere di urbanizzazione aventi un accentuato rilievo pubblico venissero realizzate da soggetti privati ⁽¹¹⁹⁾.

Ad ogni modo, l'impostazione favorevole ad un utilizzo indifferenziato del contratto e del provvedimento da parte della autorità amministrativa ebbe vita breve, dato che a livello teorico stava

corredati dalle necessarie opere di urbanizzazione, in tal modo consentendo ad essi implicitamente di avvantaggiarsi degli incrementi di valore dei suoli che l'operazione comportava". A Napoli, invece, le convenzioni urbanistiche che intervennero tra l'amministrazione comunale e alcune società private furono il mezzo prescelto per attuare un risanamento urbano in seguito alle epidemie di colera che decimarono la popolazione diffuse proprio a causa della "disastrosa condizione igienica delle abitazioni cittadine".

¹¹⁹⁾ In questo senso si è espressa V. MAZZARELLI, op. ult. cit., p. 1172 e ss.

prendendo piede la tesi che concepiva come unica possibile modalità di esercizio della funzione amministrativa quella implicante atti imperativi, di conseguenza donando nuovo slancio alla ben nota distinzione tra attività di diritto pubblico e attività di diritto privato della pubblica amministrazione, probabilmente enfatizzata anche dall'istituzione, accanto al giudice ordinario, della IV Sezione del Consiglio di Stato in veste di giudice amministrativo. Chiaramente, di fronte a tale netta distinzione la convenzione urbanistica non poteva che trovar posto all'interno di quell'insieme di atti il cui inquadramento sistematico risultava difficoltoso, e questo a causa dei suoi stessi tratti caratterizzanti, cioè l'essere strutturata come un contratto avendo, però, un oggetto strettamente connesso ad una funzione pubblica.

In un tale contesto si cercò di elaborare delle spiegazioni che fossero in grado di dare un qualche fondamento alla legittimità del ricorso a tale tecnica operativa da parte dell'amministrazione e, in particolare, si giunse a considerare la proposta dei privati sull'assetto urbanistico di una certa zona come una istanza per l'ottenimento di un provvedimento amministrativo di autorizzazione, riuscendo così a racchiudere all'interno di quest'ultimo tutti gli effetti di conformazione del territorio ⁽¹²⁰⁾. È, peraltro, possibile rilevare che a livello pratico le convenzioni urbanistiche non accusarono alcun contraccolpo delle difficoltà di una loro collocazione sistematica, nel senso che la prassi continuò a farne ampio uso per l'attuazione dei piani ma anche per la realizzazione di lottizzazioni fuori da essi.

Ciò nonostante, tali fattispecie sono state per lungo tempo sostanzialmente ignorate dalla dottrina, così come anche dal legislatore, il quale mantenne nei confronti delle convenzioni in esame un atteggiamento particolarmente prudente ⁽¹²¹⁾. Infatti, la legge 17 agosto

¹²⁰⁾ Cfr. P. URBANI e S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto urbanistico: organizzazione e rapporti*, Torino, 2017, p. 187 e ss.

¹²¹⁾ Sul punto si veda M.S. GIANNINI che nella prefazione al volume di V. MAZZARELLI, *Le convenzioni urbanistiche*, Bologna, 1979, afferma testualmente

1942, n. 1150, più comunemente conosciuta come Legge urbanistica, in origine, nel disciplinare i piani particolareggiati di iniziativa pubblica implicanti l'espropriazione delle zone interessate come principali strumenti attuativi dei piani regolatori generali, menzionava, all'art. 28, le lottizzazioni concepibile come strumento a disposizione del sindaco, senza però fare alcun cenno alle relative convenzioni. Soltanto nel 1967 tale articolo subì un'importante modifica ad opera dell'art. 8 della legge 6 agosto 1967, n. 765 ⁽¹²²⁾, che introdusse nella disciplina urbanistica l'istituto della convenzione, elevando la relativa stipula a condizione necessaria per poter procedere alla lottizzazione di aree a scopo edilizio.

Dunque, per effetto di tale legge, il c.d. piano di lottizzazione convenzionato, cioè assistito da apposita convenzione, ha definitivamente assunto natura di strumento urbanistico perfettamente equiparato al piano particolareggiato d'esecuzione.

1.1 Le convenzioni di lottizzazione

Oggi è sicuramente possibile affermare che la convenzione di lottizzazione costituisce l'archetipo delle convenzioni urbanistiche, essendo il più noto e diffuso tra i diversi modelli convenzionali usati in ambito urbanistico, nonché quello su cui si è avuto il più intenso dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

In effetti, al di là dell'evidente ambiguità della natura giuridica, dovuta alla sua collocazione a cavallo tra il diritto pubblico e il diritto privato, qualche perplessità emerge altresì in ordine all'unitarietà del momento pianificatorio e di quello convenzionale, alla luce dello stesso schema fattuale ricavabile dalla disciplina legislativa di cui all'art. 28

che "l'impiego dell'accordo bonario per risolvere le possibili vertenze era ancora convalida della forza vitale e dell'amore dell'ombra proprio delle centauresse".

¹²²⁾ Conosciuta come "Legge ponte", in quanto avrebbe dovuto fare da tramite tra la vecchia Legge n. 1150/1042 e la futura riforma urbanistica, che, tuttavia, non vide mai la luce.

della legge n. 1150/1942 come modificato dall'art. 8 della legge n.765/1967.

Più in particolare, in base al diritto positivo l'operazione ha inizio con la sottoposizione all'amministrazione di un potenziale piano di assetto urbanistico predisposto dai soggetti privati. Laddove, poi, anche a seguito di eventuali trattative, il Comune ritenga quella proposta di organizzazione del territorio soddisfacente e ottenga i diversi nulla osta e pareri richiesti dalla legge, interviene la stipula della convenzione, in forza della quale i privati assumono specifiche obbligazioni relative soprattutto alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, e la deliberazione del consiglio comunale di approvazione del piano di lottizzazione.

Ecco che, a fronte di una tale ricostruzione normativa della fattispecie, parte della dottrina ⁽¹²³⁾ eleva l'autorizzazione comunale ad atto centrale del procedimento lottizzatorio e concepisce la convenzione in termini di atto ad essa meramente accessorio, peraltro escludendo la presenza di spazio per una qualsiasi negoziazione delle scelte urbanistiche tra amministrazione e privati, soprattutto in base al fatto che è la stessa norma di legge a descrivere il contenuto essenziale della convenzione. Al contempo, tuttavia, vi è anche chi dimostra di non aderire ad una tale impostazione interpretativa, ponendo sostanzialmente sullo stesso livello il piano adottato dal Comune su proposta dei soggetti privati e la convenzione destinata a disciplinare alcuni aspetti della sua attuazione ⁽¹²⁴⁾. Più in particolare, questo diverso

¹²³⁾ Cfr. G. PAGLIARI, *Gli accordi amministrativi tra P.A. e Privati*, in *Riv. giur. urb.*, n. 4, 2008, p. 454 e ss., il quale, inoltre, ribadisce che una tale impostazione interpretativa “non è in contrasto con l'inquadramento di queste convenzioni nella fattispecie del citato art. 11”.

¹²⁴⁾ In questo senso si sono espressi P. URBANI e S. CIVITARESE MATTEUCCI, op. cit., p. 190 e ss., ove, inoltre, precisano che il fatto che all'interno della norma si parli di “*autorizzazione*” alla lottizzazione è probabilmente “frutto di un acritico recepimento del linguaggio giurisprudenziale caratteristico” dell'epoca. Al tempo, infatti, il piano di lottizzazione veniva concepito come una prelicenza edilizia. Ad oggi, invece, è possibile affermare che si tratta, non tanto di provvedimento autorizzatorio, quanto piuttosto di un vero e proprio atto di pianificazione urbanistica.

filone dottrinale evidenzia come, in realtà, non sia possibile individuare all'interno del procedimento lottizzatorio due atti distinti (da un lato, un provvedimento amministrativo avente ad oggetto l'assetto del territorio, e, dall'altro lato, un atto negoziale avente ad oggetto le obbligazioni dei privati); o meglio, come tale distinzione sia, in realtà, solamente apparente, poiché "programma di assetto urbanistico e clausole attuative sono elementi inscindibili della fattispecie; le une inconcepibili senza l'accordo sull'altro e viceversa". In una tale prospettiva, dunque, si finisce per riconoscere alla deliberazione comunale una funzione di accettazione del contenuto tanto del piano quanto della convenzione e, in ultima analisi, si giunge ad affermare, in maniera non del tutto ingiustificata, la totale immedesimazione tra i due.

Quest'ultima è una questione riguardante la struttura di una convenzione di lottizzazione che, per quanto controversa, non si riflette negativamente sul funzionamento concreto dell'istituto. Viceversa, un qualche effetto negativo a livello pratico può sicuramente derivare dal necessario assenso dei proprietari delle aree coinvolte nella pianificazione attuativa per poter ottenere l'approvazione comunale del piano. Ad oggi, infatti, è molto più probabile che tali aree siano nella disponibilità di una pluralità di soggetti diversi piuttosto che nelle mani di un unico gestore, e accade altresì spesso che la manifestazione di dissenso da parte di qualcuno di essi complichino e allunghino la fase preparatoria dell'operazione ⁽¹²⁵⁾.

In realtà, la legge non predispone alcun rimedio specifico cui ricorrere a fronte di un ostinato disaccordo al contenuto del piano da proporre al Comune. Tuttavia, sia a livello statale ⁽¹²⁶⁾ sia a livello

¹²⁵⁾ Cfr. V. MAZZARELLI, *Convenzioni urbanistiche*, in *Enc. dir.*, Milano, 2001, p. 297.

¹²⁶⁾ I commi 11 e 12 dell'art. 28 della legge n. 1150/1942 disciplinano la c.d. lottizzazione d'ufficio. Più in particolare, viene affermata la facoltà del sindaco di invitare i proprietari delle aree interessate a presentare un progetto di lottizzazione e di procedere alla compilazione di quest'ultimo d'ufficio ove tale invito non venga accolto. Il progetto così redatto va, poi, notificato ai proprietari, che avranno a

regionale ⁽¹²⁷⁾ vengono delineate delle soluzioni procedurali eventualmente implicanti l'espropriazione delle aree dei dissenzienti, e, al contempo, nulla impedisce all'amministrazione comunale di far sottoscrivere ai proprietari interessati che si siano già espressi favorevolmente un atto unilaterale d'obbligo relativo alla futura stipula della convenzione di lottizzazione, neutralizzando così il rischio di una loro dissuasione. Inoltre, è opportuno sottolineare che in ogni caso il Comune potrebbe alternativamente aggirare in modo definitivo l'ostacolo optando per la via autoritativa rappresentata dal piano particolareggiato.

Invece, l'art. 28 della legge n. 1150/1942, nel disciplinare i piani di lottizzazione convenzionati, non lascia alcuno spazio a dubbi interpretativi in merito al complesso di prescrizioni che devono costituire il contenuto essenziale delle relative convenzioni, così chiarendo altresì le obbligazioni conseguentemente assunte dalle parti.

Il nucleo dell'accordo ha ad oggetto la diretta realizzazione, da parte dei soggetti privati, delle opere di urbanizzazione primaria e di una quota parte delle opere di urbanizzazione secondaria e la cessione gratuita al Comune delle aree a tal fine necessarie; il tutto entro un termine che non superi il decennio e con l'assistenza di congrue garanzie finanziarie. Un aspetto senz'altro importante da mettere in risalto, a questo punto, è quello attinente alla natura delle obbligazioni scaturenti da tali prescrizioni. Si tratta, infatti, di obbligazioni *propter rem*, cioè obbligazioni strettamente legate alla proprietà del bene e che, in virtù di questa loro caratteristica e della pubblicità scaturente dalla trascrizione della convenzione, si trasmettono ai successivi proprietari

disposizione un congruo termine entro cui far pervenire la propria accettazione. In caso contrario, il sindaco potrà procedere all'espropriazione delle aree.

¹²⁷⁾ Il comma 6 dell'art. 20 della legge della regione Veneto, 23 aprile 2004, n. 11 stabilisce che il deposito del piano urbanistico attuativo di iniziativa privata approvato dal comune venga notificato ai proprietari dissenzienti. È previsto poi che “*dopo l'entrata in vigore del piano, l'inutile decorso dei termini previsti per la sua attuazione costituisce titolo per procedere all'espropriazione degli immobili degli aventi titolo dissenzienti*”.

del bene. Una tale precisazione, dunque, non ha rilevanza meramente astratta, dal momento che un eventuale inadempimento legittimerebbe il Comune a condurre dinnanzi al giudice amministrativo non solo i firmatari della convenzione, ma anche gli attuali proprietari delle aree interessate laddove questi non coincidessero con i primi, essendo tutti nei suoi confronti obbligati in solido.

Chiaramente, dalla convenzione scaturisce anche un obbligo indirizzato all'amministrazione comunale stessa che, tuttavia, solo apparentemente consiste in un *facere*, ossia nel rilascio dei permessi di costruire a favore dei lottizzanti. In realtà, come autorevole dottrina sostiene ⁽¹²⁸⁾, sarebbe più corretto affermare che, approvando il piano di lottizzazione convenzionato, il Comune si obbliga ad un preciso *non facere*, cioè a non modificare l'assetto del territorio che in tal modo è stato definito mediante il suo potere di pianificazione urbanistica. Questo perché "l'amministrazione sarebbe comunque tenuta a rilasciare il provvedimento abilitativo in presenza di un progetto conforme alle prescrizioni urbanistiche" e "la convenzione non produce alcuna modifica sull'ordinario procedimento di rilascio dei permessi, che assolve comunque ad una funzione di controllo sui singoli interventi". Sempre salvo il caso in cui sopravvengano particolari esigenze di pubblico interesse, poiché allora l'esercizio di tale potere sarebbe ammesso anche se in contrasto con quanto formalizzato nella convenzione.

È, infine, opportuno sottolineare che non è escluso che, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, le parti decidano di inserire nella convenzione delle clausole ulteriori, come ad esempio clausole di decadenza in caso di gravi inadempienze da parte dei lottizzanti, oppure clausole inerenti al collaudo delle opere realizzate da parte dell'amministrazione comunale, oppure ancora clausole compromissorie ⁽¹²⁹⁾.

¹²⁸⁾ Sul punto si veda P. URBANI e S. CIVITARESE MATTEUCCI, op. cit., p. 191.

¹²⁹⁾ Cfr. P. URBANI e S. CIVITARESE MATTEUCCI, op. cit., p. 193 e ss.

1.2 segue: le altre convenzioni urbanistiche

Come sopra già anticipato, quello rappresentato dalla convenzione di lottizzazione non è l'unico modello convenzionale contemplato dalla legislazione urbanistica attuale. Esso, semmai, costituisce il prototipo delle convenzioni urbanistiche, cioè il primo esemplare riconducibile a quest'ultimo istituto, a cui, successivamente alla sua introduzione ad opera della legge n.765/1967, ci si è ispirati per disciplinare molte altre ipotesi convenzionali utili al perseguimento di finalità differenti.

A questo proposito, si possono sicuramente menzionare le convenzioni relative all'attuazione dei piani per l'edilizia economica e popolare, disciplinate dalla legge 22 ottobre 1971, n. 865. Più in particolare, quest'ultima legge, all'art. 35, dispone l'esproprio⁽¹³⁰⁾, da parte del Comune, di tutte le aree inserite nel piano e la concessione delle stesse in diritto di superficie, ovvero la loro cessione in proprietà, per la costruzione di case di tipo economico e popolare e dei relativi servizi urbani e sociali. Inoltre, contestualmente all'atto di concessione

¹³⁰⁾ Appare opportuno precisare che in una tale circostanza l'impiego da parte del Comune dello strumento espropriativo è da considerarsi obbligatorio. Sul punto si veda Corte cost., 23 aprile 1998, n. 135, in *Giur. cost.*, n. 2, 1998, p. 1045 e ss., ove la Corte ha considerato infondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata con ordinanza dal T.A.R. Veneto, riguardante proprio l'art. 35 della legge n. 865/1971, nella parte in cui esso non prevede la possibilità per i privati proprietari di evitare l'espropriazione stipulando un accordo con il Comune interessato, e così impegnandosi a dare diretta esecuzione alle prescrizioni del piano di edilizia economica e popolare. Più in particolare, secondo i giudici costituzionali l'obbligatoria acquisizione comunale di tutte le aree comprese nel suddetto piano attraverso la procedura espropriativa risponde ad una triplice finalità: quella rappresentata dall'effettiva realizzazione del piano accompagnata dalla garanzia circa un trattamento paritario di tutti i proprietari; quella rappresentata dall'ottenimento delle aree ad un prezzo equo; e quella rappresentata dall'attuazione di un penetrante controllo del territorio e di una organizzazione dei lavori coordinata e dalle tempistiche certe. In altre parole, la Corte ha affermato che "la norma censurata, per le considerazioni esposte, appare complessivamente diretta a perseguire, avvalendosi dello strumento espropriativo, motivi di interesse generale, senza mostrare una palese irragionevolezza nella scelta del mezzo rispetto al fine, ovvero una rilevante sproporzione tra l'interesse generale e lo strumento prescelto con correlativo sacrificio del proprietario dell'immobile trasferito, compensato dall'indennizzo espropriativo".

del diritto di superficie o a quello di cessione del diritto di proprietà delle aree interessate, la norma impone la stipula tra le parti di una convenzione avente un contenuto molto simile a quello prescritto dall'art. 28 della legge n. 1150/1942 per la convenzione di lottizzazione. Infatti, come quest'ultima, anche la convenzione relativa all'attuazione del piano di edilizia economica e popolare deve contenere l'indicazione dei caratteri costruttivi e tipologici degli edifici e gli elementi progettuali delle opere di urbanizzazione da realizzare, oltre che l'indicazione dei termini per l'esecuzione dei lavori, delle modalità di controllo sulle costruzioni e delle relative garanzie finanziarie. L'art. 35 della legge n. 865/1971, però, stabilisce che tali convenzioni devono contenere anche la previsione dei *“criteri per la determinazione e la revisione periodica dei canoni di locazione, nonché per la determinazione del prezzo di cessione degli alloggi, ove questa sia consentita”*. La presenza di questi contenuti aggiuntivi dipende essenzialmente dal fatto che si tratta di convenzioni nate per perseguire e soddisfare finalità di edilizia sociale, quindi finalità diverse da quelle proprie della lottizzazione. In altre parole, mentre ciò che giustifica la stipulazione di una convenzione di lottizzazione ha a che fare con l'urbanizzazione, ciò che giustifica la stipulazione di una convenzione per l'edilizia sociale è la politica di gestione degli alloggi, sin da subito programmati e realizzati per assolvere fini sociali ⁽¹³¹⁾.

Discorso simile può essere fatto anche con riferimento alle convenzioni relative all'attuazione dei piani per gli insediamenti produttivi, disciplinati dall'art. 27 della medesima legge. Anche in questo caso, infatti, è prevista la stipulazione di una convenzione tra Comune e concessionario o acquirente delle aree rientranti nel piano precedentemente espropriate. Qui, però, il bene che, agli occhi del legislatore, assume particolare rilevanza a fini sociali è lo stabilimento produttivo di carattere industriale, artigianale, commerciale e turistico.

¹³¹⁾ Cfr. V. MAZZARELLI, op. ult. cit., p. 299 e ss.

Estremamente simili, per struttura e disciplina, alle convenzioni di lottizzazione sono le convenzioni per la realizzazione dei piani di recupero di iniziativa privata, previsti e regolati dall'art. 30 della legge 5 agosto 1978, n. 457. Tale norma, infatti, prevede che i soggetti proprietari degli immobili o delle aree rientranti nelle zone di recupero possano proporre al Comune il contenuto di un eventuale piano di recupero, che viene successivamente adottato con deliberazione del consiglio comunale laddove gli interventi pianificatori così suggeriti vengano considerati opportuni e soddisfacenti. Inoltre, è prevista la contestuale stipulazione di un'apposita convenzione, in forza della quale i soggetti privati si impegnano alla realizzazione di tali operazioni di recupero urbanistico, e al cui contenuto si applicano, per espressa previsione di legge, le regole sancite dall'art. 28, comma cinque, della legge n. 1150/1942. In sostanza, tali convenzioni appaiono come delle "convenzioni-fotocopia" rispetto al modello convenzionale lottizzatorio, dal momento che l'unica differenza individuabile attiene all'oggetto della disciplina. Se, infatti, il legislatore del 1942 concentrò la propria attenzione sulle "espansioni" urbane, quello del 1978 si pose come obiettivo la regolamentazione del "riuso dell'edificato"⁽¹³²⁾.

Allo stesso modo, anche le convenzioni relative al recupero degli insediamenti abusivi di cui all'art. 29 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, e quelle relative alla realizzazione di autoparcheggi previste dalla legge 24 marzo 1989, n. 122 possono essere menzionate a testimonianza dell'estrema diffusione che ha interessato il modello convenzionale all'interno del nostro ordinamento.

È evidente, dunque, come nel tempo le convenzioni urbanistiche siano passate dall'essere allegate ai soli piani di lottizzazione, all'essere riempite dei contenuti più vari e diversificati di modo da potersi adattare ai più specifici piani di settore. Si tratta, in breve, di un istituto dal contenuto plurifunzionale⁽¹³³⁾.

¹³²⁾ In questo senso si è espressa V. MAZZARELLI, op. ult. cit., p. 298.

¹³³⁾ In questi termini si è espresso P. URBANI, *Urbanistica solidale* cit., p. 202.

2. Gli accordi ex art. 11 della legge n. 241/1990 in materia di pianificazione urbanistica

Autorizzando espressamente la pubblica amministrazione all'impiego dello strumento dell'accordo in funzione integrativa o sostitutiva del provvedimento nell'esercizio della sua funzione, il legislatore del 1990 ha voluto teoricamente adeguare l'azione amministrativa alle sembianze che nella prassi essa molto spesso già assumeva: un'azione pur sempre funzionalizzata al perseguimento del pubblico interesse ma non necessariamente dotata del carattere dell'autoritatività e dell'unilateralità; quindi, aperta, ove possibile, al contributo dei soggetti privati.

L'introduzione, ad opera della legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo, di una tale novità ha avuto delle inevitabili ricadute in ambito urbanistico-edilizio, giustificate dal fatto che, come sopra si è ampiamente avuto modo di esporre, era proprio in tale branca del diritto che più frequentemente l'azione amministrativa assumeva questa sua nuova veste concertata e consensuale, conseguentemente facilitando l'individuazione della generale tendenza dell'ordinamento verso forme di ricerca del consenso. Pertanto, in un tale contesto non stupì affatto l'impiego da parte degli addetti ai lavori del termine "accordo" riferito ad uno strumento implicante un rapporto di cooperazione tra controparte pubblica e privata e considerato particolarmente utile per la pianificazione dell'assetto urbanistico di parti del territorio comunale. Termine che, peraltro, si affiancò, fino quasi a soppiantarlo, al termine "convenzione", utilizzato dal legislatore a partire dal 1967.

Furono diversi gli istituti elaborati successivamente alla legislazione del 1990 che, recependo le importanti innovazioni da quest'ultima introdotte e, quindi, consentendo espressamente alla pubblica amministrazione di stipulare accordi aventi ad oggetto la potestà di pianificazione urbanistica, elevano ad elemento

fondamentale della fattispecie l'intervento partecipativo di soggetti privati. A tal proposito può essere menzionato l'istituto del programma integrato d'intervento, di cui all'art. 16 della legge 17 febbraio 1992, n. 179⁽¹³⁴⁾. In base a tale articolo, infatti, i proprietari di zone già edificate o ancora da edificare hanno la possibilità di presentare al Comune un programma contenente una serie di potenziali interventi da effettuare proprio su tali aree, al fine di giungere ad una loro riqualificazione urbanistica, edilizia e ambientale. L'amministrazione comunale, poi, una volta verificata la necessaria rispondenza all'interesse pubblico, accoglie la proposta, eventualmente procedendo alla variazione del piano urbanistico, laddove essa vi si ponga in contrasto. Ecco, dunque, che favorendo la formazione di programmi integrati, il legislatore finisce per legittimare la fase di contrattazione tra amministrazione pubblica e soggetti privati prodromica al raggiungimento di un accordo in ordine al miglior assetto urbanistico da assegnare all'area⁽¹³⁵⁾.

La medesima riflessione può, altresì valere per i programmi di recupero urbano, che, in base all'art. 11 del decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 398 poi convertito in legge 4 dicembre 1993, n. 493, possono essere proposti al Comune da soggetti pubblici e privati, e possono prevedere la realizzazione, anche in variante allo strumento urbanistico generale, di una serie di opere finalizzate all'ammodernamento delle urbanizzazioni primarie e secondarie, al mantenimento e risanamento delle costruzioni esistenti, alla creazione di nuova edilizia di completamento e all'inserimento di elementi di arredo urbano⁽¹³⁶⁾.

¹³⁴⁾ Articolo che, tuttavia, è stato dichiarato parzialmente incostituzionale dalla Corte costituzionale con sentenza 19 ottobre 1992, n. 393.

¹³⁵⁾ Cfr. P. URBANI, op. cit., p. 55.

¹³⁶⁾ Per la verità, programmi integrati d'intervento e programmi di recupero urbano sono solo due esempi, essendo molto più lungo l'elenco di istituti che possono essere ricondotti alla categoria dei c.d. programmi complessi. Ed infatti possono menzionarsi anche i programmi di riqualificazione urbana, disciplinati dall'art. 2 della legge 17 febbraio 1992, n. 179; i programmi di riqualificazione urbana e di sviluppo sostenibile del territorio (P.r.u.s.s.t.), istituiti con decreto ministeriale 8 ottobre 1998; i programmi di riabilitazione urbana, previsti dall'art. 27 della legge 1° agosto 2002, n. 166. Si ricordino anche i programmi integrati di riqualificazione urbana, edilizia e ambientale

È, tuttavia, opportuno rilevare che se, da un punto di vista più generale, il successo di questi istituti trova giustificazione nella constatazione per cui un'azione amministrativa maggiormente propensa all'ascolto e al coinvolgimento del privato può portare non pochi vantaggi in termini di efficacia, efficienza, stabilità, nonché in ordine alle risorse disponibili, da un punto di vista più strettamente urbanistico, il fenomeno in esame rappresenta l'evidente tentativo di reagire al fallimento del sistema di pianificazione del territorio comunale affidato allo strumento del piano regolatore generale ⁽¹³⁷⁾.

Tale fallimento dipende essenzialmente da tutta una serie di carenze e limiti che interessano la struttura di tale istituto e che sono stati ampiamente messi in evidenza dalla dottrina. In particolare, la responsabilità maggiore viene da quest'ultima attribuita alla "razionalità" del piano regolatore generale. Questo perché la divisione del territorio da pianificare in zone omogenee e la determinazione, una volta per tutte, della loro destinazione d'uso si è rivelata tanto utile quanto controproducente. Nel senso che ad una maggiore certezza dei rapporti giuridici si contrappone l'incapacità di cogliere, o meglio il rischio di ignorare, "le esigenze e il fermento degli interessi e delle attività che possono manifestarsi in un arco di tempo medio-lungo, successivamente all'approvazione del piano urbanistico" ⁽¹³⁸⁾. È da questa prima ragione che, probabilmente, discendono alcuni dei più conosciuti problemi di ordine pratico legati alla formazione del piano. Si pensi, ad esempio, alla forte conflittualità dei soggetti coinvolti, alla grossa quantità di contenzioso amministrativo in materia, alla lunghezza e complessità dei procedimenti e al conseguente aumento dei relativi costi pubblici e privati. Infine, un ulteriore profilo di criticità

(P.r.u.e.a.), disciplinati dalla legge regionale veneta 1° giugno 1999, n. 23, la cui applicazione fu particolarmente diffusa nel corso del primo decennio del secolo.

¹³⁷⁾ In questo senso si è espresso F. GUALANDI, *Gli accordi nell'urbanistica negoziale con particolare riferimento all'art. 18 della Legge regionale dell'Emilia-Romagna n. 18/2000*, in *LexItalia.it*, n. 7-8, 2008, p. 2.

¹³⁸⁾ In questo senso si è espresso P. URBANI, *op. cit.*, p. 61.

ottiene sicuramente alla partecipazione dei soggetti privati al procedimento di formazione del piano, essendo questa garantita in sede comunale di adozione, anche se sottoforma di mero apporto collaborativo e non in quanto rimedio giuridico a tutela di qualificati interessi individuali, ma non essendolo invece in sede regionale di approvazione⁽¹³⁹⁾.

Dunque, alla base dell'enorme diffusione in materia di pianificazione urbanistica di istituti implicanti il raggiungimento di accordi tra soggetti pubblici e privati vi sono anche tutti questi motivi.

Pertanto, un così largo impiego della soluzione pattizia non è stato da tutti in dottrina giudicato opportuno. Vi è chi, infatti, sottolinea la dubbia conformità a principi costituzionali quali quello di imparzialità e di buon andamento di una modalità di azione che nel contesto in cui viene utilizzata finisce per favorire la realizzazione di interventi anche molto impattanti sul territorio ma del tutto sganciati da una programmazione complessiva e di più ampio respiro. In altre parole, "non si capisce perché si preferisca mantenere un modello che ha mostrato forti limiti, affiancando ad esso procedure speciali, volte in buona sostanza ad eludere o superare gli inconvenienti che in esso sono presenti, quando il legislatore potrebbe incidere su quel modello, per la via più semplice e diretta, riformando e snellendo il procedimento di formazione del piano regolatore"⁽¹⁴⁰⁾.

Ed in effetti è proprio questa la direzione verso cui sembrano essersi mosse alcune regioni, le quali hanno strutturato in maniera più o meno diversa lo strumento del piano regolatore generale, dimostrando così di volersi discostare dal modello unitario introdotto dalla legge del 1942, allo stesso tempo semplificando ed accelerando i relativi incombenzi procedurali. Più in particolare, in alcune leggi regionali tale

¹³⁹⁾ Cfr. A. CALEGARI, *Sul ruolo dei soggetti pubblici e privati nella formazione del p.r.g.*, in *Riv. giur. urb.*, n. 1-2, 2006, p. 167 e ss., che considera questo particolare profilo di criticità anche un elemento sintomatico dell'inesattezza della qualificazione del piano regolatore generale in termini di atto complesso.

¹⁴⁰⁾ Sul punto si veda A. CALEGARI, op. ult. cit., p. 172 e ss.

strumento è stato oggetto di un vero e proprio sdoppiamento, nel senso che l'unico piano urbanistico comunale è stato sostituito da un doppio livello di pianificazione, uno di lungo periodo, l'altro di breve periodo. Il primo livello è rappresentato dal piano c.d. strutturale, cui è demandata l'individuazione degli obiettivi strategici, delle finalità e delle invarianti, quindi delle fondamentali linee di sviluppo della pianificazione comunale. Il secondo livello, invece, è rappresentato dal piano c.d. operativo, con il quale viene esposto il progetto urbanistico di trasformazione di una determinata zona del territorio comunale ⁽¹⁴¹⁾. È necessario chiarire, però, che questo secondo piano non costituisce una mera e rigida attuazione di quanto prescritto dal piano strutturale, rappresentando, semmai, la sua continuazione. Perciò, le previsioni dell'uno vengono specificate, approfondite, ed eventualmente variate dalle previsioni dell'altro, in modo da meglio adeguare il disegno urbanistico alle nuove esigenze del territorio ⁽¹⁴²⁾.

È sempre in un'ottica di semplificazione delle procedure previste per la formazione degli strumenti di pianificazione che diverse regioni hanno manifestato il loro *favor* per l'urbanistica consensuale, sancendo espressamente la possibilità di accordi tra soggetti pubblici e privati in materia di pianificazione territoriale. La regione Veneto, ad esempio, all'art. 6 della legge regionale 23 aprile 2004, n. 11, stabilisce che tutti gli enti locali possono concludere accordi con soggetti privati *“per assumere nella pianificazione proposte di progetti ed iniziative di rilevante interesse pubblico”* al fine di determinare *“alcune previsioni del contenuto discrezionale degli atti di pianificazione territoriale ed urbanistica”*; il tutto ovviamente nel rispetto della legislazione e della

¹⁴¹⁾ Cfr. P. URBANI, op. cit. p. 60 e ss. che sinteticamente afferma che “il piano strutturale individua le regole del gioco, mentre il piano operativo esprime tutta la dinamicità della gara competitiva ma sempre finalizzata alla soddisfazione degli interessi pubblici generali”.

¹⁴²⁾ In questo senso si è espresso M.A. QUAGLIA, *Alcune considerazioni sulle tendenze evolutive della pianificazione urbanistica*, in *Dir. amm.*, n. 4, 2003, p. 832 e ss.

pianificazione sovraordinata, ma anche nel rispetto dei diritti dei terzi⁽¹⁴³⁾.

Da tale disposizione emerge chiaramente la volontà del legislatore regionale di legittimare l'impiego dello strumento dell'accordo previsto a livello generale dall'art. 11 della legge n. 241/1990 nell'ambito del più specifico contesto pianificatorio ed urbanistico. Ciò, ovviamente, ha reso necessario un leggero adattamento a tale diverso contesto di alcuni dei connotati essenziali della fattispecie.

Ed infatti permane la necessaria funzionalizzazione dell'accordo all'interesse pubblico, ma si tratta qui di un interesse pubblico, innanzitutto, spiccatamente urbanistico, cioè l'interesse della collettività ad un ordinato e organico assetto del territorio⁽¹⁴⁴⁾. Inoltre, proprio la finalizzazione dell'accordo ex art. 6 della legge regionale veneta n. 11/2004 alla concreta realizzazione di progetti ed iniziative private di "*rilevante interesse pubblico*" costituisce, secondo parte della dottrina, il criterio per individuare correttamente l'interesse cui il legislatore veneto ha voluto riferirsi: "un interesse qualitativamente specifico e speciale e, per questo, rilevante"⁽¹⁴⁵⁾.

Va, altresì, evidenziato come la norma, ammettendo la conclusione dell'accordo al solo fine della determinazione di "*alcune previsioni del contenuto discrezionale degli atti di pianificazione territoriale ed urbanistica*", dimostra di concepirlo come un accordo integrativo, lasciando tuttavia irrisolta la questione di un potenziale

¹⁴³⁾ Altre previsioni molto simili, se non pressoché identiche, sono contenute dall'art. 18 della legge regionale dell'Emilia-Romagna 24 marzo 2000, n. 20, che peraltro è stata la prima regione ad introdurre la fattispecie degli accordi in parola nella propria legislazione regionale, e dall'art. 12 della legge regionale dell'Umbria 22 febbraio 2005, n. 11.

¹⁴⁴⁾ Cfr. F. GUALANDI, *Gli accordi nell'urbanistica negoziale* cit., in *LexItalia.it*, n. 7-8, 2008, p. 4, che in proposito parla di "causa urbanistica". In realtà, tale espressione viene impiegata nell'ambito di un'analisi principalmente riferita alla disposizione di cui all'art. 18 della legge regionale dell'Emilia-Romagna n. 20/2000. Tuttavia, analoghe considerazioni possono valere anche per disposizione di cui all'art. 6 della legge regionale veneta n. 11/2004, essendo questa sostanzialmente identica.

¹⁴⁵⁾ Sul punto si veda G. PAGLIARI, *Gli accordi amministrativi* cit., p. 488 e ss.

accordo sostitutivo di tali atti. Questione di non poco conto se si considera il fatto che una sua soluzione in senso negativo significherebbe, come sottolinea parte della dottrina, ritenere non applicabile al procedimento di pianificazione urbanistica la regola generale che afferma l'alternatività tra provvedimento e accordo ⁽¹⁴⁶⁾.

In ogni caso, ciò non impedisce di riconoscere l'elevato grado di innovatività che connota una tale previsione. Essa, infatti, insieme alle disposizioni sostanzialmente analoghe introdotte da altre legislazioni regionali, ha consentito il superamento di quella stretta normativa rappresentata dall'art. 13 della legge n. 241/1990.

2.1 L'apparente ostacolo di cui all'art. 13 della legge n. 241/1990

La fissazione delle prescrizioni urbanistiche mediante strumenti implicanti una negoziazione tra soggetto pubblico e privato è stata oggetto di un lungo dibattito che, dopo l'entrata in vigore della legge sul procedimento amministrativo n. 241/1990, si è tutt'altro che placato. Se, infatti, da un lato, l'art. 11 ha fugato ogni dubbio in merito alla generale possibilità per la pubblica amministrazione di optare, nell'esercitare delle proprie potestà, per il modello consensuale rappresentato dall'accordo in alternativa a quello autoritativo e unilaterale rappresentato dal provvedimento amministrativo, dall'altro lato, l'art. 13 esclude l'applicazione dell'intero Capo III della suddetta legge *“all'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione”*, nonché ai procedimenti tributari, mantenendo ferme, tuttavia, le *“particolari norme che ne regolano la formazione”*.

Essendo l'art. 11 collocato proprio all'interno del Capo III dedicato alla partecipazione al procedimento amministrativo e ricadendo il piano regolatore generale e le sue varianti indubbiamente nelle categorie di atti elencate dall'art. 13, si dovrebbe

¹⁴⁶⁾ Cfr. F. GUALANDI, op. cit., p. 8

conseguentemente affermare l'inammissibilità di una determinazione consensuale del contenuto degli strumenti urbanistici generali.

Ed effettivamente in dottrina non mancano le voci che si muovono in tale direzione ⁽¹⁴⁷⁾, in particolare ponendo l'accento sul fatto che il legislatore statale negli anni ha sicuramente manifestato il proprio favore verso forme di collaborazione tra soggetti pubblici e privati, ma ha anche dimostrato di voler relegare il modello consensuale al momento puramente attuativo delle scelte urbanistiche generali già previamente assunte. Tale filone dottrinale, in altre parole, si serve della distinzione, comunemente accolta, tra accordi "a monte" e accordi "a valle" delle prescrizioni urbanistiche per individuare le ipotesi in cui la pubblica amministrazione nell'esercizio della sua funzione pianificatoria può ricorrere alla soluzione pattizia e, in quest'ordine di idee, una tale soluzione è senz'altro ammissibile qualora si tratti di disciplinare gli interventi per l'attuazione dell'assetto urbanistico di una certa area già unilateralmente determinato dall'amministrazione. Viceversa, prima di tale momento, un eventuale accordo in ordine alla fissazione delle prescrizioni urbanistiche sarebbe incompatibile con l'art. 13.

Questa tesi, dunque, dal combinato disposto dell'art. 11 e 13 della legge n. 241/1990 ricava un vero e proprio divieto di negoziazione tra privati e pubblica amministrazione di scelte inerenti alla pianificazione territoriale e urbanistica al di fuori di un ambito strettamente attuativo.

Tuttavia, come da autorevole dottrina acutamente osservato ⁽¹⁴⁸⁾, sono diverse le perplessità che, in senso contrario, è ben possibile

¹⁴⁷⁾ Cfr. F. SATTA e F. CARDARELLI, *Il contratto amministrativo*, in *Dir. amm.*, n. 2, 2007, p. 221; G. PAGLIARI, op. cit., p. 466 e ss., il quale testualmente afferma che "il principio in materia di accordi tra privati e P.A. nel campo dell'urbanistica, si evince dalla lettura combinata dei menzionati art. 11 e 13 della legge citata ed è un principio di esclusione, di non ammissibilità".

¹⁴⁸⁾ In questo senso si è espresso A. TRAVI, *Accordi fra i proprietari e comune per modifiche al piano regolatore ed oneri esorbitanti*, in *Foro It.*, vol. 5, 2002, p. 274 e ss.

sollevare in ordine alla reale portata di tale divieto; a partire innanzitutto dal fatto che, in maniera del tutto singolare, l'art. 13 della legge n. 241/1990 costituisce il minimo comun denominatore di istituti molto, forse troppo, diversi tra loro. Se, infatti, è piuttosto agevole comprendere le ragioni dell'esclusione dei procedimenti volti all'emanazione di determinati atti dall'ambito di operatività di alcuni istituti quali quelli della comunicazione di avvio del procedimento e dell'intervento, non altrettanto si può dire con riferimento ad istituti diversi ma ugualmente appartenenti al Capo III, tra cui proprio quello degli accordi pubblici. Istituto, quest'ultimo, che, peraltro, in base all'originario schema della Commissione Nigro avrebbe dovuto presentare una collocazione del tutto diversa, e cioè all'interno del capo dedicato alla semplificazione dell'azione amministrativa.

Quand'anche, però, ci si voglia soffermare unicamente sul dato certo della oggettiva e attuale sistemazione dell'art. 11 all'interno del Capo III della legge n. 241/1990, e quindi all'interno dell'area individuata dall'art. 13 della medesima legge, senza spingersi a dubitare in merito alla correttezza o scorrettezza di una tale sistemazione, risulta comunque difficile non considerare solo apparente l'esclusione sancita da quest'ultimo articolo. Il legislatore, infatti, parlando qui di procedimenti volti all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e programmazione, dimostra di volersi riferire ad ambiti di attività della pubblica amministrazione retti da norme dotate di una certa particolarità, ed è proprio una tale particolarità che rende inopportuna un'immediata e complessiva estensione anche agli stessi dei principi e delle garanzie previste a livello generale dalla legge n. 241/1990 in tema di partecipazione ⁽¹⁴⁹⁾.

¹⁴⁹⁾ Cfr. P. URBANI e S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto urbanistico* cit., p. 320 e ss., secondo i quali "tale scelta appare legata – secondo la lettera della disposizione – alla particolarità delle norme che reggono alcuni ambiti dell'attività della pubblica amministrazione e non certo un divieto che a tali ambiti di applichino quei principi". Si veda anche E. CASTORINA, *Considerazioni sui limiti costituzionali di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1, 1994, p. 89, e A. CALEGARI, *Sul ruolo dei soggetti pubblici* cit., p. 170.

Del resto, una tale prospettiva è accreditata dal medesimo art. 13, che in chiusura del primo comma afferma che a quei determinati atti continuano ad applicarsi le “*particolari norme che ne regolano la formazione*”.

Da tutto ciò consegue che dalla disposizione di cui all’art. 13 si può ricavare non tanto il divieto quanto piuttosto la non obbligatorietà per la pubblica amministrazione di garantire, nell’ambito dei procedimenti ivi elencati, la partecipazione dei soggetti privati nelle forme disciplinate dal Capo III, senza tuttavia escludere aprioristicamente che di tali forme l’amministrazione possa comunque fare impiego laddove risultassero maggiormente favorevoli. In altre parole, e con specifico riferimento all’aspetto degli accordi tra ente pubblico e soggetti privati in materia di pianificazione urbanistica, per quanto questa disposizione incida effettivamente sull’ambito di applicazione dell’art. 11, comunque non arriva al punto di impedire all’amministrazione di concludere con la controparte privata un accordo avente ad oggetto la fissazione di prescrizioni urbanistiche. Essa semplicemente esclude l’obbligo della prima di prendere in considerazione la proposta di accordo eventualmente avanzata dalla seconda, mantenendo però inalterata la facoltà della parte pubblica di procedere alla stipula ove lo ritenga opportuno ⁽¹⁵⁰⁾.

Questa, comunque, non è l’unica via percorribile per giungere ad affermare la rigidità solo apparente dell’esclusione di cui all’art. 13 della legge n. 241/1990. Va, infatti, tenuto a mente che durante la fase attuativa delle scelte urbanistiche generali già previamente assunte dall’amministrazione comunale l’impiego di uno strumento consensuale quale quello dell’accordo è senza ombra di dubbio da tutti considerato ammissibile. Coniugando un tale dato di fatto con il disposto dell’art. 25 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, che consente l’approvazione di strumenti attuativi anche in variante agli strumenti urbanistici generali, è agevole constatare come in realtà il limite in

¹⁵⁰⁾ Cfr. A. TRAVI, op. cit., p. 277.

parola risulti ormai superato dalla stessa disciplina urbanistica ⁽¹⁵¹⁾. A ciò, peraltro, si aggiunga che diverse regioni, nell'esercizio della propria competenza legislativa concorrente in materia di governo del territorio, hanno eliminato il problema alla radice riconoscendo espressamente l'ammissibilità di accordi tra pubblica amministrazione e privati volti a modificare il contenuto discrezionale dei piani urbanistici e l'applicabilità agli stessi delle regole stabilite in via generale dall'art. 11 della legge n. 241/1990 ove non diversamente previsto ⁽¹⁵²⁾.

3. La riconduzione delle convenzioni urbanistiche allo schema degli accordi *ex art. 11*

A fronte della diffusione degli accordi *ex art. 11* della legge n. 241/1990 in ambito urbanistico-edilizio, ed in particolare di quelli sostitutivi dello strumento di pianificazione urbanistica attuativa, è inevitabile interrogarsi in ordine alla sistemazione dogmatica delle convenzioni urbanistiche, essendo anch'esse atti fonte di prescrizioni urbanistiche frutto di una collaborazione tra ente pubblico e soggetto privato finalizzata al coordinamento dei rispettivi e contrapposti interessi. In altre parole, viene spontaneo chiedersi che tipo di rapporto intercorra tra le due fattispecie. Se si tratti di un mero rapporto di genere a specie ovvero se a differenziarle siano aspetti più complessi inerenti alla natura del potere esercitato dalla pubblica amministrazione o al legame sussistente tra provvedimento e contratto.

¹⁵¹⁾ Sul punto si veda P. URBANI e S. CIVITARESE MATTEUCCI, op. cit., p. 322; F. GUALANDI, op. cit., p. 1.

¹⁵²⁾ Chiaramente una tale argomentazione potrebbe non ritenersi decisiva allorché ci si spingesse addirittura ad individuare nel disposto dell'art. 13 della legge n. 241/1990 un principio fondamentale della materia del governo del territorio, in quanto tale vincolante per le regioni. Se così fosse, allora si dovrebbe concludere anche per l'incostituzionalità di tutte le leggi regionali che abbiano espressamente ammesso lo strumento consensuale quale mezzo idoneo a modificare il contenuto discrezionale dei piani urbanistici.

In proposito, assume rilevanza tutt'altro che secondaria l'impostazione più tradizionale che finisce per ricondurre la fattispecie convenzionale al modello contrattuale ⁽¹⁵³⁾. Più in particolare, secondo questa opzione interpretativa le convenzioni urbanistiche sarebbero dei veri e propri contratti attraverso i quali le parti, esercitando la propria autonomia negoziale, regolano gli aspetti patrimoniali connessi all'attuazione di un assetto del territorio determinato in via unilaterale mediante provvedimento dalla pubblica amministrazione competente. In questa prospettiva, dunque, le convenzioni urbanistiche avrebbero natura di contratti "accessivi" di provvedimento.

Una tale impostazione, tuttavia, ha dovuto necessariamente fare i conti con il diverso schema introdotto dal menzionato art. 11 che, di fatto, accorpa i due momenti decisori (quello negoziale e quello più propriamente pianificatorio) in un unico contesto procedimentale, nel quale il soggetto privato può sia partecipare alle scelte discrezionali dell'amministrazione sia concordare con essa le condizioni giuridico-economiche del rapporto. Si tratta di uno schema evidentemente più vantaggioso rispetto al precedente, e non soltanto sotto il profilo dell'efficienza e dell'economicità dell'azione amministrativa ma anche sotto il profilo della tutela giurisdizionale garantita alla controparte privata, essendoci un unico giudice competente (quello amministrativo) a conoscere di una qualsiasi questione controversa inerente all'accordo. Per questo motivo, e probabilmente anche alla luce della constatazione per cui si potrebbe in realtà ben affermare la totale immedesimazione tra convenzione e provvedimento di pianificazione essendo essi elementi inscindibili della fattispecie non considerabili disgiuntamente,

¹⁵³⁾ Per la natura contrattuale delle convenzioni cfr. V. MAZZARELLI, *Le convenzioni* cit., p. 277 e ss., secondo la quale le convenzioni urbanistiche si sono sempre atteggiate come contratti. L'autrice, però, si spinge oltre sottolineando come non si debba dare per scontato che si tratti di un contratto sinallagmatico, posto che alla base di una convenzione urbanistica non vi è una *traslatio*, nel senso che il privato non dà qualcosa all'amministrazione per avere in cambio beni disponibili solo da quest'ultima. Essendo lo scopo quello di organizzare e disciplinare beni di rilievo urbanistico, sarebbe più opportuno dare riferimento ad un contratto associativo.

ad oggi la giurisprudenza in modo unanime colloca espressamente le convenzioni urbanistiche tra gli accordi sostitutivi di provvedimento disciplinati dall'art. 11 della legge n. 241/1990 ⁽¹⁵⁴⁾.

Al contempo, però, autorevole dottrina ⁽¹⁵⁵⁾ non ha perso l'occasione per mettere in evidenza un interessante aspetto in grado di minare la certezza in ordine alla correttezza della qualificazione in termini di accordo *ex art. 11* della convenzione urbanistica.

Se ben si è compreso, tale riflessione attiene essenzialmente al diverso ruolo che spesso riveste il consenso del soggetto privato nell'ambito di una convenzione urbanistica rispetto a quello proprio del consenso del medesimo soggetto nell'ambito di un accordo più "classico" come quello che può intervenire tra proprietario espropriando e pubblica amministrazione. In questo secondo caso, infatti, la manifestazione di volontà del privato assomiglia più ad un'adesione preventiva all'operato dell'amministrazione che ad un consenso nel senso civilistico del termine. Questo perché in una tale circostanza il ricorso allo strumento dell'accordo non è affatto indispensabile, così come conseguentemente non lo è l'assenso del privato, posto che la pubblica amministrazione ben potrebbe ugualmente giungere alla soddisfazione dell'interesse pubblico per il tramite del provvedimento autoritativo. Diversamente, la volontà della controparte privata assume una veste "qualificata" qualora, nel determinare il più conveniente assetto del territorio mediante convenzione urbanistica, l'ente territoriale finisca per prevedere in capo al privato stesso oneri aggiuntivi rispetto a quelli previsti dalla legge. Infatti, affinché ciò avvenga, a detta dei giudici amministrativi, è necessario l'intervento del destinatario di tali oneri nel pieno della propria autonomia negoziale. Ove, viceversa, il potere pianificatorio

¹⁵⁴⁾ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 17 aprile 2009, n. 9151, in *Urb. e app.*, n. 10, 2009, p. 1185; Cass. civ., Sez. Un., 5 ottobre 2016, n. 19914, in *Riv. giur. ed.*, n. 5, 2016, p. 701; Cass. civ., Sez. Un., 11 maggio 2021, n. 12428, in *Foro it.*, n. 1, 2021; Cons. Stato, Sez. IV, 1° aprile 2011, n. 2040, in *Foro amm. C.d.S.*, n. 4, 2011, p. 1168.

¹⁵⁵⁾ Cfr. P. URBANI, *Urbanistica solidale* cit., p. 212 e ss.

non fosse supportato da tale intervento ne risulterebbe violato l'art. 23 Cost. che vieta l'imposizione di prestazioni personali o patrimoniali in assenza di un'apposita norma di legge ⁽¹⁵⁶⁾. Gli stessi giudici amministrativi, tuttavia, non chiariscono quale sia il meccanismo in grado di connettere l'esercizio del potere amministrativo all'esercizio del diritto di autodeterminazione negoziale da parte del privato.

Ecco, dunque, che emerge il punto focale della riflessione. In assenza di delucidazioni in merito due sono le alternative in gioco: o si estende l'accordo amministrativo tanto da consentirgli di regolare anche profili patrimoniali connessi al potere pianificatorio; ovvero si torna ad affermare la struttura contrattuale della convenzione collegata al provvedimento. La propensione per l'una o per l'altra conclusione dipende essenzialmente dall'accoglimento dell'una o dell'altra impostazione interpretativa riguardante la natura degli accordi *ex art. 11*. Apparirà, infatti, agevole la riconduzione della convenzione urbanistica alla categoria dell'accordo se già quest'ultimo viene costruito in termini contrattuali. Risulterà, invece, più opportuna la qualificazione della convenzione urbanistica come un contratto accessivo a provvedimento se, in chiave totalmente pubblicistica, si escludono profili patrimoniali dal contenuto dell'accordo ⁽¹⁵⁷⁾.

4. La perequazione urbanistica

Nell'ambito di un discorso inerente al tema dell'urbanistica consensuale non appare inappropriato un qualche accenno al fenomeno della perequazione urbanistica, posto che tra i suoi tradizionali obiettivi annovera anche quello di consentire alla pubblica amministrazione di dare soddisfazione alle esigenze della città pubblica disponendo senza oneri di aree e servizi grazie a meccanismi implicanti il diretto coinvolgimento e la ricerca del consenso dei soggetti privati.

¹⁵⁶⁾ Cfr. T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 12 ottobre 2010, n. 4026, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. IV, 13 luglio 2010, n. 4542, in *Riv. giur. ed.*, n. 5, 2010, p. 1567.

¹⁵⁷⁾ In questo senso P. URBANI, *op. cit.*, p. 217 e 218.

Attraverso il principio perequativo il nostro ordinamento ha potuto reagire ad alcuni fattori di criticità che da sempre interessano l'attività di pianificazione urbanistica e che progressivamente hanno assunto grande rilevanza. Tra questi vi è, in primo luogo, la generale insoddisfazione provocata dal sistema classico della zonizzazione, consistente nella rigida suddivisione del territorio comunale in zone monofunzionali e considerato colpevole di comportare in molti casi una diversità di trattamento tra proprietari avvantaggiati dalla pubblica amministrazione in ordine alla edificabilità dei suoli e proprietari svantaggiati perché colpiti da disposizioni vincolistiche o comunque riduttive della capacità edificatoria. A ciò, poi, si deve aggiungere la problematica applicazione della risalente disciplina dei vincoli urbanistici. In linea teorica, infatti, all'apposizione, ad opera delle disposizioni di piano, del vincolo urbanistico a garanzia degli *standards* urbanistici dovrebbe far seguito l'espropriazione delle aree e la conseguente realizzazione delle opere di urbanizzazione. Ma nella pratica, anche a causa delle insufficienti risorse finanziarie dei Comuni, ciò non sempre avviene, anzi molto spesso si ha la reiterazione del vincolo che tende a discriminare i proprietari delle aree ad esso sottoposte, essendo vietato loro di sfruttare la capacità edificatoria del bene immobile di cui sono titolari ⁽¹⁵⁸⁾.

Appare, però, sin da subito opportuno fare una considerazione preliminare: quella della pianificazione urbanistica è un'attività il cui esercizio provoca inevitabilmente una qualche disparità di trattamento, posto che è molto difficile, se non impossibile, pianificare l'uso del territorio senza attribuire a ciascuna delle sue parti una destinazione diversa e senza valorizzarne alcune mettendone altre più o meno direttamente al servizio delle prime ⁽¹⁵⁹⁾. La stessa giurisprudenza

¹⁵⁸⁾ Cfr. M. RAGAZZO, *Pianificazione e perequazioni urbanistiche: il caso del PRG di Roma*, in *Urb. e app.*, n. 9, 2010, p. 1094; M. MIGLIORANZA, *Le funzioni delle zone e degli edifici. Individuazione e conseguenze*, in *Riv. giur. ed.*, n. 6, 2005, p. 275.

¹⁵⁹⁾ In questo senso si è espresso P. STELLA RICHTER, *Manuale breve di diritto urbanistico*, Giuffrè, 2014, p. 55.

amministrativa più volte non ha mancato di mettere in evidenza questo tratto caratterizzante la pianificazione urbanistica, considerando una certa dose di disuguaglianza ad essa del tutto connaturale ⁽¹⁶⁰⁾.

Se così è, allora nemmeno il fenomeno della perequazione (che letteralmente significa proprio pareggiamento, distribuzione più equa) può raggiungere l'obiettivo di rendere totalmente indifferenti i proprietari rispetto alle scelte di pianificazione. Non per niente in dottrina il modello perequativo tradizionale viene concepito come un "mezzo" non tanto per eliminare, quanto piuttosto per neutralizzare le sperequazioni tipiche della pianificazione urbanistica; in particolare, "da un lato, la sperequazione relativa, derivante dalla zonizzazione per cui beni immobili pur destinati allo sviluppo edilizio e versanti nelle medesime condizioni in quanto a ubicazione, morfologia ed estensione sono oggetto di differenziazione nei diritti edificatori; dall'altro, la sperequazione assoluta, derivante dalla descritta vicenda dei vincoli urbanistici tendente a destinare le stesse aree a servizi pubblici" ⁽¹⁶¹⁾.

Ad ogni modo, è il principio egualitario che sta alla base della più classica perequazione urbanistica, cioè quella che, di fronte all'inerzia del legislatore statale, alcune regioni hanno previsto nelle rispettive leggi urbanistiche e alcuni comuni hanno introdotto nei loro piani regolatori, puntando così a ridurre le discriminazioni tra i proprietari delle aree oggetto di trasformazione, attraverso la redistribuzione tra gli stessi sia dei vantaggi connessi all'edificazione sia degli oneri pubblici delle urbanizzazioni.

Più in particolare, in forza del meccanismo perequativo, oltre alla tradizionale fase di conformazione della proprietà, implicante l'assegnazione a ciascuna area di una specifica destinazione d'uso e di

¹⁶⁰⁾ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 14 aprile 1981, n. 367, in *Foro amm.*, n. 5, 1981, p. 851 e ss., ove la Corte afferma testualmente che "una diversità di trattamento tra le varie zone è insita nella pianificazione urbanistica e la sperequazione che ne consegue è legittima ove trovi la sua giustificazione nella natura intrinseca della zona, che la rende più o meno adatta al perseguimento di finalità sociali".

¹⁶¹⁾ Sul punto si veda P. URBANI, op. cit., p. 141 e 142.

una capacità edificatoria effettiva, si procede alla distribuzione di una uniforme edificabilità meramente potenziale a tutte le aree, comprese quelle qualificate dal piano come non edificabili. Assegnando indistintamente a tutti i proprietari una certa quota di edificabilità vengono neutralizzate le c.d. rendite di posizione. Questo perché se, da un lato, gode della facoltà di costruire sempre e solo chi è titolare di un'area dotata di una capacità edificatoria effettiva, dall'altro lato, quest'ultima va necessariamente messa a confronto con quella meramente potenziale. E se l'edificabilità potenziale dell'area risulta inferiore a quella effettiva riconosciuta dal piano, il relativo proprietario, per poter sfruttare a pieno quest'ultima, sarà costretto ad acquistare una parte di cubatura da chi non può utilizzarla direttamente perché proprietario di un'area qualificata dal piano come non edificabile⁽¹⁶²⁾.

L'ambito di attuazione di un tale meccanismo, però, può variare. Nel senso che può interessare un singolo comparto o zona, così come un'area più vasta, che può addirittura coincidere con l'intero territorio comunale. Nel primo caso si parla comunemente di perequazione parziale o di comparto; mentre nel secondo caso si parla comunemente di perequazione (più o meno) generalizzata. In entrambe le ipotesi si può chiaramente individuare lo schema sopra esposto in termini generali, ma la minore o maggiore ampiezza dell'ambito territoriale interessato dalla trasformazione impone dei necessari adeguamenti operativi.

A livello di comparto, infatti, è rimessa ai proprietari la determinazione del miglior assetto dell'intero territorio perequato nel rispetto delle indicazioni contenute nel piano regolatore generale e, dovendo essere la trasformazione necessariamente unitaria, essi si riuniscono in un consorzio in modo da accordarsi in ordine al trasferimento e alla conseguente distribuzione delle quote di

¹⁶²⁾ Cfr. P. STELLA RICHTER, op. cit., p. 58 e ss.; ID., *La perequazione urbanistica*, in *Riv. giur. ed.*, n. 4, 2005, p. 385 e ss.

edificabilità assegnate al comparto nelle varie aree a ciò destinate. In un tale contesto l'amministrazione comunale svolge una funzione di mero controllo in ordine alla corretta realizzazione delle scelte di pianificazione da parte dei soggetti privati, eventualmente concludendo con essi un accordo avente ad oggetto gli impegni rispettivamente assunti.

A livello urbano, invece, la perequazione coinvolge aree anche non contigue e suscettibili di trasformazioni in tempi differenti a seguito di iniziative del tutto autonome. In questo caso, dunque, il meccanismo perequativo appare più complesso da attuare poiché implica l'individuazione di un'apposita area (c.d. di atterraggio) in cui possano trasmigrare ed essere impiegati i crediti edilizi riconosciuti dall'amministrazione comunale al proprietario in cambio della cessione concordata dell'area (c.d. di partenza) di cui era titolare⁽¹⁶³⁾. Da un tale schema operativo il Comune esce ovviamente avvantaggiato, riuscendo ad ottenere gratuitamente la proprietà di aree, terreni o immobili evitando, invece, il pagamento dell'indennità di espropriazione. Al contempo, però, è dal Comune stesso che dipende la concreta riuscita dell'operazione, possibile soltanto laddove al proprietario dell'area di atterraggio venga assegnato un indice di capacità edificatoria effettiva abbastanza basso da rendere per lui sconveniente la realizzazione dell'intervento in assenza di un accordo con chi ha dei crediti edilizi da spendere⁽¹⁶⁴⁾.

¹⁶³⁾ Meccanismo molto simile è quello che sta alla base dell'istituto della compensazione urbanistica, impiegato soprattutto come rimedio all'apposizione di vincoli urbanistici espropriativi, divenuti ormai insostenibili finanziariamente per i Comuni. La compensazione urbanistica, infatti, interviene in alternativa all'indennizzo espropriativo monetario, previa cessione del bene, attraverso l'attribuzione di quote di edificabilità da spendere in altre aree o la permuta con altre aree. Sul punto si veda P. URBANI, op. cit., p. 150 e ss.

¹⁶⁴⁾ In proposito emblematico è il caso che ha visto come protagonista il Comune di Buccinasco: si veda T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 17 settembre 2011, n. 4671, in *Riv. giur. ed.*, n. 5-6, 2009, p. 1859 e ss.

Non va, poi, dimenticato che se la perequazione di comparto è pacificamente sorretta da una base normativa ⁽¹⁶⁵⁾, sotto questo profilo alcune perplessità sorgono con riferimento alla perequazione generalizzata ⁽¹⁶⁶⁾. Questa, infatti, prevedendo il riconoscimento di facoltà edificatorie connesse alla titolarità di una specifica area che non possono essere esercitate nell'area medesima ma che possono essere cedute ad altro proprietario come diritti a sé stanti, incide profondamente sul contenuto astratto del diritto di proprietà e sul regime della pubblicità dei trasferimenti immobiliari, quindi su di una materia (il diritto privato) che è riservata alla potestà legislativa esclusiva statale. Necessario, dunque, sarebbe un intervento del legislatore volto a disciplinare il fenomeno giuridico in sé, senza limitarsi, come ha fatto, a regolare il regime pubblicitario della fattispecie ⁽¹⁶⁷⁾.

4.1 segue: l'evoluzione pratica del concetto di perequazione

È, a questo punto, opportuno sottolineare come, in realtà, la forma più classica di perequazione urbanistica che finora abbiamo preso in considerazione, cioè quella che attraverso la ripartizione dei diritti e degli oneri tra i proprietari degli immobili interessati da un intervento di trasformazione del territorio mira ad elidere le ingiustificate disparità di trattamento tra gli stessi, non è l'unica forma di perequazione diffusa nella prassi delle amministrazioni comunali. Esse, infatti, dovendo ovviare alla sempre più grave carenza di risorse e, quindi, all'oggettiva

¹⁶⁵⁾ Si tratta dell'art. 23 della legge urbanistica n. 1150/1942 e dell'art. 870 c.c. che disciplinano l'istituto del comparto edificatorio, considerato l'archetipo della perequazione urbanistica.

¹⁶⁶⁾ Cfr. P. URBANI, op. cit., p. 189 e ss.; P. STELLA RICHTER, *La perequazione* cit., n. 171 e ss.

¹⁶⁷⁾ Il legislatore, infatti, con l'art. 5, comma 3, del D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, in L. 12 luglio 2011, n. 106, ha introdotto il comma 2 bis dell'art. 2643 c.c. in base al quale sono atti soggetti a trascrizione "i contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale".

incapacità di provvedere ad interventi anche imprescindibili sul territorio, hanno iniziato ad inserire nelle rispettive pianificazioni urbanistiche svariate forme di contribuzione imposte ai privati proprietari in ragione del vantaggio loro assicurato mediante l'attribuzione di nuova edificabilità. Sostanzialmente, in base a tali regolamentazioni urbanistiche il proprietario dell'area a cui, per effetto della pianificazione urbanistica comunale, viene riconosciuta una certa edificabilità è tenuto a condividere parte di questo suo vantaggio con la comunità, cedendo una percentuale dell'edificabilità o dell'area, realizzando direttamente le opere pubbliche ovvero versando un controvalore in denaro.

È evidente, tuttavia, che si ha qui a che fare con uno schema operativo che, per quanto venga generalmente classificato in tali termini, appare difficilmente riconducibile al fenomeno della perequazione urbanistica o, quanto meno, alla concezione tradizionale di quest'ultimo, posto che il nucleo del meccanismo in questo caso non è rappresentato dalla ricerca di un punto di equilibrio tra più proprietari discriminati dalle scelte pianificatorie, bensì dal bilanciamento di interessi tra il soggetto avvantaggiato dalla trasformazione urbanistica e la collettività rappresentata dall'amministrazione locale⁽¹⁶⁸⁾.

Peraltro, pur ammettendo una sua qualificazione in termini di perequazione, non pochi erano i dubbi che inizialmente vennero da più parti sollevati in ordine alla conformità al vigente quadro costituzionale di questa pratica, legittimata a livello meramente regionale e attuata a livello locale, dello scambio tra l'edificabilità concessa dalla pubblica amministrazione e il contributo versato, in opere o in denaro, dal privato proprietario. Più in particolare, in dottrina si poneva l'accento sulla

¹⁶⁸⁾ In questo senso si sono espressi S. BIGOLARO e G. PIVA, *Perequazione urbanistica e art. 23 della Costituzione: la necessità di una norma di legge statale*, in *Riv. dir. trib.*, n. 5, 2013, p. 545, secondo i quali “sotto tale profilo, piuttosto che di perequazione si potrebbe parlare – più direttamente – di ripartizione con l'amministrazione pubblica dei benefici che derivano al privato dalle scelte urbanistiche di quest'ultima (ripartizione che prescinde da logiche più ampie di comparto, che dovrebbero invece caratterizzare la perequazione in senso proprio)”.

portata dell'incisione che una tale operazione determinava sui diritti del proprietario e sull'assenza di una qualche disposizione di legge che ne potesse giustificare il compimento, per sostenere il contrasto sussistente tra questa particolare forma di perequazione e i principi sanciti dagli articoli 23 e 42 della Costituzione, oltre alla sua incompatibilità con la riserva di competenza legislativa statale prevista dall'art. 117 Cost. in materia di proprietà privata ⁽¹⁶⁹⁾.

Conclusione che, per di più, non venne prospettata solo da autorevole dottrina, ma anche dai giudici amministrativi del T.A.R. del Lazio nel 2010 con specifico riferimento al contributo straordinario e agli altri strumenti perequativi e compensativi previsti dal nuovo piano regolatore generale del Comune di Roma ⁽¹⁷⁰⁾, ma che venne poco dopo sconfessata dal Consiglio di Stato, che offrì una discutibile giustificazione in ordine alla legittimità di quelle stesse disposizioni

¹⁶⁹⁾ Cfr. S. BIGOLARO e G. PIVA, op. ult. cit., p. 547, secondo cui “i dubbi maggiori si pongono, evidentemente, per quelle discipline urbanistiche locali che consentono al privato di ottenere una cubatura edificabile dietro corresponsione di somme di denaro”. In tali casi “si deve valutare quale sia (se vi sia) la relazione tra la corresponsione di denaro e l'intervento edilizio assentito; perché, se la corresponsione soddisfa soltanto la necessità dei Comuni di acquisire delle risorse economiche, allora la logica di simili disposizioni non pare difendibile”.

Si veda anche I. CACCIAVILLANI, *L'ultimo tabù dell'urbanistica: la perequazione*, in *Riv. giur. ed.*, n. 3, 2010, p. 867 e ss., che giunge ad affermare la assoluta nullità per mancanza di causa degli eventuali atti traslativi della proprietà al Comune stipulati a titolo di perequazione urbanistica perché in contrasto con quanto stabilito dalla Corte costituzionale nella nota sentenza n. 5 del 1980, e cioè con il principio per cui l'edificabilità costituisce una *qualitas fundi*, insita ed immanente nel diritto di proprietà, spettando alla pubblica amministrazione solo di disciplinarne in concreto l'esercizio; A. TRAVI, *Accordi fra i proprietari e comune* cit., p. 278 e ss., ove l'autore non tratta nello specifico il tema della perequazione urbanistica ma prende in considerazione, da un punto di vista più generale, il ruolo del consenso delle parti in un accordo, chiedendosi se esso possa costituire un titolo sufficiente per gli obblighi imposti al privato.

¹⁷⁰⁾ Cfr. le sentenze del T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-bis, del 4 febbraio 2010 e del 17 febbraio 2010, rispettivamente n. 1524 e n. 2383, in *Urb. e app.*, n. 9, 2010, p. 1087, con commento di M. RAGAZZO, *Pianificazione e perequazione urbanistica* cit., p. 1088 e ss.

previste dallo strumento urbanistico della Capitale ma censurate dal giudice di primo grado ⁽¹⁷¹⁾.

Una tale giustificazione venne poi utilizzata anche al di fuori di quello specifico caso concreto per sostenere la liceità della perequazione contributiva intesa come fenomeno generale. Da quel momento, infatti, si iniziò a ricostruire l'intera operazione quale frutto di un semplice accordo stipulato tra la pubblica amministrazione, disposta ad assegnare edificabilità aggiuntiva, e il privato proprietario, disposto a versare, in cambio, un contributo in opere o in denaro. Così facendo, cioè riportando il tutto sul piano della consensualità, risultò più agevole negare l'unilaterale imposizione, ad opera della prima nei confronti del secondo, di una qualsiasi prestazione patrimoniale in assenza di una apposita disposizione di legge. Tuttavia, nemmeno questa giustificazione fu in grado di scalfire l'orientamento dottrinale che finiva per individuare a fondamento del modello perequativo in parola non un accordo, bensì un'indebita imposizione dell'amministrazione in contrasto con l'art. 23 Cost. Tant'è vero che tra i commentatori vi era chi dimostrava di assumere una posizione critica dinnanzi ad una tale ricostruzione interpretativa. Più in particolare, si metteva in luce l'elevato grado di opinabilità che la contraddistingueva evidenziando il legame sussistente tra la contribuzione prevista da molti strumenti urbanistici e il classico modello dell'azione della pubblica

¹⁷¹⁾ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 13 luglio 2010, n. 4545, in www.dejure.it, ove la Corte afferma che gli oneri patrimoniali correlati agli istituti perequativi previsti dal P.R.G. del Comune di Roma non sono prestazioni patrimoniali imposte e, conseguentemente, non ravvisa alcuna violazione dell'art. 23 Cost. Per giungere ad una tale conclusione i Giudici di Palazzo Spada hanno fatto leva sulla possibilità, contemplata dal nostro ordinamento, di far ricorso a strumenti negoziali e consensuali per perseguire obiettivi di pubblico interesse; facoltà che trova la propria copertura normativa nel combinato disposto degli artt. 1, comma 1 *bis*, e 11 della legge n. 241/1990. Dunque, partendo da questa facoltà legislativamente prevista la Corte afferma che "è proprio la natura facoltativa degli istituti perequativi *de quibus*, nel senso che la loro applicazione è rimessa a una libera scelta degli interessati, a escludere che negli stessi possa ravvisarsi una forzosa ablazione della proprietà nonché, nel caso del contributo straordinario, che si tratti di prestazione patrimoniale imposta in violazione della riserva di legge *ex art. 23 Cost.*".

amministrazione, posto che quest'ultima “decide preliminarmente non solo quando e dove imporre la contribuzione perequativa, ma anche in che misura applicarla, lasciando al privato soltanto la scelta di non aderire all'imposizione (ma non costruire) o di costruire, sì, ma dopo averla supinamente accettata”⁽¹⁷²⁾.

Per la verità, l'evidente incertezza che caratterizzava questo contesto ha spinto più volte il legislatore ad intervenire, ed è proprio nell'ambito di uno di questi tentativi che nel 2014 è stata introdotta una specifica disposizione apparentemente in grado di riempire quel vuoto normativo che fino ad allora aveva impedito di considerare costituzionalmente legittima la perequazione contributiva. Più in particolare, in tale anno, mediante il Decreto-Legge 12 settembre 2014, n. 133, convertito con modificazioni in Legge 11 novembre 2014, n. 164, è stato aggiunto un nuovo comma all'art. 16 del Testo Unico dell'edilizia (d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380) sul contributo di costruzione⁽¹⁷³⁾. È, tuttavia, opportuno rilevare che questa nuova disposizione se, da un lato, apporta un minimo di certezza prevenendo espressamente la possibilità per l'amministrazione comunale di imporre un “contributo straordinario” in caso di attribuzione di nuova edificabilità, dall'altro lato, porta con sé ulteriori complicazioni, poiché

¹⁷²⁾ In questo senso si è espresso A. CALEGARI, *La perequazione urbanistica: tabù, illusione o concreta opportunità di ripensare il potere di conformazione della proprietà privata?*, in *Scritti in onore di Ivone Cacciavillani*, 2018.

Si veda anche S. BIGOLARO e G. PIVA, *Perequazione urbanistica e art. 23 della Costituzione* cit.

¹⁷³⁾ Ai sensi del nuovo comma 4, lett. d *ter*), art. 16, d.P.R. n. 380/2001 “L'incidenza degli oneri di urbanizzazione primaria e secondaria è stabilita con deliberazione del consiglio comunale in base alle tabelle parametriche che la regione definisce per classi di comuni in relazione (...) alla valutazione del maggior valore generato da interventi su aree o immobili in variante urbanistica o in deroga. Tale maggior valore, calcolato dall'amministrazione comunale, è suddiviso in misura non inferiore al 50 per cento tra il comune e la parte privata ed è erogato da quest'ultima al comune stesso sotto forma di contributo straordinario, che attesta l'interesse pubblico, in versamento finanziario, vincolato a specifico centro di costo per la realizzazione di opere pubbliche e servizi da realizzare nel contesto in cui ricade l'intervento, cessione di aree o immobili da destinare a servizi di pubblica utilità, edilizia residenziale, sociale od opere pubbliche”.

sembra alimentare l'idea per cui quella dei Comuni non sarebbe una semplice facoltà bensì un vero e proprio dovere il cui mancato adempimento potrebbe generare un danno erariale ⁽¹⁷⁴⁾.

Per quanto ambigua, questa norma comunque è dotata di grossa rilevanza, poiché non pone un freno, al contrario fomenta la tendenza delle amministrazioni comunali ad impiegare, nell'ambito della pianificazione territoriale, strumenti implicanti uno scambio tra destinazione utile e contribuzione straordinaria, parlando in proposito di fenomeno perequativo nonostante nella pratica siano completamente diverse le ragioni che ne giustificano l'utilizzo.

¹⁷⁴⁾ Sul punto si veda A. CALEGALI, *La perequazione urbanistica* cit., che definisce la nuova disposizione di cui all'art. 16, comma 4, lett. d *ter*), d.P.R. n. 380/2001 una "comoda illusione" oltretutto "pericolosa".

CAPITOLO TERZO

LA GIURISDIZIONE ESCLUSIVA DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO IN TEMA DI ACCORDI

1. Giurisdizione esclusiva ed accordi: il particolare criterio di riparto

L'art. 11 della legge n. 241/1990 nella sua originaria formulazione presentava un quinto comma in cui si disponeva l'affidamento alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di tutte le controversie in cui fosse coinvolto un accordo. È necessario parlare al passato poiché questa disposizione è stata poi abrogata per effetto dell'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo⁽¹⁷⁵⁾. Tuttavia, con tale abrogazione si voleva soddisfare un'esigenza puramente formale, cioè quella di dare alla norma una collocazione più opportuna. Sicché ad oggi è ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. a), n. 2 c.p.a. che le controversie in materia di *“formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo e degli accordi fra pubbliche amministrazioni”* sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁽¹⁷⁶⁾.

In più di trent'anni di esistenza sul piano giuridico, dunque, non si è registrata alcuna modifica tale da incidere sul nucleo sostanziale di questa norma, seppur da diverse parti siano state sollevate alcune perplessità in ordine a quanto da essa disposto.

Risulta, in effetti, evidente la particolarità del criterio impiegato in questo specifico caso dal legislatore per includere la controversia

¹⁷⁵⁾ Si tratta, più precisamente, del Decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104

¹⁷⁶⁾ È, dunque, l'art. 133 c.p.a. a contenere l'elenco (non tassativo, giacché il comma 1 fa salve *“ulteriori previsioni di legge”*) di tutte le materie attualmente devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Per un approfondimento sul tema si veda V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, 1988; ID. *Giurisdizione esclusiva e pienezza di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4, 1989, p. 623 e ss.; A. POLICE, *Le forme della giurisdizione*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2020, p. 105 e ss.

all'interno del perimetro della giurisdizione esclusiva. Infatti, la competenza del giudice amministrativo in sede esclusiva viene qui affermata in forza del mero coinvolgimento nella controversia di un determinato tipo di atto di esercizio del potere⁽¹⁷⁷⁾, ponendosi, tuttavia, in parziale contrasto con il dettato dell'art. 103 Cost.⁽¹⁷⁸⁾. Più in particolare, ai sensi di quest'ultimo articolo alcune controversie vanno riconosciute come di competenza giurisdizionale esclusiva del giudice amministrativo perché inerenti a "*particolari materie*", ma gli accordi ex artt. 11 e 15 della legge n. 241/1990 non identificano una materia, nel senso che non vengono impiegati dalla pubblica amministrazione per perseguire uno specifico e prestabilito interesse pubblico. Essi, semmai, rappresentano una modalità di svolgimento dell'azione amministrativa, alternativa a quella unilaterale ed autoritativa, cui l'amministrazione può ricorrere a prescindere dalla materia nell'ambito della quale si trova ad agire⁽¹⁷⁹⁾.

Pur non potendo effettivamente definire l'accordo una materia a causa della sua trasversalità, vi è comunque un altro argomento su cui far leva per poter affermare il superamento di un siffatto contrasto. È, infatti, opportuno tenere a mente che la *ratio* su cui il legislatore fonda l'inclusione delle controversie coinvolgenti l'accordo all'interno del

¹⁷⁷⁾ Cfr. Cass., Sez. Un., 11 agosto 1997, n. 7452, in *www.dejure.it*, che in motivazione sottolinea come il comma 5 dell'art. 11 della legge n. 241/1990 "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".

Si veda anche Cass., Sez. Un., 12 marzo 2001, n. 105, in *www.dejure.it*, che sempre in motivazione puntualizza come "ai fini dell'attribuzione del giudice amministrativo della giurisdizione esclusiva di cui trattasi, non rileva il criterio della 'materia' (adottato invece, ad esempio, dal d.lgs. n. 80 del 1998 negli artt. 33 e 34, poi riprodotti dalla legge n. 205/2000), bensì il criterio della tipologia dell'atto destinato al perseguimento del pubblico interesse".

¹⁷⁸⁾ In base al comma 1 dell'art. 103 "*Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi*".

¹⁷⁹⁾ Cfr. E. FOLLIERI, *La tutela nei contratti della Pubblica Amministrazione nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2, p. 301.

perimetro della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è la medesima che deve governare l'individuazione delle “*particolari materie*” cui si riferisce l'art. 103 Cost.; *ratio*, peraltro, a cui proprio quest'ultimo articolo ha dato rilievo costituzionale. Si tratta dell'esigenza di individuare un giudice unico che sia competente a conoscere quelle controversie connotate da un inestricabile intreccio di posizioni di diritto soggettivo e di interesse legittimo. Ciò consente di agevolarne la risoluzione che, al contrario, risulterebbe gravemente ostacolata se permanesse il normale criterio di riparto delle giurisdizioni basato sulla consistenza delle situazioni giuridiche soggettive ⁽¹⁸⁰⁾.

Se così è, allora è ben possibile affermare la legittimità costituzionale del particolare criterio di conferimento della giurisdizione esclusiva impiegato dal legislatore originariamente all'interno del comma 5 dell'art. 11 della legge n. 241/1990 e attualmente all'interno dell'art. 133, comma 1, lett. a), n. 2 c.p.a. È indubbio, infatti, che la contemporanea presenza di profili sia pubblicistici sia privatistici all'interno della figura dell'accordo apporti una certa coerenza al riconoscimento legislativo della competenza del giudice amministrativo in sede esclusiva in ordine alle relative controversie. In altre parole, nel momento in cui l'esercizio del potere amministrativo non si concretizza in un provvedimento bensì in un accordo, è giusto che sia il giudice costituzionalmente designato come competente a conoscere sia di diritti soggettivi sia di interessi legittimi ad occuparsi delle relative questioni controverse eventualmente sollevate, posto che le vicende costitutive ed esecutive dell'accordo stesso incontestabilmente incidono su entrambe le posizioni giuridiche.

Chiaramente una simile conclusione presuppone una ricostruzione interpretativa dell'istituto che ammetta la presenza in esso di rilevanti connotati propri del campo pubblicistico. Viceversa, “un'interpretazione esclusivamente privatistica dell'intero istituto,

¹⁸⁰⁾ In questo senso si è espresso G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, p. 278.

ovvero anche solo della sua fase d'esecuzione, implicherebbe ineluttabilmente l'illegittimità costituzionale" della disposizione in parola di cui all'art. 133 c.p.a. ⁽¹⁸¹⁾.

1.1 La rilevanza della sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale e l'*obiter dictum* in tema di accordi

Nonostante siano passati diversi anni dalla sua pubblicazione, è ancora ben possibile riconoscere l'attualità delle riflessioni esposte dalla Corte costituzionale all'interno dell'ormai famosa sentenza 6 luglio 2004, n. 204 ⁽¹⁸²⁾. Seppur in essa il giudice delle leggi abbia principalmente trattato il più generale tema dell'assetto complessivo della giurisdizione amministrativa passando poi a quello più specifico della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, è piuttosto utile anche ai nostri fini essere a conoscenza dei contenuti di questa importante pronuncia. Infatti, nel percorso argomentativo seguito dalla Corte per giungere ad affermare l'illegittimità costituzionale di una parte degli articoli 33 e 34 del Decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, si possono isolare dei passaggi idonei a costituire una conferma della conclusione appena sostenuta e, quindi, della legittimità costituzionale della disposizione di cui (oggi) all'art. 133 c.p.a. che attribuisce al giudice amministrativo in via esclusiva la competenza in ordine alle controversie coinvolgenti accordi *ex artt.* 11 e 15 della legge n. 241/1990, nonostante, è opportuno sottolinearlo, si sia trattato di un mero *obiter dictum*, dato che la questione non era stata sollevata dai giudici rimettenti.

¹⁸¹⁾ Cfr. G. GRECO, op. cit., p. 279.

¹⁸²⁾ Cfr. Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204, in *Dir. proc. amm.*, n. 3, 2004, p. 799 e ss. Per una spiegazione commentata di tale sentenza si veda L. MAZZAROLLI, *Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte costituzionale ne ridisegna l'ambito*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1, 2005, p. 214 e ss.; *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "riletta" dalla Corte costituzionale*, con i commenti di M. CLARICH, A. POLICE, B.G. MATTARELLA, A. PAJNO, in *Giorn. dir. amm.*, n. 9, 2004, p. 969 e ss.

Si tratta di una sentenza molto ampia e argomentata in cui la Corte costituzionale esordisce affermando due principi, ricavabili dalla Costituzione, su cui si fonda l'intero assetto della giurisdizione amministrativa. Infatti, in primo luogo richiama e ribadisce il principio dell'unicità della giurisdizione, sancito a livello costituzionale dall'art. 102 Cost. e alla luce del quale la funzione giurisdizionale deve essere esercitata da magistrati ordinari. In secondo luogo, la Corte ricorda come l'Assemblea costituente abbia “riconosciuto al giudice amministrativo piena dignità di giudice ordinario per la tutela, nei confronti della pubblica amministrazione, delle situazioni soggettive” di interesse legittimo ⁽¹⁸³⁾, in tal modo riconoscendo la perdurante validità del criterio basato sulla consistenza delle situazioni giuridiche soggettive per il riparto delle competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo.

Solo dopo aver fatto queste fondamentali considerazioni di partenza la Corte costituzionale passa al tema della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo affrontando la principale questione sollevata dai giudici rimettenti, cioè quella dei limiti costituzionali posti alla discrezionalità del legislatore ordinario nel disciplinare l'area della giurisdizione esclusiva in deroga al generale criterio di riparto fondato sulla distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi. In proposito, essa pur ammettendo la suscettibilità di modifiche propria del quadro di ripartizione delle competenze giurisdizionali tra giudice ordinario e giudice amministrativo emergente dalla Costituzione, evidenzia come non si possa escludere che da quest'ultima non possano desumersi “i confini entro i quali il legislatore ordinario, esercitando il potere discrezionale suo proprio deve contenere i suoi interventi volti a ridistribuire le funzioni giurisdizionali tra i due ordini di giudici” ⁽¹⁸⁴⁾. Dunque, la Costituzione non pone alcun ostacolo né all'ampliamento né al restringimento della

¹⁸³⁾ Cfr. il paragrafo n. 2.2 in fine.

¹⁸⁴⁾ Cfr. il paragrafo 3.

giurisdizione esclusiva, semmai pone dei paletti all'agire del legislatore.

Il primo di questi paletti assume una portata più generale e viene fatto discendere direttamente dal principio di unicità della giurisdizione. Esso consiste nel divieto di sottrarre la pubblica amministrazione, in quanto tale, alla giurisdizione alla quale sarebbe assoggettato qualsiasi soggetto privato; il che impedisce la trasformazione del giudice amministrativo da giudice "nell'amministrazione" a giudice "dell'amministrazione" ⁽¹⁸⁵⁾. Altri paletti vengono, poi, ricavati dal disposto del comma 1 dell'art. 103 Cost. e, in particolare, dall'espressione "*particolari materie*" da questo utilizzata, il cui significato viene chiarito dalla congiunzione "*anche*" ⁽¹⁸⁶⁾. Secondo la Corte, infatti, la particolarità di una materia che la rende suscettibile di essere devoluta in via esclusiva al giudice amministrativo non è data dalla mera presenza di un rilevante interesse pubblico, bensì dalla presenza di alcune singolari caratteristiche tali da giustificare lo spostamento della tutela dei diritti dalla sua sede naturale ⁽¹⁸⁷⁾. Si tratta, innanzitutto, della compresenza di posizioni di interesse legittimo e di diritto soggettivo talmente aggrovigliate tra loro da rendere complicata e poco conveniente l'applicazione del generale criterio di riparto basato sulla consistenza delle situazioni giuridiche soggettive. A questo primo connotato se ne aggiunge un secondo, introdotto per la prima volta dalla Corte costituzionale proprio mediante la sentenza in parola: l'agire della pubblica amministrazione in veste di

¹⁸⁵⁾ Cfr. il paragrafo 3 in fine.

¹⁸⁶⁾ Cfr. il paragrafo 3.2.

¹⁸⁷⁾ In questo senso si è espresso L. MAZZAROLLI, *Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva* cit., p. 225 e ss.

Contra A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena ma non è più esclusiva*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 9, 2004, p. 976 e ss. il quale sostiene che la Corte avrebbe dovuto dare un significato diverso all'aggettivo "*particolari*". Nel senso che, nell'interpretare l'espressione, avrebbe dovuto impiegare "un criterio puramente quantitativo" e non "un criterio qualitativo". Infatti, secondo l'autore, una tale opzione interpretativa ha condotto la Corte costituzionale a conclusioni affette da un vizio logico.

autorità ⁽¹⁸⁸⁾. In tale prospettiva, dunque, “il legislatore ordinario ben può ampliare l’area della giurisdizione esclusiva purché lo faccia con riguardo a materie (in tal senso particolari) che, in assenza di tale previsione, contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione-autorità, la giurisdizione generale di legittimità”.

Sostanzialmente, dalla combinazione di tutti questi limiti discende l’impossibilità di considerare sufficiente, affinché una controversia si radichi dinnanzi al giudice amministrativo, la mera partecipazione della pubblica amministrazione o il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia e, più in generale, un insuperabile ostacolo all’impiego del criterio dei blocchi di materie per la determinazione dell’ambito di giurisdizione esclusiva, criterio che condurrebbe ad una sicura trasformazione del giudice amministrativo in giudice “dell’amministrazione”.

Come sopra anticipato, è proprio nell’ambito di un tale discorso, volto ad affermare la necessità che il legislatore ordinario rispetti questi

¹⁸⁸⁾ In dottrina vi è chi assume una posizione critica dinnanzi a tale connotato. Si veda ad esempio A. POLICE, op. ult. cit., p. 977, secondo il quale “se la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è ammissibile soltanto nelle controversie in relazione alle quali la pubblica amministrazione agisce come autorità (sarebbe questa la particolarità della materia) le situazioni giuridiche soggettive coinvolte dalle relative controversie sarebbero esclusivamente situazioni di interesse legittimo e non anche di diritto soggettivo. Ne segue che non vi sarebbe alcuna necessità di devolvere la controversia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo”. Si veda anche F.G. SCOCA, *Sopravvivrà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giur. cost.*, n. 4, 2004, p. 2210 e ss., che, pur condividendo la prima parte del ragionamento esposto dalla Corte costituzionale in motivazione, trae dal riferimento all’amministrazione-autorità la medesima conseguenza radicale: tenendo conto di questo nuovo requisito “le materie inizialmente intese come quelle in cui vi è compresenza di diritti soggettivi e interessi legittimi si riducono alle sole materie in cui sussistono soltanto interessi legittimi”.

Contra L. MAZZAROLLI, *Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva* cit., p. 226 e ss. secondo cui “momento fondante della costruzione della Corte è l’affermazione della centralità del potere come criterio per l’individuazione delle (possibili) materie di giurisdizione esclusiva: ma non nel senso che in ogni controversia debba agire l’Amministrazione nell’esercizio di un potere autoritativo, ma in quello che, nell’ambito delle ipotesi normativamente previste di giurisdizione esclusiva, sia plausibile affermare, con riguardo alle controversie che vi si possono riportare, che ‘normalmente’ vi opera l’Amministrazione esercitando un potere pubblico; normalmente, il che non significa però senza eccezioni”.

precisi limiti nel modificare discrezionalmente l'area della giurisdizione esclusiva, che la Corte costituzionale menziona le controversie coinvolgenti accordi *ex artt.* 11 e 15 della legge n. 241/1990, attribuendo a tali sporadici riferimenti una funzione strumentale, quasi esemplificativa. In un primo punto, infatti, essa, allo scopo di evidenziare l'incompatibilità con il dettato costituzionale delle disposizioni di cui agli articoli 33 e 34 del decreto legislativo n. 80/1998, come modificato dalla legge 21 luglio 2000, n. 205, ricorda come già nel 1990 la giurisdizione esclusiva fosse stata estesa agli accordi tra privati e pubblica amministrazione e come all'epoca una tale estensione fosse stata ritenuta legittima, trattandosi di "controversie connotate non già da una generica rilevanza pubblicistica, bensì dall'intreccio di situazioni soggettive qualificabili come interessi legittimi e come diritti soggettivi" ⁽¹⁸⁹⁾. In un secondo punto, poi, la Corte afferma che l'impiego di strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo presuppone comunque l'esistenza di quest'ultimo; e lo afferma allo scopo di considerare legittimo l'affidamento alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie inerenti ai pubblici servizi in cui la pubblica amministrazione abbia agito proprio adottando uno di questi strumenti e, conseguentemente, modificare il testo dell'art. 33, comma 1, d.lgs. n. 80/1998 ⁽¹⁹⁰⁾.

È evidente, dunque, come in tal modo il giudice delle leggi abbia, seppur a diversi fini, riconosciuto la presenza, nelle controversie in cui un ruolo centrale viene assunto dall'accordo pubblico-privato, di quegli specifici connotati che rendono opportuna l'attribuzione della relativa competenza al giudice amministrativo in sede esclusiva, così confermando, indirettamente e sotto forma di *obiter dictum*, la legittimità costituzionale della disposizione di cui originariamente al comma 5 dell'art. 11, ora trasfusa all'interno dell'art. 133, comma 1, lett. a), n. 2 del Codice del processo amministrativo.

¹⁸⁹⁾ Cfr. paragrafo 3.1.

¹⁹⁰⁾ Cfr. paragrafo 3.4.2. in fine.

2. L'art. 11 quale norma generale e il fenomeno della deformalizzazione dell'istituto degli accordi

A riflettere le proprie conseguenze sull'ampiezza del campo di applicazione della riserva di giurisdizione esclusiva in caso di controversie inerenti alla formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi tra pubblica amministrazione e privati o tra sole pubbliche amministrazioni è la tendenza, sempre più marcata negli ultimi anni, di riconoscere all'art. 11 della legge n. 241/1990 una portata generale.

Ad onor del vero nei primi anni successivi all'emanazione della legge n. 241/1990 si registrava la tendenza esattamente opposta⁽¹⁹¹⁾. La giurisprudenza dell'epoca, infatti, si dimostrava particolarmente prudente nell'applicare i principi posti dall'art. 11 in controversie riguardanti accordi tra amministrazioni e privati; e ciò a causa di un'interpretazione eccessivamente restrittiva dell'art. 11 stesso. Più in particolare, gli accordi integrativi e sostitutivi disciplinati da quest'ultimo articolo venivano concepiti come delle figure peculiari, che non avrebbero potuto far altro che aggiungersi e affiancarsi agli altri moduli di amministrazione consensuale già presenti nell'ordinamento⁽¹⁹²⁾. Ad alimentare una simile impostazione interpretativa, oltre all'esaustività della disciplina speciale posta per alcune tipologie di accordo, contribuiva probabilmente anche il timore delle singole amministrazioni di subire una limitazione della libertà d'azione di cui fino ad allora disponevano, o meglio, di non poter più stipulare accordi meramente ufficiosi non formalizzati e, in quanto tali, non controllabili

¹⁹¹⁾ Sul punto si veda N. AICARDI, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamenti e caratteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1, 1997, p. 4 e ss.; A. TRAVI, *Accordi fra i proprietari e comune per modifiche al piano regolatore ed oneri esorbitanti*, in *Foro It.*, vol. 5, 2002, p. 274.

¹⁹²⁾ Cfr. Cass., Sez. Un., 4 novembre 1994, n. 9130, in *www.dejure.it*, in cui la Corte, oltre ad essersi espressa negativamente in ordine alla riconducibilità dell'accordo di cessione volontaria dell'immobile alla fattispecie di cui all'art. 11 della legge n. 241/1990, si è spinta financo ad escludere l'applicazione dell'intera legge n. 241/1990 ai procedimenti dotati "di una propria tipicità ed una disciplina esaustiva tanto sul piano degli atti e dei loro effetti, quanto su quello della tutela giurisdizionale".

quanto a contenuto né vincolanti quanto ad effetti. Non va dimenticato, infatti, che il legislatore, mediante l'art. 11, mira, tra le altre cose, a garantire un sufficiente livello di tutela al privato che addiuvato alla stipula dell'accordo con l'amministrazione, dando contemporaneamente concreta attuazione al principio di trasparenza e, quindi, portando alla luce le trattative sul contenuto e sull'emanazione degli atti amministrativi.

È altresì vero, però, che, nonostante in giurisprudenza prevalesse un tale orientamento governato da una certa diffidenza verso il nuovo e dalla volontà di mantenere il più possibile inalterato l'esistente, già in quegli anni buona parte della dottrina di commento non mancava di mettere in evidenza l'opportunità di riconoscere all'accordo disciplinato dall'art. 11 della legge n. 241/1990 una portata più ampia e generale⁽¹⁹³⁾. Tale corrente dottrinale, infatti, assumeva una posizione critica dinnanzi alla tesi giurisprudenziale, poiché in sostanza non riusciva ad individuare l'utilità pratica di introdurre una nuova fattispecie di accordo tra pubblica amministrazione e privati ulteriore e aggiuntiva rispetto alle non poche ipotesi consensuali già previste dall'ordinamento, peraltro per il tramite di una legge (quella sul procedimento amministrativo) volta non tanto a dettare specifiche regole direttamente applicabili, quanto piuttosto ad affermare dei principi generali. Perciò essa, non senza ragione, finiva per ricavare dall'art. 11 la riprova della volontà del legislatore di fornire una regolamentazione dai tratti spiccatamente generali, potenzialmente in grado di essere applicata a tutte le ipotesi implicanti la ricerca del consenso in ordine all'esercizio del potere amministrativo, siano esse

¹⁹³⁾ Sul punto si veda F. BASSI, *Autorità e consenso*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3, 1992, p. 749 ove afferma che con l'art. 11 si è innescata una linea di tendenza che, se troverà conferma nella futura produzione legislativa e giurisprudenziale, non potrà non comportare un radicale mutamento del nostro sistema di diritto amministrativo. Al primo dell'autorità tenderà a sostituirsi il primato del consenso"; F. MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. amm.*, n. 1, 1993, p. 31, che ha attribuito all'art. 11 una forza "evasiva", tale da ridurre "intere biblioteche giuridiche a mera curiosità storico-culturale"; N. AICARDI, *La disciplina generale* cit., p. 9 e ss.

già contemplate dall'ordinamento ovvero solo viventi nella prassi, e di dare ampia e definitiva legittimazione, a livello di diritto positivo, all'istituto dell'accordo tra amministrazione e soggetti privati nell'ambito del procedimento.

In tale prospettiva, dunque, "l'art. 11 assolve ad una duplice funzione: da un lato legittima in termini affatto generali (a prescindere da specifiche disposizioni di legge) l'impiego dell'accordo procedimentale nella pratica amministrativa; dall'altro ricomponе ed unifica le svariate ipotesi di accordo tra pubblica amministrazione e privati già previste da leggi settoriali nello schema-base dell'accordo procedimentale o sostitutivo qualora la legge settoriale consenta di prescindere dall'emanazione del provvedimento"⁽¹⁹⁴⁾.

Una tale impostazione interpretativa sicuramente non appariva (e non appare ancora oggi) priva di fondamento; ed effettivamente svariati furono gli argomenti impiegati per dimostrarne la plausibilità⁽¹⁹⁵⁾. La stessa collocazione della norma all'interno di una legge come quella sul procedimento amministrativo n. 241/1990, ad esempio, poteva contribuire al rafforzamento di questa tesi dottrinale. Come sopra già anticipato, infatti, si tratta di una legge la cui finalità principale è più che altro quella di enunciare una serie di principi fondamentali che costituiscano delle solide fondamenta per un corretto e uniforme svolgimento dell'azione amministrativa. Dunque, concepire l'art. 11 come norma che sancisce delle essenziali regole di portata generale applicabili a qualunque modulo consensuale avente ad oggetto l'esercizio del potere amministrativo appariva del tutto coerente ad una simile finalità. Anche il dibattito dottrinale in ordine alla legittimità della ricerca da parte della pubblica amministrazione di soluzioni pattizie che faceva da sfondo all'introduzione dell'art. 11 della legge n. 241/1990 era un elemento da non ignorare, poiché portava logicamente

¹⁹⁴⁾ In questo senso si è espresso N. AICARDI, op. cit., p. 11.

¹⁹⁵⁾ Cfr. N. AICARDI, op. ult. cit., p. 12 e ss. che suddivide gli argomenti tra quelli di ordine sistematico, quelli di ordine logico-deduttivo e quelli tratti dall'esame dell'*iter* di formazione e approvazione della legge n. 241/1990.

a ritenere che l'intento del legislatore non fosse quello di complicare ulteriormente il quadro, bensì quello di apportare chiarezza, superando i dubbi di legittimità e ponendo le basi normative per la risoluzione delle varie questioni applicative generate dall'utilizzo di tali strumenti. Infine, nemmeno l'assenza all'interno della legge n. 241/1990 del generale principio di contrattualità dell'azione amministrativa, presente invece nella bozza di legge originariamente elaborata dalla Commissione Nigro, veniva concepita come un ostacolo all'affermazione della portata generale della versione finale dell'art. 11, posto che "legalità sostanziale, e cioè tipicità, non significa necessariamente specialità: la tipicità non esclude, di per sé, il carattere ampio degli istituti regolati (tipici sì ma di portata generale)"⁽¹⁹⁶⁾.

Nonostante i molteplici argomenti a sostegno dell'interpretazione dottrinale delle disposizioni di cui all'art. 11 della legge n. 241/1990, il passaggio ad una lettura meno rigorosa delle stesse non è stato immediato. Infatti, solo alla fine degli anni Novanta la giurisprudenza ha iniziato a dare loro il giusto valore, cioè a concepire il modello da esse delineato come modello generale di accordo tra pubblica amministrazione e privato e, per questo, ad affermarne l'applicabilità anche a molte delle altre ipotesi consensuali già previste dall'ordinamento, ovviamente sempre che la più specifica disciplina di settore non avesse previsto qualcosa di diverso. Si è, così, innescato un processo di progressivo ampliamento della nozione di accordi pubblici in forza del quale svariate figure, tipizzate e non, implicanti la ricerca del consenso sono state fatte rientrare nel perimetro d'azione dell'art. 11. Si pensi, ad esempio, alle convenzioni urbanistiche, agli accordi transattivi a queste ultime funzionalmente riconducibili⁽¹⁹⁷⁾, alle cessioni volontarie di beni dichiarati di pubblica utilità⁽¹⁹⁸⁾, ai patti

¹⁹⁶⁾ In questo senso si è espresso N. AICARDI, op. ult. cit., p. 23.

¹⁹⁷⁾ Cfr. Cass., Sez. Un., 3 febbraio 2011, n. 2546, in *Urb. e app.*, n. 6, 2011, p. 663 e ss.

¹⁹⁸⁾ Cfr. Cass., Sez. Un., 6 dicembre 2010, n. 24687, in *Urb. e app.*, n. 3, 2011, p. 313 e ss.

territoriali ⁽¹⁹⁹⁾ e ai protocolli d'intesa ⁽²⁰⁰⁾. Se, tuttavia, per alcune delle ipotesi concrete oggetto di una simile opera qualificatoria l'inquadramento entro lo schema dell'art. 11 della legge n. 241/1990 appare del tutto corretto e opportuno, per altre, al contrario, appare forse azzardato. A tal proposito in dottrina si parla di “deformalizzazione dell'istituto degli accordi amministrativi”, proprio per indicare la recente tendenza a sussumere nella fattispecie astratta degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo fattispecie concrete che, per i meccanismi che le caratterizzano, dovrebbero restarne estranee ⁽²⁰¹⁾.

Per nulla irrilevanti sono le conseguenze di una simile tendenza, dal momento che al graduale rafforzarsi del fenomeno della “deformalizzazione dell'istituto degli accordi amministrativi” corrisponde un altrettanto graduale ampliamento dell'ambito di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, a cui il peculiare criterio di riparto previsto dall'art. 133, comma 1, lett. a), n. 2 c.p.a. pone tutt'altro che un freno. Infatti, attribuendo il legislatore la competenza giurisdizionale in via esclusiva al giudice amministrativo in ordine ad una controversia per il solo fatto che in questa sia coinvolto un accordo, e potendo l'accordo integrare o sostituire un qualunque provvedimento amministrativo discrezionale, è chiaro che la sfera della giurisdizione esclusiva già di per sé si presta ad avere un diametro “potenzialmente totalizzante” ⁽²⁰²⁾. Se, poi, a ciò si aggiunge la constatazione per cui spesso l'inquadramento forzato di una fattispecie consensuale entro lo schema degli accordi *ex art. 11* si fonda su una qualche convenienza derivante proprio dal radicamento della relativa controversia dinnanzi al giudice amministrativo in sede esclusiva, è ben

¹⁹⁹⁾ Cfr. Cass., Sez. Un., Ord., 8 luglio 2008, n. 18630, in *Giust. civ. mass.*, n. 7-8, 2008, p. 1108 e ss.

²⁰⁰⁾ Cfr. Cass., Sez. Un., 7 novembre 2017, n. 26339, in *Urb. e app.*, n. 2, 2018, p. 196 e ss.

²⁰¹⁾ Sul punto si veda M. CONDORELLI, *L'accordo integrativo oltre all'art. 11 della l. n. 241/1990*, in *Urb. e app.*, n. 2, 2018, p. 201.

²⁰²⁾ In questo senso si è espresso G. GRECO, *Accordi amministrativi cit.*, p. 280.

possibile comprendere come di fatto la connessione sussistente tra deformalizzazione dell'istituto degli accordi e agevole ampliamento dell'ambito di giurisdizione esclusiva assuma delle sembianze molto simili a quelle di un vero e proprio circolo vizioso.

Per la verità una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 133, comma 1, lett. a), n. 2 c.p.a. imporrebbe di circoscrivere o, quanto meno, ampliare con un certo rigore l'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Affinché ciò sia possibile, tuttavia, è necessario intervenire a monte, limitandosi a considerare le disposizioni di cui all'art. 11 della legge n. 241/1990 applicabili alle sole fattispecie effettivamente sovrapponibili allo schema degli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento amministrativo, senza viceversa estenderle a qualsiasi negozio estraneo al paradigma formale dell'art. 11 ma comunque teso a predeterminare l'esercizio di una funzione pubblica ⁽²⁰³⁾.

3. La differenza tra accordi e contratti ad evidenza pubblica sul piano processuale

A questo punto della trattazione è importante sottolineare la chiarezza con la quale il legislatore ha indicato all'interno della disposizione di legge le controversie riguardanti la dinamica negoziale che contraddistingue gli accordi *ex artt.* 11 e 15 della legge n. 241/1990 da affidare in via esclusiva alla competenza giurisdizionale del giudice amministrativo. Infatti, il tenore del precetto originariamente collocato all'interno dell'art. 11, comma 5, oggi travasato all'interno dell'art. 133, comma 1, lett. a), n. 2 c.p.a., è di estrema ampiezza, tale da abbracciare la totalità delle controversie relative ad una qualunque delle fasi in cui si scompone il "ciclo di vita" dell'accordo. Più in particolare, vengono menzionate le fasi della formazione, della conclusione, e dell'esecuzione di quest'ultimo, a cui, per completezza, andrebbero

²⁰³⁾ In questo senso si è espressa M. CONDORELLI, *op. cit.*, p. 201.

aggiunte la fase dell'interpretazione e quella puramente eventuale di estinzione dell'accordo.

La stessa Corte di cassazione, in quanto giudice competente a risolvere questioni inerenti al riparto di giurisdizione, ha più volte messo in evidenza questo aspetto, ora ponendo l'accento sulla competenza esclusiva del giudice amministrativo con riferimento alle controversie riguardanti la fase di esecuzione dell'accordo ⁽²⁰⁴⁾, ora ponendo l'accento sulla competenza esclusiva del giudice amministrativo con riferimento alle controversie riguardanti la fase prodromica all'eventuale conclusione dello stesso ⁽²⁰⁵⁾.

È evidente, dunque, che sul piano processuale sussiste una profonda differenza che separa gli accordi in discorso dai contratti ad evidenza pubblica; differenza che, peraltro, costituisce il mero riflesso di una ulteriore diversità sussistente a livello di disciplina sostanziale.

Per quanto riguarda i contratti che la pubblica amministrazione stipula *iure privatorum*, sappiamo che le regole pubblicistiche dell'evidenza pubblica trovano applicazione limitatamente alla fase di formazione della volontà contrattuale dell'amministrazione, mentre nella fase di esecuzione il contratto è disciplinato integralmente dalle regole codicistiche. In maniera del tutto coerente ad una tale impostazione, a livello processuale accade che ogni eventuale controversia relativa ad una fase della procedura anteriore all'adozione

²⁰⁴⁾ Cfr. Cass., Sez. Un., 3 marzo 1994, n. 2084, in *Giust. civ. mass.*, n. 2, 1994, p. 251, in cui la Corte afferma che “dal riportato testo della disposizione in esame emerge, con ogni evidenza, che la norma contempla, con riferimento agli accordi tra amministrazioni pubbliche per lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune, la predetta giurisdizione esclusiva rispetto ad ogni contesa che investa non solo la formazione e la conclusione, ma altresì l'esecuzione degli accordi medesimi”.

²⁰⁵⁾ Cfr. Cass., Sez. Un., 12 marzo 2001, n. 105, in *www.dejure.it*, ove la Corte afferma che “il riferimento alle ‘controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi’ consente di affermare che non vengono in considerazione soltanto le controversie che insorgono in relazione ad un accordo già concluso, per vagliarne la conformità al modello legale o per individuarne la portata ed il contenuto, o che attengono alla esecuzione dell'accordo, ivi compreso il recesso, ma anche quelle che riguardano la fase procedimentale prodromica alla (eventuale) conclusione dell'accordo, quale fase concernente la ‘formazione’ dell'accordo.”

del provvedimento di aggiudicazione viene affidata in via esclusiva alla competenza giurisdizionale del giudice amministrativo, mentre per ogni eventuale controversia riguardante la successiva fase di interpretazione del contratto ed esecuzione dello stesso giurisdizionalmente competente è il giudice ordinario ⁽²⁰⁶⁾. In altre parole, nel settore dei contratti pubblici il sindacato del giudice amministrativo è limitato unicamente ai profili di illegittimità degli atti amministrativi adottati nell'ambito della procedura di scelta del contraente. Tale settore, quindi, si caratterizza per la dualità della giurisdizione e, conseguentemente, per “la netta distinzione tra il giudice (amministrativo) degli atti di gara ed il giudice (ordinario) del successivo contratto, quale proiezione della differente natura delle situazioni giuridiche soggettive delle quali si invoca la tutela” ⁽²⁰⁷⁾.

Per quanto, invece, riguarda gli accordi pubblici, a livello sostanziale non è prevista alcuna suddivisione. Nel senso che lo stesso art. 11 stabilisce che all'intero procedimento che conduce alla conclusione di un accordo integrativo del contenuto del provvedimento finale ovvero sostitutivo di quest'ultimo devono trovare applicazione sia tutti i principi, le garanzie e le tutele sancite in via generale dalla legge n. 241/1990, sia i principi del codice civile in materia di

²⁰⁶⁾ F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, n. 3, 2002, p. 442.

²⁰⁷⁾ Cfr. A. ANGIULI, *Contratto pubblico e sindacato del giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, n. 4, 2010, p. 870 e ss., che tuttavia assume una posizione critica dinnanzi a questa rigida separazione concettuale tra le fasi della vicenda giuridica contrattuale. Per l'autrice “sostenere che la presenza di diritti soggettivi e della fonte contrattuale comporti la necessità prioritaria ed inderogabile di affidarne la cognizione al loro giudice naturale (quello ordinario), consentendo ed anzi imponendo di frazionare, sul piano della tutela l'unitario interesse sostanziale dell'operatore economico ad ottenere il contratto, ad eseguirlo e a conseguire il giusto corrispettivo (...) appare difficilmente in linea anzitutto con la disciplina giuridica di diritto positivo del contratto amministrativo, che si presenta costellata di ‘poteri’ attribuiti da specifiche norme di legge in ogni sua fase. Inoltre, un'impostazione di questo genere rende immediatamente difficile l'individuazione del punto di compatibilità della disciplina normativa con la natura giuridica del contratto, intrinsecamente permeata dall'aspetto funzionale. Infine, essa non tiene conto della natura e della tipologia dei poteri del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva, ancor prima che del principio di effettività della tutela giurisdizionale”.

obbligazioni e contratti in quanto compatibili. Coerentemente, nemmeno a livello processuale sussiste alcun riparto. Infatti, il giudice ordinario, quale che sia la fase della vicenda negoziale in cui si innesta la controversia, non ha alcuna voce in capitolo, e ad essere in ogni caso competente è il giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva.

Quindi, ad esempio, la risoluzione di un eventuale conflitto in ordine al recesso unilaterale dall'accordo spetta al giudice amministrativo, mentre spetterebbe al giudice ordinario se al posto di un accordo vi fosse un contratto ad evidenza pubblica. Ciò, ovviamente, non sta a significare che nel primo caso, diversamente rispetto al secondo, non vengono in gioco diritti soggettivi. Qui, infatti, la competenza giurisdizionale del giudice amministrativo si giustifica alla luce del profondo legame sussistente proprio tra questi stessi diritti e l'esercizio del potere amministrativo concretizzatosi nell'accordo ⁽²⁰⁸⁾.

È, tuttavia, opportuno tenere presente che in dottrina vi è anche chi, facendo leva su quanto affermato dalla Corte costituzionale nelle celebri sentenze n. 204/2004 e n. 191/2006, si dice dubbioso in ordine alla legittimità dell'estensione della competenza giurisdizionale in via esclusiva del giudice amministrativo anche alle controversie inerenti all'esecuzione degli accordi ⁽²⁰⁹⁾. Più in particolare, questa corrente dottrinale, partendo dal presupposto per cui le controversie sull'esecuzione dell'accordo, a differenza di quelle relative alla sua formazione e conclusione, “non riguardano neppure indirettamente l'esercizio di poteri amministrativi”, ritiene ingiustificata l'estensione della riserva di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo indistintamente a tutte le controversie coinvolgenti un accordo, dal momento che tra i principi che devono governare il riparto della giurisdizione, affermati dalla Corte mediante le due menzionate

²⁰⁸⁾ F. GIGLIONI e A. NERVI, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2019, p. 113.

²⁰⁹⁾ Sul punto si veda M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. amm.*, n. 1, 2010, p. 82 e ss.

sentenze, vi è quello della sussistenza di un nesso, anche indiretto, tra la controversia e l'esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione. Chi sostiene questa tesi, dunque, giunge a ritenere "parzialmente incostituzionale" la disposizione di cui all'art. 133, comma 1, lett. a), n. 2 c.p.a., e ad affermare che un'applicazione rigorosa dei principi fatti propri dalla Corte imporrebbe di distinguere tra controversie inerenti l'*iter* di formazione dell'accordo, da devolvere al giudice amministrativo, e controversie inerenti all'esecuzione dello stesso, da devolvere invece al giudice ordinario, così come accade in materia di contratti di diritto privato della pubblica amministrazione.

Ad ogni modo, in un contesto come quello finora tratteggiato è ben possibile isolare due punti fermi, ricavabili come tali dalle scelte compiute dal legislatore in tema di competenza giurisdizionale e di relativo riparto con riferimento all'istituto degli accordi. Il primo è sicuramente rappresentato dalla diversità, processuale oltre che sostanziale, che separa questi ultimi e i contratti che la pubblica amministrazione conclude esercitando la sua generale capacità di diritto privato ⁽²¹⁰⁾. È, però, il secondo punto a destare maggiore curiosità, poiché si tratta della sottoposizione all'esame del giudice amministrativo di fattispecie a cui, per legge, vanno applicati, se compatibili, i principi civilistici in materia di obbligazioni e contratti: si tratta di un corpo di norme che non rientra nel suo tradizionale bagaglio di competenze, eppur tuttavia il giudice amministrativo vi si dovrà confrontare ed eventualmente farne applicazione.

²¹⁰⁾ Cfr. T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. II, 10 giugno 2010, n. 2750, in *www.dejure.it*, ove in motivazione si afferma che "ci sono ragioni di diritto positivo che impediscono di ricondurre gli accordi di cui all'art. 11 ai contratti ad evidenza pubblica; i contratti ad evidenza pubblica sono veri e propri contratti, soggetti come tali, in difetto di disposizioni legislative speciali o derogatorie, alla integrale disciplina codicistica; gli accordi non sono affatto disciplinati dall'insieme delle regole codicistiche, dato che ad essi si applicano soltanto i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili. Altrettanto evidente è la differenza di disciplina processuale".

CAPITOLO QUARTO

I PRINCIPI CIVILISTICI APPLICATI AGLI ACCORDI PUBBLICI CON PARTICOLARE RIGUARDO ALLE CONVENZIONI URBANISTICHE

1. La disciplina civilistica applicabile agli accordi ai sensi del comma 2 dell'art. 11

È il secondo periodo del secondo comma dell'art. 11 della legge n. 241/1990 a costituire quella disposizione legislativa in forza della quale il giudice amministrativo, nell'esaminare e comporre le controversie dinanzi a lui instaurate inerenti agli accordi tra pubblica amministrazione e soggetti privati o tra sole pubbliche amministrazioni, è tenuto a confrontarsi con una disciplina a lui non del tutto familiare, ossia quella civilistica. La legge sul procedimento amministrativo, infatti, dispone la generale applicazione agli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento dei *“principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili”* e *“ove non diversamente previsto”*.

Tuttavia, l'impiego in una tale disposizione dell'espressione *“principi”* e la contemporanea presenza all'interno della stessa di una clausola di compatibilità e della previsione di possibili deroghe, impongono delle ulteriori e più approfondite riflessioni preliminari volte a tratteggiare il perimetro della disciplina civilistica effettivamente applicabile agli accordi, di cui può far concreto uso il giudice amministrativo in sede di risoluzione delle relative controversie.

Innanzitutto, con riferimento all'ampiezza del richiamo dei *“principi”* civilistici va detto che del tutto scorretta sarebbe una sua interpretazione eccessivamente restrittiva. Se, infatti, lo si considerasse un semplice rimando ai soli valori ispiratori della disciplina generale delle obbligazioni e dei contratti, si finirebbe per privarlo pressoché

totalmente di una qualche utilità ai fini della ricostruzione della disciplina applicabile agli accordi amministrativi. Questo tenuto conto soprattutto dell'inevitabile portata generalissima dei pochi principi (quali, ad esempio, la libertà contrattuale o l'obbligo di comportarsi secondo buona fede) individuati non senza difficoltà dalla dottrina civilistica ⁽²¹¹⁾. Al contrario, partendo dal presupposto per cui il termine "principi" è in realtà un termine polisenso, a cui cioè possono essere ricondotti svariati significati, tra i quali anche quello di norme generali valevoli per un'intera materia o branca del diritto, è ben possibile affermare, come fa in maniera praticamente unanime autorevole dottrina ⁽²¹²⁾, che il rinvio effettuato dal legislatore mediante il comma 2 dell'art. 11 deve essere interpretato in modo tale da ritenere potenzialmente applicabili agli accordi pubblici tutte le norme generali codificate in materia di obbligazioni e contratti e, dunque, tutta la disciplina che si rinviene nei Titoli I (dedicato alle obbligazioni in generale) e II (dedicato ai contratti in generale) del Libro IV del codice civile.

Se questo è vero, e se è vero altresì che, oltre ai principi civilistici e a quanto previsto in via generale dall'art. 11, altre fonti di disciplina applicabile all'istituto in parola sono l'eventuale più specifica legislazione di settore e l'insieme di clausole inserite dalle parti nel singolo accordo, appare più agevole comprendere la funzione che il

²¹¹⁾ In questo senso si è espresso G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, p. 150 e 151.

²¹²⁾ Cfr. G. GRECO, op. cit., p. 151 e ss., ove si aggiunge che sarebbe, invece, assai più problematica l'applicazione della disciplina del singolo "tipo" contrattuale, trattandosi in quel caso di "disciplina di specie e, come tale, sicuramente estranea non solo ai principi, ma anche alle norme generali in tema di obbligazioni e contratti"; M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. amm.*, n. 1, 2010, p. 30 e ss., ove si rileva che anche in assenza del richiamo di cui al comma 2 dell'art. 11, si potrebbe sostenere l'applicabilità agli accordi amministrativi delle norme codicistiche comuni ai contratti per effetto di quanto dispone l'art. 1323 c.c. Disposizione che dovrebbe essere ritenuta applicabile anche agli accordi "in via diretta, da parte di coloro che qualificano gli accordi come veri e propri contratti, oppure in via analogica, da parte di coloro che invece non li reputano tali"; F. GIGLIONI e A. NERVI, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2019, p. 65 e 66.

legislatore ha voluto assegnare alla duplice clausola di salvezza di cui al comma 2 dell'art. 11: “*ove non diversamente previsto*” e “*in quanto compatibili*” sono i criteri che governano i rapporti tra le diverse categorie di norme che assumono rilevanza in presenza di un accordo amministrativo e, quindi, i criteri da applicare in caso di sovrapposizione tra le stesse.

Più in particolare, la clausola “*ove non diversamente previsto*” da un lato, ammette la possibilità di discipline legislative di settore derogatorie rispetto a quella di cui all'art. 11 che dispone l'applicazione agli accordi di tutte le norme generali in tema di obbligazioni e contratti; dall'altro lato, ammette la facoltà delle parti di inserire all'interno dell'accordo disposizioni derogatorie di principi civilistici ma, è importante sottolinearlo, solo di quelli che già di per sé sono suscettibili di essere superati da una diversa pattuizione⁽²¹³⁾. La clausola “*in quanto compatibili*”, invece, preannuncia la prevalenza della disciplina pubblicistica relativa agli accordi e alle obbligazioni da essi scaturenti su quella privatistica di cui al codice civile, laddove quest'ultima si ponga rispetto alla prima in un rapporto di contrasto e non di semplice completamento o integrazione.

In proposito è opportuno rilevare come, in realtà, in dottrina vi sia anche chi, diversamente, ritiene che per poter considerare una certa norma civilistica “*compatibile*” sia necessario esaminarla alla luce della particolare attività svolta dall'amministrazione, ossia un'attività istituzionalmente orientata al perseguimento dell'interesse pubblico. In tale prospettiva, quindi, la funzione del filtro di compatibilità di cui al comma 2 dell'art. 11 sarebbe essenzialmente quella di giustificare l'eventuale disapplicazione dei principi codicistici inerenti alle

²¹³⁾ Sul punto si veda G. GRECO, op. cit., p. 148, secondo il quale “le parti, così come non possono disporre del regime amministrativo – per le componenti che rientrano nel relativo campo di applicazione – non possono del pari disporre della disciplina codicistica cogente: un potere di tal fatta – che potrebbe eliminare ogni aspetto privatistico della figura, rendendola praticamente ingovernabile – non può ritenersi ricompreso nella riferita clausola, che appare diretta, viceversa, a considerare discipline derogatorie di rango legislativo”.

obbligazioni e ai contratti in ragione dell'esigenza di perseguire e soddisfare l'interesse della collettività⁽²¹⁴⁾. Tuttavia, quella inerente alla realizzazione dei fini ad essa assegnati dall'ordinamento è una valutazione che l'amministrazione deve già svolgere a monte della stipulazione dell'accordo, nel momento stesso in cui decide di esercitare il proprio potere discrezionale servendosi di un simile strumento consensuale; così come, del resto, dispone il comma 1 dell'art. 11, in base al quale l'amministrazione può sì concludere accordi con gli interessati ma *“in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse”*.

È chiaro, dunque, che legare la compatibilità di una norma generale codificata alla funzionalizzazione tipica del potere amministrativo significherebbe ridurre la relativa clausola ad una mera ripetizione di un concetto già validamente affermato, privandola di conseguenza di una qualunque utilità pratica. Viceversa, appare di gran lunga più opportuno depurare tale clausola da ogni connotazione assiologica e, così, considerarla un semplice criterio di soluzione di eventuali antinomie fra norme generali e norme speciali, in forza del quale le prime si applicano *“in quanto compatibili”* con le seconde, che altrimenti si impongono su di esse.

Muovendo dalla visione interpretativa ora esposta è, in conclusione, possibile affermare che la clausola impiegata dal legislatore a chiusura del comma 2 dell'art. 11 della legge n. 241/1990 si deve intendere come un filtro all'applicazione agli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento di quelle norme generali previste dal codice civile in materia di obbligazioni e contratti contrastanti, e quindi

²¹⁴⁾ Cfr. F. GIGLIONI e A. NERVI, op. cit., p. 67 e 68, ove si afferma che “le norme in materia di obbligazioni e contratti costituiscono la disciplina generale di riferimento per gli accordi ex art. 11 legge 241/1990, ma tale disciplina può essere derogata sia per espresso disposto del legislatore (norma speciale) sia in ragione dell'esigenza di assicurare il perseguimento del pubblico interesse (filtro di compatibilità)”.

non compatibili, con le disposizioni specifiche valevoli per gli stessi (215).

2. Il principio di buona fede nelle trattative e la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione

Tra i principi codificati in materia di obbligazioni e contratti che, ai sensi del comma 2 dell'art. 11 della legge sul procedimento amministrativo, possono essere applicati all'istituto degli accordi perché compatibili con la più specifica disciplina per quest'ultimo dettata vi è sicuramente il principio di buona fede oggettiva che, in ambito pubblicistico e amministrativo, viene fatto discendere dall'ancor più generale principio di tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti delle istituzioni pubbliche e, per quanto a noi interessa, dell'azione amministrativa.

Più in particolare, indubbio è il rilievo costituzionale del valore della tutela dell'affidamento del cittadino, nonostante esso non sia espressamente garantito da alcuna disposizione di tale rango, così come indubbio è il fatto che lo stesso rappresenti uno dei canoni essenziali dell'azione amministrativa (216) e, quindi, uno di quei principi a cui dovrebbe essere subordinato ogni svolgimento concreto dei rapporti fra cittadino e pubblici poteri (217). Allo stesso modo, essendone una sorta di specificazione, non può che assumere rilievo centrale altresì il principio di buona fede. Anche se, per la verità, in giurisprudenza, diversamente che in dottrina ove si è agevolmente e unanimemente sempre sostenuta la rilevanza della buona fede oggettiva quale regola di condotta gravante su qualunque soggetto dell'ordinamento,

²¹⁵⁾ In questo senso M. RENNA, op. cit., p. 32 e ss.; G. GRECO, op. cit., p. 148-149, 153-154.

²¹⁶⁾ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 15 luglio 2013, n. 3811, in *www.dejure.it*.

²¹⁷⁾ In questo senso si è espresso A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, n. 1, 2018, p. 121 e ss. In tema di affidamento si veda anche F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970; W. TROISE MANGONI, *L'esercizio retroattivo del potere amministrativo: limiti e garanzie a tutela dell'individuo*, Torino, 2016.

compresa la pubblica amministrazione, si è per lungo tempo registrato un certo timore nel riconoscere in tale principio un parametro di valutazione del comportamento delle amministrazioni e dei privati nell'ambito dei rapporti procedurali.

Soltanto in tempi recenti la giurisprudenza amministrativa ha valorizzato il principio di buona fede, giungendo ad affermarne l'applicabilità non ai soli procedimenti di aggiudicazione di contratti pubblici ma, più in generale, a tutta l'attività proceduralizzata dalla pubblica amministrazione ⁽²¹⁸⁾, e dinnanzi a questa chiara apertura giurisprudenziale per niente priva di fondamento appare la disposizione introdotta da poco più di due anni ⁽²¹⁹⁾ all'interno del nuovo comma 2 *bis* dell'art. 1 della legge n. 241/1990, si sensi della quale *“i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede”*. Disposizione che secondo lo stesso Consiglio di Stato *“ha positivizzato una regola generale dell'agire pubblicistico dell'amministrazione, che trae fondamento nei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento”* ⁽²²⁰⁾.

Scorrendo le disposizioni codicistiche attraverso le quali il legislatore ha disciplinato in via generale la materia delle obbligazioni e dei contratti ci si può facilmente rendere conto di quanto frequentemente venga impiegato nella regolamentazione il principio di buona fede e di quanto conseguentemente sia ampio il relativo ambito di operatività. A titolo esemplificativo, è possibile menzionare la previsione di cui all'art. 1175 c.c. che, in tema di obbligazioni, impone

²¹⁸⁾ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5, in *Foro amm.*, n. 5, 2018, p. 766 e ss., ove testualmente si afferma che *“i doveri di correttezza, lealtà e buona fede hanno un ampio campo applicativo, anche rispetto all'attività proceduralizzata dell'amministrazione, operando pure nei procedimenti non finalizzati alla conclusione di un contratto con un privato”*.

²¹⁹⁾ Ad opera dell'art. 12, comma 1, lett. a), del Decreto-Legge 16 luglio 2020 n. 76 recante *“Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali”*, convertito con modificazioni in Legge 11 settembre 2020, n. 120.

²²⁰⁾ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 20, in *Foro amm.*, n. 11, 2021, p. 1694 e ss.

al debitore e al creditore di “*comportarsi secondo le regole della correttezza*”, oppure quella di cui all’art. 1337 c.c. che, in maniera del tutto analoga alla precedente, impone alle parti di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, oppure ancora le previsioni di cui agli articoli 1366 c.c. e 1375 c.c. che dispongono rispettivamente di interpretare e di eseguire il contratto “*secondo buona fede*”. Se si considera, poi, che queste norme rientrano tra quelle che, in forza del comma 2 dell’art. 11 della legge n. 241/1990, ove non diversamente previsto vanno applicate anche ad un eventuale accordo concluso dalla pubblica amministrazione con il privato, ecco che diviene semplice constatare come quello di buona fede sia un principio destinato a conservare la propria centralità durante l’intero periodo di esistenza giuridica dell’accordo stesso.

Per i risvolti di disciplina che da esso derivano, a spiccare tra quelli appena menzionati è sicuramente l’art. 1337 c.c. Infatti, affermandone l’applicabilità alla fattispecie degli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento si ritiene al contempo sicuramente possibile la configurazione di un’ipotesi di responsabilità c.d. precontrattuale ogniqualvolta la pubblica amministrazione durante la fase di formazione dell’accordo tenga un comportamento idoneo ad incidere negativamente sull’affidamento riposto dal soggetto privato in ordine all’utile conclusione dello stesso. Una simile eventualità non risulta difficilmente immaginabile se si tiene a mente che la relazione che si instaura tra un cittadino e i pubblici poteri è sempre caratterizzata da una certa asimmetria. Nonostante ciò, però, non è da escludersi a priori che una tale responsabilità dipendente da un comportamento tanto scorretto da provocare dei danni risarcibili possa sorgere proprio in capo alla parte del rapporto che apparentemente è più debole ossia in capo al privato cittadino ⁽²²¹⁾. Infatti, come recente giurisprudenza si è

²²¹⁾ Questo può sicuramente accadere dal momento che il dovere di buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto (o dell’accordo) si manifesta innanzitutto come dovere di informazione, in forza del quale la parte che è

preoccupata di sottolineare, il dovere di comportarsi secondo buona fede è un dovere reciproco, nel senso che così come alla pubblica amministrazione si impone di tenere un comportamento diligente e collaborativo nei confronti del soggetto privato, allo stesso modo a quest'ultimo si impone di tenere un analogo comportamento nei confronti della prima. Il che appare del tutto coerente con l'evoluzione propria del procedimento amministrativo, che ormai non è più unicamente la sede di esercizio del potere unilaterale ma è soprattutto il luogo in cui si cerca il miglior temperamento tra l'interesse pubblico primario e gli altri interessi pubblici e privati sfruttando il sempre più necessario apporto partecipativo dei soggetti a vario titolo interessati (222).

Un elemento fondamentale affinché in generale possa parlarsi di responsabilità precontrattuale è ovviamente rappresentato dal contesto idoneo a contenere i comportamenti suscettibili di integrare una violazione del dovere in questione e l'art. 1337 c.c. è molto chiaro nel riferire tali comportamenti alla fase delle "trattative" che precedono la stipulazione di un contratto. Invero, la stessa rottura delle trattative può potenzialmente costituire una illecita violazione del dovere precontrattuale di buona fede ma, come si sa, affinché ciò accada, e quindi affinché la relativa decisione non possa essere ricondotta all'area dell'insindacabile libertà negoziale, è necessario che non sussista alcuna circostanza (sopravvenuta o preesistente ma incolpevolmente ignorata dal recedente) idonea a giustificare la rottura delle trattative e

a conoscenza di fatti o dati determinanti ai fini della prestazione del consenso ma ignorati dall'altra parte ha il dovere di informare quest'ultima.

Si veda a titolo esemplificativo Cons. Stato, Sez. IV, 30 settembre 2013, n. 4872, in *Urb. e app.*, n. 2, 2014, p. 195 e ss., ove la Corte si pronuncia su di un caso di omessa comunicazione da parte dei privati proprietari alla pubblica amministrazione circa l'esistenza di un privilegio e di tre ipoteche iscritte su di un immobile oggetto di accordi di cessione volontaria successivo all'apposizione di un vincolo espropriativo. Secondo la Corte il comportamento tenuto in questo caso dai proprietari integra "una condotta improntata a scorrettezza e contraria a buona fede ai sensi degli artt. 1337 e 1338 c.c., nella fase delle trattative e in quella di conclusione dell'accordo".

²²²⁾ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 20, in *Foro amm.*, n. 11, 2021, p. 1694 e ss.

che si sia già validamente consolidato l'affidamento di controparte in ordine alla conclusione del contratto ⁽²²³⁾.

A tal proposito è utile tenere presente che, nell'ipotizzare l'applicazione dell'istituto della responsabilità precontrattuale *ex art. 1337 c.c.* ai contratti di diritto privato che la pubblica amministrazione stipula all'esito della procedura ad evidenza pubblica, si è più volte evidenziato come il carattere formalmente e normativamente necessitato di quest'ultima potrebbe rappresentare un limite all'individuazione di una vera e propria fase di trattative, la cui presenza però è indispensabile affinché una fattispecie concreta possa essere sussunta in quella astrattamente disciplinata dalla norma codicistica in parola. È chiaro che un'analoga considerazione potrebbe farsi anche con riferimento agli accordi amministrativi, vista la somiglianza del contesto in cui avviene l'incontro delle due volontà. Si potrebbe cioè dire che anche il procedimento amministrativo presenta una certa ritualità in grado di ostacolare lo svolgersi di una normale trattativa.

Senonché, è direttamente l'art. 11 della legge n. 241/1990 a risolvere una volta per tutte la questione, poiché al comma 1 *bis* consente al responsabile del procedimento di “*predisporre un calendario di incontri*” proprio “*al fine di favorire la conclusione degli accordi*” ⁽²²⁴⁾, così andando a smentire questo orientamento interpretativo tanto restrittivo da negare la concreta applicazione dell'art. 1337 c.c. agli stessi perché non considerati il frutto di una formale trattativa.

²²³⁾ Sul punto si veda V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, p. 172 e ss.

²²⁴⁾ In questo senso si è espresso G. GRECO, *Accordi amministrativi* cit., p. 234, che considera applicabile agli accordi *ex art. 11* anche l'ulteriore ipotesi di responsabilità precontrattuale prevista dall'art. 1338 c.c. ai sensi del quale “*la parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa d'invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto*”. Secondo l'autore, infatti, ciò potrebbe accadere anche a fronte di un accordo, non potendosi considerare il privato contraente “sempre tenuto a conoscere con l'ordinaria diligenza qualunque tipo di patologia”. Perciò ogniqualvolta detta patologia comporti la caducazione dell'accordo può potenzialmente sorgere in capo alla parte reticente una responsabilità precontrattuale.

Al contempo, però, va anche detto che secondo la più recente giurisprudenza amministrativa l'esistenza di questa specifica fase antecedente la stipulazione del contratto o, nel nostro caso, dell'accordo non è più così essenziale ai fini della configurazione di una responsabilità della pubblica amministrazione per aver commesso un'illecita violazione del dovere precontrattuale di correttezza e buona fede. Più in particolare, il Consiglio di Stato ⁽²²⁵⁾ giunge ad una tale conclusione servendosi della teoria del c.d. contatto sociale qualificato, che lega il contenuto dei doveri di correttezza e buona fede al grado di intensità del momento relazionale e del conseguente affidamento da questo ingenerato. Sostanzialmente, secondo questa teoria il generale dovere di solidarietà sociale, sancito dall'art. 2 Cost. e gravante reciprocamente su tutti i membri della collettività, assume le sembianze di un più specifico dovere di correttezza e di protezione nel momento in cui tra due consociati si ha appunto un "contatto" socialmente o giuridicamente qualificato, cioè in grado di generare un ragionevole affidamento sull'altrui condotta corretta e protettiva. Un simile "contatto" la Corte lo identifica proprio nella relazione che si instaura tra la pubblica amministrazione e il cittadino, soprattutto quando questi sono intenzionati a concludere un contratto pubblico o un accordo *ex art. 11*, posto che lo *status* rivestito dai protagonisti della vicenda relazionale è un elemento determinante a favore della qualificazione. Infatti "da chi esercita una funzione amministrativa, costituzionalmente sottoposta ai principi di imparzialità e buon andamento (art. 97 Cost.), il cittadino si aspetta uno sforzo maggiore, in termini di correttezza, lealtà, protezione e tutela dell'affidamento, rispetto a quello che si attenderebbe dal *quisque de populo*" ⁽²²⁶⁾.

²²⁵⁾ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5, in *Foro amm.*, n. 5, 2018, p. 766 e ss. In particolare, si veda il paragrafo n. 24 e ss. ove la Corte in realtà sviluppa il proprio ragionamento riferendosi specificamente al contesto rappresentato dalla conclusione di un contratto ad evidenza pubblica, ma che può comunque considerarsi valido anche per l'istituto degli accordi *ex art. 11* della legge n. 241/1990.

²²⁶⁾ Cfr. il paragrafo n. 24 in fine.

A questo punto, nel ragionamento esposto dai Giudici di Palazzo Spada assume un ruolo assolutamente centrale la funzione che una lettura costituzionalmente orientata impone di riconoscere al dovere di comportarsi secondo le regole della correttezza e della buona fede. Infatti, proprio perché viene fatto discendere dal principio di solidarietà sociale che pone al centro l'individuo, tale dovere andrebbe legato non più al perseguimento di un'utilità sociale, come potrebbe essere la conclusione del contratto o dell'accordo, bensì alla tutela del diritto della persona di autodeterminarsi liberamente nelle proprie scelte negoziali. Da questa fondamentale considerazione la Corte trae una specifica conseguenza: non è strettamente necessario l'avvio di una trattativa in senso tecnico-giuridico, né tanto meno che questa abbia già raggiunto una fase tanto avanzata da fondare un'aspettativa in ordine alla conclusione del contratto, affinché il comportamento scorretto di una parte possa provocare dei danni all'altra e far sorgere una corrispondente responsabilità. A tal fine è sufficiente che quello stesso comportamento sia tenuto nell'ambito di una situazione relazionale qualificata, in violazione di quel dovere di correttezza e buona fede che, letto alla luce della Costituzione, impone di non incidere negativamente sulla libertà di autodeterminazione negoziale della controparte ⁽²²⁷⁾.

3. L'ambito soggettivo degli accordi e la tutela dei diritti dei terzi

Un principio codicistico sancito in materia contrattuale e dotato di portata generale che, diversamente dal principio di buona fede oggettiva, risulta certamente incompatibile con la disciplina dettata dall'art. 11 della legge n. 241/1990 per tutti gli accordi integrativi e sostitutivi del provvedimento amministrativo, e per questo inapplicabile agli stessi, è il principio di relatività degli effetti del contratto.

Si tratta di un principio che il legislatore ha espressamente affermato al secondo comma dell'art. 1372 c.c. precisando che *“il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla*

²²⁷⁾ Cfr. il paragrafo n. 26.

legge”, ma che può essere ricavato implicitamente anche da altre norme generali quali, ad esempio, il primo comma del medesimo articolo, che esclude che la forza vincolante degli effetti contrattuali possa manifestarsi verso chi parte non è, cioè verso i terzi, o l’ancor più generale art. 1321 c.c. che definisce l’accordo contrattuale come lo strumento attraverso cui le parti possono costituire, regolare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale “*tra loro*”, quindi senza toccare chi è altro rispetto a loro, ossia i terzi ⁽²²⁸⁾.

Non appare particolarmente difficoltoso concludere per l’incompatibilità di un tale principio rispetto alla disciplina dedicata dalla legge sul procedimento amministrativo all’istituto degli accordi se ci si sofferma e si approfondisce il significato della proposizione “*senza pregiudizio dei diritti dei terzi*” inserita dal legislatore all’interno del comma 1 dell’art. 11. Infatti, la funzione che autorevole dottrina assegna a questa proposizione è semplicemente quella di impedire che mediante l’accordo il soggetto privato possa disporre di quanto giuridicamente non gli appartiene, non quella di preannunciare l’inammissibilità di un accordo a fronte dell’eventuale contemporanea sussistenza degli interessi di altri cittadini, poiché è l’amministrazione che deve farsi carico di questi ultimi, verificandoli e apprezzandoli al fine di stabilire se la soluzione pattizia sia o meno opportuna. Non a caso all’interno dell’art. 11 il divieto di pregiudizio dei diritti dei terzi è immediatamente seguito dall’affermazione del dovere dell’amministrazione di perseguire il pubblico interesse ⁽²²⁹⁾.

Se, dunque, da un lato è chiaro che un accordo concluso tra l’amministrazione e il privato ad esso direttamente interessato non può

²²⁸⁾ Sul punto si veda V. ROPPO, op. cit., p. 529 e ss.

²²⁹⁾ In questo senso si è espresso A. TRAVI, *Gli accordi fra proprietari e comune* cit., p. 278, che applicando questa considerazione generale alla materia della pianificazione urbanistica giunge ad affermare che “innanzitutto, l’accordo può avere ad oggetto anche scelte di pianificazione urbanistica, ma deve riguardare solo l’assetto di aree del privato contraente. Non è possibile un accordo che renda edificabili le aree del contraente e, in conseguenza di questa accresciuta edificabilità, imponga vincoli nuovi su aree di terzi. Inoltre, l’accordo non deve mai pregiudicare l’interesse pubblico”.

incidere negativamente sui diritti di taluni soggetti terzi (che proprio per questo avrebbero dovuto essere stati coinvolti), dall'altro lato niente esclude che effetti giuridicamente rilevanti possano registrarsi nei confronti di altri terzi.

Quanto fin qui esposto rappresenta una constatazione da tutti condivisa almeno per quel che riguarda gli accordi sostitutivi di provvedimento. Infatti, impiegando lo strumento consensuale in sostituzione del provvedimento unilaterale la pubblica amministrazione comunque giunge (quanto meno) al risultato cui sarebbe giunta optando direttamente per la via autoritativa. Il che significa che l'accordo sostitutivo sicuramente eredita dal provvedimento sostituito la stessa capacità di produrre effetti nella sfera giuridica di una quantità indeterminata di soggetti terzi, e questo evidentemente giustifica la sussistenza del limite della salvaguardia dei diritti degli stessi. Viceversa, in dottrina non vi è un'analoga uniformità di opinione sul tema per quel che riguarda gli accordi integrativi di provvedimento. Con riferimento a questi, infatti, è stata sostenuta l'insussistenza di una tale clausola di salvaguardia alla luce del fatto che, quand'anche nel procedimento amministrativo intervenisse un accordo tra la parte pubblica e quella privata in ordine al contenuto discrezionale del provvedimento finale, la definitiva fissazione dell'assetto dei rapporti avverrebbe comunque ad opera di quest'ultimo, sicché soltanto dallo stesso potrebbero concretamente derivare degli effetti in grado di incidere la sfera giuridica di soggetti terzi.

Tuttavia, quella per cui, quand'anche le parti si fossero in precedenza accordate sul relativo contenuto, ad essere oggetto di una eventuale impugnazione da parte del terzo leso sarebbe il provvedimento amministrativo poiché è a questo che egli potrebbe ricondurre un qualsiasi pregiudizio da lui subito, appare un'argomentazione sì veritiera ma assolutamente inidonea ad escludere l'efficacia del limite rappresentato dalla salvaguardia dei diritti dei terzi nei confronti dei soli accordi integrativi. Invero, è lo stesso comma 1

dell'art. 11 della legge n. 241/1990 che, nell'imporre il divieto di pregiudicare i diritti dei terzi, dimostra di riferirsi indistintamente sia all'una sia all'altra tipologia di accordo stipulabile. Vi è, dunque, un chiaro e non sottovalutabile dato di diritto positivo che milita a favore di un opposto orientamento interpretativo, ossia quello che considera assoggettato al limite in parola tanto l'accordo sostitutivo quanto l'accordo integrativo del provvedimento. Anche perché ciò consente di soddisfare una duplice esigenza: da un lato quella di "evitare in radice accordi, che abbiano anche solo la parvenza di una collusione in danno di soggetti, su cui andranno a ripercuotersi i principali effetti restrittivi dell'esercizio del potere"; dall'altro lato quella di evitare che l'amministrazione si ritrovi ad essere obbligata ad "eseguire l'accordo emettendo il provvedimento concordato" e, conseguentemente, a subire l'inevitabile "reazione del terzo destinatario passivo del provvedimento che, non avendo partecipato all'accordo, dispone di ogni legittimo strumento di tutela", non potendo fare altrimenti dato che, come si vedrà a breve, per poter recedere l'amministrazione non potrebbe semplicemente convincersi delle ragioni dedotte dal terzo, essendo invece necessarie circostanze sopravvenute ⁽²³⁰⁾.

È sempre a partire dal diritto positivo che, viceversa, si può affermare l'inapplicabilità del limite della salvaguardia dei diritti dei terzi agli accordi che possono intercorrere tra le sole pubbliche amministrazioni. Il comma 2 dell'art. 15 della legge n. 241/1990, infatti, nell'estendere a tali accordi la disciplina prevista dall'art. 11 esclude, oltre al comma 4, anche il comma 1 contenente proprio la clausola di salvezza *de quo*. A ciò si aggiunga poi che molto spesso è la stessa disciplina più specifica dettata per talune tipologie di accordi "orizzontali" a prevedere effetti nei confronti dei terzi.

La proposizione legislativa "*senza pregiudizio dei diritti dei terzi*" di cui al comma 1 dell'art. 11 della legge sul procedimento amministrativo svolge un ruolo determinante anche nella risoluzione di

²³⁰⁾ In questo senso si è espresso G. GRECO, op. cit., p. 210 e ss.

un dubbio che sorge spontaneo se si ha contezza di quanto sia ampia la platea di soggetti terzi sulla cui posizione giuridica è in grado di incidere il provvedimento amministrativo preceduto dall'accordo integrativo o l'accordo sostitutivo del provvedimento stesso. A fronte di ciò, infatti, appare del tutto naturale chiedersi se taluno di questi soggetti terzi debba necessariamente essere parte dell'accordo affinché quest'ultimo possa dirsi efficace.

Non potendosi chiaramente pretendere il consenso di ciascun soggetto comunque interessato senza al contempo rendere praticamente inutilizzabile l'istituto, si individua nella predetta clausola di salvaguardia un criterio selettivo tra parti necessarie di un accordo e terzi che possono essere raggiunti dai relativi effetti. L'operazione, però, richiede attenzione perché per selezionare i terzi che, essendo i loro diritti pregiudicati dall'accordo, devono essere parte di questo, ci si deve soffermare non tanto sulla consistenza della posizione giuridica soggettiva vantata dal singolo soggetto dinanzi al potere esercitato dalla pubblica amministrazione nello stipulare l'accordo (che sarebbe sempre e comunque un interesse legittimo), quanto piuttosto su quelli che potenzialmente potrebbero essere gli esiti dell'esercizio di quello stesso potere. Per il tramite dell'istituto in parola l'amministrazione e il privato direttamente interessato possono sicuramente costituire, modificare o estinguere diritti soggettivi, il che coerentemente ci porta ad interpretare la clausola di salvezza dei diritti dei terzi quale limite agli effetti giuridici degli accordi, che, dunque, potranno sì produrre effetti nei confronti di soggetti terzi ma non quando questi stessi effetti siano tali da concretizzarsi in vicende limitative o estintive della loro sfera giuridica-patrimoniale. Laddove ciò accadesse, infatti, quei terzi andrebbero elevati a parti necessarie dell'accordo e conseguentemente coinvolti nel relativo procedimento decisionale ⁽²³¹⁾.

²³¹⁾ Cfr. G. GRECO, op. cit., p. 206 e ss., secondo cui interpretando in tal modo la clausola di salvezza dei diritti dei terzi è possibile ricavare da essa un idoneo e ragionevole criterio selettivo "in grado di conciliare le esigenze pratiche dell'istituto (che risulterebbe paralizzato se gli accordi dovessero intercorrere con tutti i soggetti

Infine, non si può che rilevare come la capacità riconosciuta agli accordi *ex art.* 11 di incidere in maniera più o meno intensa sulla posizione giuridica dei terzi abbia delle inevitabili conseguenze sul versante della loro tutela giurisdizionale.

In tale ambito, infatti, la proposizione “*senza pregiudizio dei diritti dei terzi*” sta a significare che l’eventuale scelta della pubblica amministrazione di provvedere alla cura dell’interesse pubblico per il tramite di un accordo in tutto o in parte sostitutivo del provvedimento unilaterale deve risultare indifferente per il terzo. Ed è proprio alla stregua di ciò che autorevole dottrina attribuisce a siffatto soggetto la facoltà di impugnare l’accordo non solo laddove questo presenti i vizi di validità disciplinati dalle norme codicistiche, ma anche laddove questo presenti i vizi di legittimità tipici dei provvedimenti amministrativi. Invero, se gli si consentisse di agire unicamente a fronte di un vizio di validità, si finirebbe per pregiudicare il diritto del terzo alla tutela giurisdizionale, non esistendo nel nostro ordinamento una norma che si occupi di trasformare i vizi di legittimità in cause di nullità, e contemporaneamente si renderebbe a lui tutt’altro che indifferente la parziale o totale sostituzione del provvedimento con l’accordo ⁽²³²⁾.

Ad ogni modo, il giudice competente a conoscere delle controversie instaurate dai soggetti terzi avverso gli accordi ritenuti lesivi della loro sfera giuridica rimane il giudice amministrativo ai sensi dell’art. 133, comma 1, lett. a), n. 2 del c.p.a., che, senza fare alcuna distinzione sul piano soggettivo, include all’interno del perimetro della giurisdizione esclusiva tutte le controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi *ex artt.* 11 e 15 della legge n. 241/1990.

giuridicamente interessati dai relativi effetti) con la sua stessa ragion d’essere (che presuppone quanto meno l’adesione dei soggetti che sarebbero principalmente colpiti dall’esercizio del potere): in mancanza di che tali accordi o non avrebbero senso o sarebbero di non agevole applicazione”.

²³²⁾ In questo senso si è espresso F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, n. 3, 2002, p. 447 e 448.

4. L'ambito oggettivo dell'accordo: tra autonomia negoziale e principio di legalità dell'azione amministrativa

Un'affermazione generalmente condivisa è quella secondo cui la scelta di perseguire il pubblico interesse per il tramite di uno strumento consensuale quale quello degli accordi di diritto pubblico in luogo del tradizionale provvedimento amministrativo può apparire opportuna e conveniente solamente laddove consenta tanto alla pubblica amministrazione quanto al cittadino che vi si interfaccia di conseguire un'utilità ulteriore rispetto a quella che scaturirebbe dall'agire unilaterale ⁽²³³⁾.

In effetti, ove così non fosse diventerebbe alquanto complicato cogliere la funzionalità pratica dell'espresso riconoscimento a livello legislativo della facoltà dell'amministrazione di ricercare il consenso di coloro che saranno i destinatari dell'esercizio del potere e, per di più, lo stesso art. 11 della legge n. 241/1990 non sembra dare adito ad orientamenti interpretativi differenti, posto che relativamente a ciò che le parti possono o non possono riversare all'interno dell'accordo esso non dice praticamente nulla. Se, però, da un lato è sicuramente possibile constatare l'assenza di una qualche regolamentazione specifica sul punto, dall'altro lato è altrettanto possibile evidenziare come questa libertà, che il legislatore implicitamente riconosce alle parti in ordine alla determinazione del potenziale contenuto dell'accordo, non possa e non debba assolutamente ritenersi sconfinata.

²³³⁾ In questo senso si è espresso S. GIACCHETTI, *Gli accordi dell'art.11 della legge n.241 del 1990 tra realtà virtuale e realtà reale*, in *Riv. dir. proc. amm.*, n. 3, 1997, p. 519; G. GRECO, op. cit., p. 211 e ss., il quale non esclude che dall'accordo possa scaturire sempre e comunque un qualche vantaggio ulteriore, "sia per l'amministrazione (che, acquisendo il consenso del possibile destinatario dell'atto, rende normalmente inimpugnabile per acquiescenza l'assetto dei rapporti); sia per il cittadino (che vedrebbe assicurato a sua volta l'assetto dei rapporti convenuto, non solo per la trasformazione della potestà discrezionale in attività vincolata, ma anche perché quest'ultima sarebbe inserita in un rapporto obbligatorio vero e proprio)".

L'accordo, infatti, costituisce un'alternativa non al generale esercizio del potere amministrativo, bensì all'esercizio dello stesso in forma unilaterale e autoritativa. In altre parole, l'accordo è pur sempre una manifestazione della discrezionalità amministrativa di cui è titolare la pubblica amministrazione, così come lo è il provvedimento che, in tutto o in parte, sostituisce. Dunque, per quanto lo strumento consensuale possa garantire una maggiore flessibilità nella composizione dei contrapposti interessi, non potrà mai giustificare il superamento del tradizionale principio di legalità, e laddove l'amministrazione se ne serva, dovrà pur sempre muoversi entro i confini delineati dalla summenzionata discrezionalità amministrativa⁽²³⁴⁾.

È proprio mantenendo saldo questo fondamentale assunto di partenza che va affrontata la questione della potenziale incidenza dell'autonomia negoziale sul contenuto dell'accordo.

A questo proposito, non può ignorarsi il fatto che non mancano voci tanto dottrinali quanto giurisprudenziali che, ritenendo che il comma 1 dell'art. 11 della legge n. 241/1990 in realtà "*minus dixit quam voluit*", dimostrano di muoversi verso una direzione diversa. Più precisamente, in tale prospettiva la convenienza pratica legata all'utilizzo dell'accordo starebbe nella sua capacità di ampliare il contenuto del provvedimento in tutto o in parte sostituito e di raggiungere un risultato che per il tramite di quest'ultimo non si sarebbe potuto raggiungere. Una simile capacità discenderebbe proprio dal coinvolgimento del soggetto privato, che manifestando il suo consenso finirebbe addirittura per legittimare l'eventuale superamento del generale principio di legalità⁽²³⁵⁾.

²³⁴⁾ Cfr. A. TRAVI, *Gli accordi fra proprietari e comune* cit., p. 278, ove si afferma che "lo spazio degli accordi in esame è lo stesso del potere amministrativo" e che "l'accordo non può rendere possibile ciò che è vietato dalla legge".

²³⁵⁾ In questo si è espresso N. AICARDI, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamenti e caratteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1, 1997, p. 44 e ss.; R. MICALIZZI, *L'accordo amministrativo può prevedere maggiori oneri a carico del privato*, in *Urb. e app.*, n. 1, 2012, p. 105 e ss., secondo il quale "la rigidità

Com'è facile immaginare, la questione *de qua* è sicuramente collocabile tra quelle più problematiche riguardanti il fenomeno dell'amministrazione per accordi nel suo complesso, dal momento che appare scorretto negare a priori l'esistenza di uno spazio all'interno del quale il cittadino, esercitando in maniera del tutto legittima il suo potere di autoregolamentazione della propria sfera giuridica e manifestando, così, l'essenza stessa dell'autonomia negoziale, possa assumere oneri anche economici ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge, ma, al contempo, appare altrettanto scorretto considerare eccessivamente ampio questo stesso spazio, talmente ampio da agevolare un indisturbato aggiramento dei limiti generalmente imposti dal principio di legalità da parte della pubblica amministrazione.

In proposito, particolarmente persuasiva risulta la prospettiva di chi, in dottrina, affronta il tema impiegando quale criterio determinante l'inserirsi o meno degli impegni ulteriori assunti dal soggetto privato nella "logica della controprestazione"⁽²³⁶⁾. Più in particolare, secondo questo orientamento interpretativo è indubbiamente possibile che la complessità del caso concreto non possa consentire di conciliare il

interpretativa di cui alle sentenze appena analizzate finirebbe col depotenziare oltremodo l'istituto degli accordi amministrativi, che trae buona parte della propria efficacia proprio dalla possibilità di superare i rigidi vincoli entro cui si muove – in un'ottica sempre più garantistica – l'attività autoritativa della pubblica amministrazione”.

In giurisprudenza cfr. Cons. Stato, Sez. V, 29 settembre 1999, n. 1209, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Edilizia e urbanistica*, n. 541, ove la Corte, con riferimento ad un caso riguardante il tema dei c.d. atti d'obbligo unilaterale, ha ritenuto che il consenso del privato fosse un titolo idoneo per l'assunzione di oneri superiori a quelli previsti dalla legge e ha sostenuto che la legittimità di atti di questo genere può essere contestata solo per vizi della volontà e non per vizi di rilievo pubblicistico, come la valutazione del principio di legalità. Cfr. anche Cons. Stato, Sez. VI, 15 febbraio 2002, n. 2636 in *Urb. e app.*, n. 12, 2002, p. 1445 e ss., ove la Corte, pur non prendendo posizione sulla questione di possibili deroghe al principio di tipicità, conclude affermando che “l'accordo si deve rivelare essenziale al fine di raggiungere un equilibrio sull'assetto degli interessi altrimenti non raggiungibile per via autoritativa”; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 8 settembre 2011, n. 2193, in *Urb. e app.*, n. 1, 2012, p. 103 e ss. ove la Corte afferma l'ammissibilità di accordi *ex art.* 11 della legge n. 241/1990 che prevedono a carico della parte privata oneri ulteriori rispetto a quelli prescritti dalla legge.

²³⁶⁾ Sul punto si veda A. TRAVI, op. cit., p. 279 e ss.

miglior perseguimento dell'interesse pubblico con l'interesse privato se non attraverso costose iniziative aggiuntive. Ma in una tale ipotesi l'assunzione delle stesse a carico del cittadino non rappresenterebbe una controprestazione, costituirebbe semmai un presupposto da soddisfare affinché la soluzione pattizia possa dirsi conveniente e ammissibile.

Totalmente diversa, invece, appare l'ipotesi in cui il soggetto privato finisca per impegnarsi all'adempimento di prestazioni ulteriori senza che alcuna corrispondente necessità scaturisca dal caso concreto. In tale prospettiva, infatti, sarebbe proprio il dilatarsi della controprestazione del privato, quale conseguenza dell'assunzione di tali obblighi aggiuntivi, ad esigere lo svolgimento di un controllo sul contenuto complessivo dell'accordo volto ad accertare il rispetto da parte dell'amministrazione della disciplina dettata dalla legge per l'esercizio del potere. Più precisamente, è vero che all'interno del nostro ordinamento manca una disposizione che espressamente imponga una certa proporzione tra la prestazione dell'amministrazione e la controprestazione del soggetto privato, ma è altrettanto vero che un tale parametro non può dirsi completamente estraneo alle logiche dell'eccesso di potere. Per tale ragione questa corrente dottrinale giunge, in conclusione, ad escludere che la pubblica amministrazione possa trovare nella manifestazione dell'altrui consenso una valida giustificazione al compimento di scelte discrezionali irrispettose dei canoni che normalmente dovrebbero governarle e, conseguentemente, ad affermare l'illegittimità di un accordo che preveda "oneri esorbitanti" a carico del privato ⁽²³⁷⁾.

²³⁷⁾ Cfr. A. TRAVI, op. cit., p. 280, ove in conclusione si afferma innanzitutto che "il contenuto degli accordi non può prescindere dalla disciplina del potere amministrativo, con la conseguenza, fra l'altro, che l'accordo non può essere utilizzato dalle amministrazioni come un comodo mezzo per 'rimpinguare' le finanze comunali". Inoltre, secondo l'autore non è vero che le esigenze di garanzia del cittadino che sono alla base del principio di legalità sarebbero inutili, nel caso di un accordo, perché sarebbero superate dal consenso del cittadino. Le esigenze di garanzia hanno sempre un significato, là dove sia una situazione di potere dell'amministrazione. Dove sia una situazione di potere, al privato va riconosciuta una tutela di ampiezza sostanziale non minore di quella che gli spetterebbe di fronte

5. Il recesso della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 11, comma 4, della legge n. 241/1990

Solo a seguito della relativa stipulazione è possibile affermare l'applicabilità agli accordi *ex art. 11* del principio generale "*pacta sunt servanda*" sancito dal codice civile in materia contrattuale e considerato sicuramente compatibile con la disciplina dettata dalla legge sul procedimento amministrativo per tutti gli accordi integrativi e sostitutivi del provvedimento.

Più in particolare, il primo comma dell'art. 1372 c.c. stabilisce che "*il contratto ha forza di legge tra le parti*". È attraverso questa particolare formula, in base alla quale il contratto vincola le parti nello stesso modo in cui la legge vincola i suoi destinatari ⁽²³⁸⁾, che il legislatore ha voluto garantire che il vincolo che è in grado di instaurarsi per effetto della conclusione di un contratto sia dotato di un certo grado di stabilità.

Quella di rendere il neonato rapporto quanto più stabile e durevole possibile è un'esigenza tutt'altro che estranea alla sfera dell'eventuale accordo stipulabile tra la pubblica amministrazione e il soggetto privato. D'altronde, diversamente opinando, e cioè se non gli si desse un minimo di certezza in ordine alla futura persistenza del vincolo, il cittadino potrebbe non trovare più così tanto utile e conveniente a livello pratico la forma consensuale in alternativa a quella unilaterale di esercizio del potere amministrativo. Ma garantire la stabilità del rapporto non è la sola esigenza che emerge a seguito della conclusione di un accordo *ex art. 11*. Oltre a questa, infatti, è assolutamente necessario garantire il rispetto da parte della pubblica amministrazione del vincolo di scopo a cui per legge è assoggettata. In altre parole, se da un lato è corretto considerare l'amministrazione

al provvedimento amministrativo, perché all'origine si riproduce la stessa posizione di inferiorità istituzionale che si verifica di fronte all'esercizio di un potere".

²³⁸⁾ Sul punto si veda V. ROPPO, op. cit., p. 499.

vincolata ai sensi dell'art. 1372 c.c. al contenuto dell'accordo raggiunto, dall'altro lato le si deve necessariamente dar modo di esercitare il proprio potere laddove l'eventuale mutamento delle circostanze di fatto renda l'accordo stesso non più funzionale al soddisfacimento del pubblico interesse.

Ecco, dunque, che assume un peso determinante nella risoluzione di questo, che è uno dei nodi fondamentali che interessa l'intero fenomeno dell'amministrazione per accordi, la disposizione di cui al comma 4 dell'art. 11 della legge n. 241/1990. Nel senso che proprio al fine di conciliare la stabilità del rapporto con l'inesauribilità dell'azione amministrativa legislativamente funzionalizzata, il legislatore consente alla pubblica amministrazione di recedere unilateralmente dall'accordo, ma solamente a fronte di "*sopravvenuti motivi di pubblico interesse*".

È probabilmente quest'ultima precisazione a rappresentare la "chiave di volta". Infatti, strutturando il potere di recesso così attribuito all'amministrazione quale rimedio eccezionale, da esercitare cioè solo a seguito non di una semplice rivalutazione delle condizioni originarie bensì di un reale mutamento delle stesse, lo si è reso sicuramente compatibile con la vincolatività del consenso da essa prestato in sede di stipulazione dell'accordo. Del tutto specularmente, limitando la valenza normalmente illimitata del principio civilistico *pacta sunt servanda* alla permanenza delle condizioni originarie, quindi solo se "*rebus sic stantibus*", lo si è reso sicuramente compatibile con il carattere necessariamente funzionalizzato che contraddistingue l'attività della pubblica amministrazione ⁽²³⁹⁾.

Dunque, è corretto affermare che per comprendere l'equilibrio della soluzione accolta dal legislatore e, contemporaneamente, la reale portata della disposizione di cui al comma 4 dell'art. 11 della legge n.

²³⁹⁾ Si tratta di una considerazione che gode di un consenso dottrinale unanime. Sul punto si veda ad esempio G. GRECO, op. cit., p. 79, oppure L. MONTEFERRANTE, *Ai confini del diritto pubblico: revoca e recesso nella legge sul procedimento amministrativo*, in *Corr. merito*, n. 3, 2006, p. 367.

241/1990 è prima di tutto necessario coordinare quest'ultima con il rinvio ai principi codicistici in materia di obbligazioni e contratti operato dal comma 2 del medesimo articolo. Tant'è vero che anche la seconda parte della norma nasce dall'intento legislativo di riconoscere alla pubblica amministrazione un potere di recesso strutturato in modo tale da non collidere con un ulteriore principio dotato di portata generale, ossia il principio di tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti dell'azione amministrativa ⁽²⁴⁰⁾.

È ormai chiaro, infatti, che il fine del perseguimento e della soddisfazione dell'interesse pubblico deve costituire il fondamento di qualunque decisione assunta dalla pubblica amministrazione. Perciò, laddove nel corso della fase successiva alla stipulazione dell'accordo la situazione di fatto sussistente in precedenza subisca dei mutamenti tali da rendere il relativo contenuto non più compatibile con il suddetto fine, l'amministrazione è tenuta a ritornare sui propri passi e a rivedere le proprie determinazioni. Così facendo, però, essa corre l'elevato ed inevitabile rischio di pregiudicare la controparte privata che, avendo

²⁴⁰⁾ Cfr. A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino* cit., p. 125 e ss., ove l'autore analizza il significato del principio di affidamento nei rapporti con la pubblica amministrazione prendendo in considerazione due profili: "in quali casi viene configurato un affidamento, in quanto tale meritevole di tutela" e "quali sono i contenuti della tutela riconosciuta in questi casi al cittadino". Prima di esporre le proprie considerazioni in ordine a tali quesiti, però, egli fa un'importante premessa. Più in particolare afferma che quello del diritto amministrativo è un contesto "dinamico" in cui vi è un soggetto, ossia la pubblica amministrazione, titolare di un potere tendenzialmente inesauribile e riesercitabile. Per cui ritiene che la garanzia dell'affidamento, per quanto rilevante, va sempre ricostruita senza mettere in discussione la possibilità dell'amministrazione di riesaminare le proprie posizioni con i cittadini al fine di poter realizzare in modo ottimale il pubblico interesse.

Alla luce di ciò, cioè alla luce nella necessità di coordinare la tutela dell'affidamento con la dinamicità del potere amministrativo, Travi sostiene che "non ogni relazione giuridica fra l'amministrazione e il cittadino produce un affidamento"; al tal fine, infatti, deve configurarsi una condizione particolare del cittadino, data "dall'esistenza di un atto, adottato dall'amministrazione o con essa condiviso, che assegna un beneficio specifico". Inoltre, l'autore sostiene che lo scopo del principio di affidamento nel diritto amministrativo non è tanto quello di garantire un esito favorevole al cittadino in conseguenza dell'affidamento, quanto piuttosto quello di garantire allo stesso che l'amministrazione, nell'esercizio di un potere amministrativo discrezionale potenzialmente in grado di sacrificare il suo affidamento, svolga il c.d. bilanciamento degli interessi.

fatto affidamento sulla legittimità e sulla stabilità dell'accordo raggiunto, potrebbe aver addirittura già effettuato investimenti e realizzato interventi strumentali all'esecuzione dello stesso. Pertanto, il legislatore mediante il comma 4 dell'art. 11 della legge n. 241/1990 non si è limitato a riconoscere il potere di recesso della pubblica amministrazione ma ha anche gravato la stessa dell'obbligo "*di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato*", così dimostrando ancora una volta di non ignorarne le sorti.

In proposito è opportuno evidenziare come non sia un caso il fatto che in tale contesto è previsto un obbligo di indennizzo e non un obbligo di risarcimento. Infatti, dinnanzi a sopravvenuti (quindi fino a quel momento non conosciuti) motivi di pubblico interesse, la decisione della pubblica amministrazione di recedere dall'accordo è doverosa e certamente legittima. Per questo è corretto che in questo caso si parli di indennizzo, dal momento che da una tale decisione può scaturire un pregiudizio a danno del privato ma tale pregiudizio sarebbe privo del requisito dell'ingiustizia, la cui presenza è necessaria affinché possa sorgere una responsabilità e un obbligo risarcitorio. Viceversa, un tale requisito può sicuramente ravvisarsi nel danno subito dal soggetto privato laddove tale danno sia frutto di un esercizio del tutto illegittimo del potere di recesso da parte dell'amministrazione perché non sorretto da alcuna motivazione di pubblico interesse ⁽²⁴¹⁾.

A ciò si aggiunga poi che l'impiego del termine "indennizzo" al posto del termine "risarcimento" non manca di riflettersi sul versante della quantificazione dello stesso. Infatti, mentre il concetto di risarcimento implica un pieno ristoro tanto del danno emergente quanto del lucro cessante, così da porre il soggetto danneggiato nella situazione patrimoniale in cui si sarebbe trovato se non fosse intervenuto il

²⁴¹⁾ Sul punto si veda M.C. SPENA, *Esercizio del potere in forma consensuale in materia urbanistica e ius poenitendi della P.A.*, in *Riv. giur. ed.*, n. 6, 2006, p. 1263 e 1264.

recesso, il concetto di indennizzo molto probabilmente è tale da garantire la sola copertura della perdita patrimoniale subita dal privato danneggiato, non anche il profitto che egli non ha potuto conseguire⁽²⁴²⁾, posto che la sua funzione è quella di ristabilire un equilibrio alteratosi per colpa di alcuna delle parti.

L'incertezza che sussiste in merito alla natura giuridica dell'istituto degli accordi di diritto pubblico si ripercuote, riproponendosi in termini se non uguali sicuramente analoghi, sul piano più specifico della natura giuridica del recesso legittimamente esercitabile dalla pubblica amministrazione ai sensi del comma 4 dell'art. 11 della legge n. 241/1990. In altre parole, la generale contrapposizione tra chi, da un lato, interpreta la disciplina di cui all'art. 11 come riferita ad un istituto proprio del diritto pubblico e chi, dall'altro lato, la interpreta come riferita ad un istituto proprio del diritto privato finisce con il rendere non meno polarizzato il dibattito in merito alla qualificazione giuridica dell'istituto del recesso. Ed effettivamente se da un lato quest'ultimo viene considerato espressione del potere di autotutela decisoria dell'amministrazione da chi sostiene la teoria pubblicistica⁽²⁴³⁾, dall'altro lato viene considerato come una fattispecie ascrivibile al novero dei recessi di fonte legale da chi invece sostiene la teoria privatistica⁽²⁴⁴⁾.

Non bisogna, però, commettere l'errore di considerare questo come un aspetto dotato di una rilevanza meramente astratta, posto che a seconda della diversa qualificazione del recesso muta in maniera del tutto corrispondente anche il regime giuridico ad esso applicabile. E

²⁴²⁾ In questo senso si è espressa M.C. SPENA, op. cit., p. 1261.

Contra E. BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblici*, in *Enc. dir.*, agg. V, Milano, 2001, p. 22, ove l'autore afferma la sussistenza di "ragioni di ordine sistematico che inducono a ritenere che la somma da corrispondere al privato danneggiato dal recesso dell'amministrazione debba sempre garantire *in toto* la copertura della perdita patrimoniale subita dallo stesso; e debba anche, nella normalità dei casi, coprire una parte del profitto che il privato non ha potuto conseguire".

²⁴³⁾ Cfr. E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992, p. 67 e ss.; E. BRUTI LIBERATI, op. cit., p. 20 e ss.

²⁴⁴⁾ Cfr. M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni* cit., p. 59 e ss.

così, se si colloca il recesso *ex art. 11*, comma 4 nel novero dei poteri di autotutela decisoria, il relativo atto di estrinsecazione assume natura provvedimentale, determinando conseguentemente l'applicabilità di parte della disciplina sancita in via generale dalla legge sul procedimento amministrativo; se, invece, si considera il recesso *ex art. 11*, comma 4 come una facoltà speciale privatistica attribuita alla pubblica amministrazione dalla legge, trovano sicuramente applicazione le disposizioni di cui al primo e al secondo comma dell'art. 1373 c.c.

A ben vedere, la peculiarità di alcuni tratti della disciplina del potere di recesso esercitabile dall'amministrazione di fronte ad un accordo integrativo o sostitutivo del provvedimento è di ostacolo ad una assoluta e definitiva ricostruzione dello stesso in termini civilistici ovvero pubblicistici ⁽²⁴⁵⁾.

Più in particolare, se da un lato abbiamo una semplice facoltà di recesso dal contratto disciplinata dall'art. 1373 c.c., dall'altro lato abbiamo qualcosa che è al contempo sia un potere sia un dovere, posto che il comma 4 dell'art. 11 è categorico nel preannunciare il recesso dall'accordo da parte dell'amministrazione a fronte di sopravvenuti motivi di interesse pubblico. Inoltre, mentre l'art. 1373 c.c. fissa un limite temporale all'esercizio della facoltà di recesso (*“finché il contratto non abbia avuto principio di esecuzione”*) e non grava il recedente di alcun obbligo di indennizzo, il comma 4 dell'art.11, esattamente all'opposto, non fissa alcun limite temporale all'esercizio del potere-dovere di recesso e obbliga l'amministrazione recedente ad indennizzare eventuali pregiudizi sofferti dal soggetto privato. La ragione stessa che sta alla base di tali differenze di disciplina costituisce un ulteriore elemento che contribuisce a disincentivare un inquadramento totalmente civilistico del recesso di cui al comma 4 dell'art. 11 della legge n. 241/1990. Quest'ultimo, infatti, non è

²⁴⁵⁾ In questo senso si è espresso L. MONTEFERRANTE, *Ai confini del diritto pubblico* cit., p. 368 e ss.

propriamente una manifestazione del diritto al ravvedimento di colui che non è più interessato alla continuazione del rapporto; esso semmai rappresenta lo strumento assegnato alla pubblica amministrazione affinché questa possa continuare a rispettare il vincolo di scopo al quale per legge è assoggettata quand'anche fosse vincolata al contenuto di un accordo, senza però sacrificare eccessivamente e ingiustificatamente l'affidamento di controparte.

Tuttavia, è opportuno sottolineare che tali considerazioni, pur essendo allo stesso tempo idonee ad allontanare il potere-dovere di recesso di cui al comma 4 dell'art. 11 dal recesso civilistico di cui all'art. 1373 c.c. e ad avvicinarlo alla revoca unilaterale di cui all'art. 21 *quinquies* della legge n. 241/1990 ⁽²⁴⁶⁾, non sono comunque sufficienti a giustificare un suo inquadramento totalmente pubblicistico. Non si può, in effetti, ignorare il fatto che il prodotto dell'esercizio del potere di revoca è sempre l'inefficacia di un atto unilaterale, dal momento che il relativo oggetto è chiaramente individuato dall'art. 21 *quinquies* nel provvedimento amministrativo ad efficacia durevole. Invece, il prodotto dell'esercizio del potere-dovere di recesso *ex art.* 11, comma 4 è sempre lo scioglimento del rapporto giuridico instauratosi a seguito della stipulazione di un accordo, che ovviamente è un atto bilaterale.

Alla luce di tutto ciò, dunque, non appare completamente ingiustificata la posizione intermedia sostenuta da chi, in dottrina, vede nel potere-dovere di recesso che il legislatore, mediante il comma 4 dell'art. 11 della legge n. 241/1990, riconosce alla pubblica

²⁴⁶⁾ Ai sensi del comma 1 di tale articolo *“Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento o, salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ed efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina l'inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti. Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo”*.

amministrazione “un istituto a sé stante”, dotato di una particolare disciplina capace di distinguerlo dal recesso civilistico in senso proprio ma senza ricondurlo *tout court* negli schemi dell'autotutela decisoria pubblicistica ⁽²⁴⁷⁾.

Vi è, tuttavia, un aspetto su cui nessuna ricostruzione dell'istituto in termini privatistici, pubblicistici o misti risulta in grado di incidere: la forma del recesso.

Seppure sul punto il comma 4 dell'art. 11 non si esprima, si deve ritenere che il potere-dovere di recesso debba necessariamente esercitarsi secondo canoni di formalità e questo per evidenti motivazioni dipendenti dalla specifica condizione cui per legge è subordinato. È proprio attraverso l'atto di recesso, infatti, che la pubblica amministrazione deve esporre le sopravvenute ragioni di pubblico interesse che la inducono a determinarsi in tal senso; ed è proprio l'atto di recesso che, risolvendo il vincolo giuridico fino a quel momento sussistente tra le parti, conferisce alla pubblica amministrazione il potere (del tutto analogo a quello consumatosi in precedenza con la stipulazione dell'accordo) di agire in conseguenza al mutato quadro delle circostanze di fatto ⁽²⁴⁸⁾. Per tali motivi non appare per nulla persuasiva quella tesi di elaborazione giurisprudenziale secondo cui “l'esercizio del potere di recesso da parte dell'amministrazione non necessariamente deve tradursi in un provvedimento, ben potendo essere desunto per *facta concludentia* dall'adozione di altri atti incompatibili con la persistenza e

²⁴⁷⁾ Sul punto si veda L. MONTEFERRANTE, op. cit., p. 369, secondo il quale “il potere-dovere di recesso unilaterale dell'amministrazione dal punto di vista strutturale richiama i caratteri propri del recesso civilistico, soprattutto per quanto concerne il meccanismo secondo cui opera l'effetto estintivo del rapporto, mentre dal punto di vista funzionale, dello scopo cioè cui è preordinato, presenta maggiori elementi di affinità con la revoca abrogazione e soprattutto si riconferma come istituto in cui si esprime l'esigenza di contemperare il principio della stabilità del vincolo contrattuale con quello della necessaria soggezione dell'azione amministrativa al vincolo di scopo”.

²⁴⁸⁾ In questo senso si è espresso E. BRUTI LIBERATI, op. cit., p. 22; L. MONTEFERRANTE, op. cit., p. 370 e 371.

l'adempimento del vincolo contrattuale" ⁽²⁴⁹⁾. Aderendo ad un tale orientamento interpretativo, infatti, si finirebbe per valorizzare unicamente ed eccessivamente il principio di inesauribilità del potere amministrativo, a completo discapito del principio di vincolatività del consenso, che, come sopra affermato, trova sicuramente applicazione anche dinnanzi ad un accordo integrativo o sostitutivo del provvedimento, seppur con tutti i dovuti adattamenti del caso.

5.1 Rinegoziazione e *potestas variandi*

La semplice lettura della disposizione di cui al comma 4 dell'art. 11 della legge n. 241/1990 può condurre ad una chiara ma inesatta conclusione, ossia quella secondo cui di fronte a situazioni sopravvenute alla stipulazione dell'accordo tali da mutare gli esiti della ponderazione dei vari interessi coinvolti originariamente effettuata, la pubblica amministrazione ha a sua disposizione solamente lo strumento del recesso unilaterale e, quindi, non ha altra scelta se non quella di conservare intatto il rapporto precedentemente instauratosi ovvero risolverlo in via definitiva. Se, infatti, è sicuramente vero che nella disposizione in esame il legislatore fa espresso riferimento a nient'altro se non alla più radicale soluzione rappresentata dal recesso dell'amministrazione, appare al contempo non meno evidente l'illogicità che permea una così rigida interpretazione, soprattutto ove si tenga a mente che molto più spesso di quanto si pensi le sopravvenute esigenze di pubblico interesse hanno una consistenza tale da richiedere per la loro soddisfazione non necessariamente l'eliminazione dell'accordo bensì la semplice modificazione del suo contenuto ⁽²⁵⁰⁾.

²⁴⁹⁾ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 30 settembre 2013, n. 4872, in *Urb. e app.*, n. 2, 2014, p. 195 e ss.; Cons. Stato, Sez. VI, 14 gennaio 2002, n. 173, in *www.dejure.it*.

²⁵⁰⁾ In questo senso si è espresso A. RALLO, *Appunti in tema di rinegoziazione negli accordi sostitutivi di provvedimenti*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2, 1993, p. 319 e 320, secondo il quale sarebbe "indispensabile una diversa ricostruzione della disposizione in esame, il cui dato testuale non presenta margini di tassatività tali da non poter essere ricondotto verso una interpretazione più conforme alla logica ed ai principi generali dell'ordinamento"; G. GRECO, *Accordi amministrativi* cit., p. 246.

A quest'ultimo proposito, è opportuno rilevare come in realtà siano astrattamente individuabili almeno due vie, alternative a quella rappresentata dal recesso unilaterale, percorrendo le quali la pubblica amministrazione potrebbe riuscire a gestire, neutralizzandole, eventuali sopravvenienze; tuttavia, non entrambe possono considerarsi sempre concretamente ammissibili e praticabili.

Innanzitutto, nessuno in dottrina esclude che, al sopraggiungere di nuovi motivi di interesse pubblico incompatibili con l'assetto originario, la pubblica amministrazione possa intraprendere un tentativo di rinegoziazione del contenuto dell'accordo con la controparte privata prima di decidere di porre definitivamente fine al relativo rapporto. Più in particolare, nonostante il legislatore non si sia chiaramente espresso in tal senso, quest'ultima viene considerata come una facoltà sicuramente, anche se solo indirettamente, ricavabile dal riconoscimento stesso del potere-dovere di recesso di cui al comma 4 dell'art. 11.

Va, infatti, tenuto sempre a mente che per quanto quest'ultimo più radicale strumento consenta alla pubblica amministrazione di ricalibrare in qualsiasi momento la propria azione in modo tale da mantenerla costantemente puntata verso il fine della soddisfazione del pubblico interesse, non può comunque dirsi privo di qualche riflesso sgradito in termini di certezza e stabilità del rapporto e in termini di affidamento della controparte privata; senza peraltro contare la sua non gratuità. In altri termini, se si considera ammissibile un'opzione, quale quella del recesso unilaterale, dotata tanto di pregi quanto di difetti, è logicamente corretto considerare altrettanto ammissibile un'opzione, quale quella della rinegoziazione, dotata dei medesimi pregi ma priva dei suddetti difetti. A ciò si aggiunga che l'affermazione di un simile potere si pone tutt'altro che in contrasto con alcuni di quei principi generali che, ai sensi della legge n. 241/1990, governano qualunque attività amministrativa. Si pensi, ad esempio, al principio di negoziabilità del potere amministrativo ricavabile dallo stesso art. 11:

la possibilità di raggiungere un nuovo punto di incontro tra le parti di un accordo già stipulato è espressione del più generale *favor* per il ricorso a moduli consensuali, implicanti cioè un dialogo tra la parte pubblica e la parte privata, al posto dei più tradizionali moduli autoritativi. Questa stessa possibilità, inoltre, risulta pienamente coerente con i principi di efficienza e duttilità dell'azione amministrativa, poiché, presupponendo una continua comparazione degli interessi, rende l'accordo "elastico" e adattabile ad eventuali mutamenti delle condizioni originarie. Infine, la facoltà di rinegoziazione è evidentemente una manifestazione del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa, posto che nel momento in cui il relativo tentativo va a buon fine le si può attribuire anche il merito di sottrarre la controparte privata a buona parte dei sacrifici che subirebbe in caso di recesso dell'amministrazione ⁽²⁵¹⁾.

Invero, proprio in forza di tutte queste fondate argomentazioni dottrina ⁽²⁵²⁾ e parte della giurisprudenza ⁽²⁵³⁾ fanno unanimemente un passo ulteriore. Nel senso che esse non si limitano a ritenere corretto e,

²⁵¹⁾ Sul punto si veda A. RALLO, op. cit., p. 323 e ss.

²⁵²⁾ Cfr. A. RALLO, op. cit., p. 327, che dinanzi alla negoziabilità del potere amministrativo e al valore solo *rebus sic stantibus* dell'accordo coniuga la potestà di recesso di cui al comma 4 dell'art. 11 ad un onere di rinegoziazione dell'accordo originario; G. GRECO, op. cit., p. 249, secondo il quale l'amministrazione non potrebbe esercitare il recesso dall'accordo "senza aver prima verificato se non sussistano le condizioni e la possibilità concreta di una modifica consensuale dell'assetto dei rapporti. Sicché il dovere di rinegoziazione finisce per costituire un presupposto di legittimità, oltre che un adeguato contrappeso, ai poteri unilaterali pur riconosciuti all'amministrazione contraente"; E. BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblici* cit., p. 21, che evidenzia come secondo una consolidata elaborazione dottrinale "il recesso è ammissibile soltanto per esigenze pubblicistiche che siano gravi e non soddisfacibili altrimenti, senza il sacrificio della posizione del contraente privato. Per questo, prima di disporre il recesso l'amministrazione contraente è tenuta a ricercare se non vi siano soluzioni alternative che non consentano di realizzare egualmente gli interessi pubblici da essa perseguiti; e, se tali soluzioni alternative ricorrono, la risoluzione unilaterale dell'accordo non è ammessa".

²⁵³⁾ Cfr. T.A.R. Molise, Campobasso, Sez. I, 17 maggio 2017, n. 184, in *www.dejure.it*, ove secondo la Corte sono i principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa e il principio costituzionale di buon andamento ad imporre, nell'ambito di un accordo ex art. 11 della legge n. 241/1990, il ricorso allo strumento rinegoziativo ogni qual volta ciò sia reso necessario da sopravvenienze di fatto.

quindi, ad ammettere il tentativo di modificazione consensuale dell'assetto dei rapporti, ma si spingono addirittura fino al punto di gravare la pubblica amministrazione di un vero e proprio obbligo alla rinegoziazione del contenuto dell'accordo, a cui essa deve necessariamente adempiere affinché possa dirsi totalmente legittimo l'eventuale esercizio da parte sua del potere-dovere di recesso.

Se per il tramite di una interpretazione estensiva della disposizione di cui al comma 4 dell'art. 11 della legge n. 241/1990 è sicuramente possibile affermare che a fronte di sopravvenuti motivi di interesse pubblico l'amministrazione che si sia precedentemente vincolata al contenuto di un accordo è tenuta ad intraprendere un tentativo di rinegoziazione dello stesso senza optare direttamente per la soluzione più radicale del recesso, non è ugualmente sostenibile che nella medesima circostanza essa possa sempre dirsi titolare di una *potestas variandi*.

Tra gli addetti ai lavori, infatti, vi è unità ed armonia nell'escludere recisamente che alla pubblica amministrazione possa essere riconosciuta la spettanza in via generale di una facoltà di modificazione unilaterale del contenuto dell'accordo al cui esercizio ricorrere al fine di adattare quest'ultimo alla nuova situazione di fatto venutasi a creare successivamente alla sua stipulazione. Questo essenzialmente perché pur costituendo, al pari della rinegoziazione, una via alternativa alla definitiva eliminazione del vincolo instauratosi tra le parti, la generale attribuzione di una tale facoltà all'amministrazione potrebbe finire per scoraggiare il concreto ricorso alla soluzione pattizia, posto che essa sarebbe legittimata a correggere, a proprio piacimento e senza alcun coinvolgimento della controparte privata, i termini dell'accordo, conseguentemente rischiando di importare all'interno di quest'ultimo uno squilibrio tale da far venire meno qualsiasi interesse del cittadino alla conservazione del rapporto ⁽²⁵⁴⁾. A ciò si aggiunga poi che potrebbe non essere una eventualità così remota

²⁵⁴⁾ Sul punto si veda M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni* cit., p. 67 e ss.

quella in cui la pubblica amministrazione in forza della propria *potestas variandi* apporti in modo unilaterale delle modifiche che in realtà nascondono una scorretta imposizione al privato di prestazioni aggiuntive⁽²⁵⁵⁾.

È tuttavia opportuno precisare che sebbene per le motivazioni ora esposte un simile potere non possa essere riconosciuto in via generale alla pubblica amministrazione, nulla esclude che siano specifiche normative di settore⁽²⁵⁶⁾ o l'accordo stesso⁽²⁵⁷⁾ ad attribuire espressamente all'amministrazione la facoltà (da esercitare comunque soltanto a seguito di un fallito tentativo di rinegoziazione) di apportare unilateralmente talune modificazioni a quanto pattuito al verificarsi di determinate circostanze.

Tenendo conto di tutto quanto finora detto è, pertanto, possibile riconoscere l'esistenza di un preciso schema di azione a cui la pubblica amministrazione, al sopraggiungere di nuovi motivi di interesse

²⁵⁵⁾ In questo senso si è espresso E. BRUTI LIBERATI, op. cit., p. 24, secondo il quale “la negazione del potere di modifica unilaterale delle condizioni contrattuali discende direttamente dai principi costituzionali in tema di imposizione di prestazioni personali o patrimoniali”.

²⁵⁶⁾ In materia di pianificazione urbanistica, ad esempio, la giurisprudenza da tempo riconosce all'amministrazione comunale la *potestas variandi*, ossia la facoltà di apportare modifiche alle prescrizioni del piano regolatore generale, anche se incompatibili con i vincoli eventualmente in precedenza assunti mediante la stipula di una convenzione di lottizzazione, purché esse siano sorrette da esigenze sopravvenute o dalla necessità di perseguire in maniera più idonea l'interesse pubblico. Sul punto cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 25 luglio 2001, n. 4073, in *Foro amm.*, n. 7-8, 2001, p. 1938; Cons. Stato, Sez. IV, 31 gennaio 2005, n. 222, in *Riv. giur. ed.*, n. 6, 2006, p. 1254 e ss., ove la Corte esclude espressamente l'invocabilità del contenuto di una convenzione di lottizzazione a fronte di una successiva diversa regolamentazione dell'attività edilizia nella zona.

Per una riflessione sul tema dello *ius variandi* in materia di pianificazione urbanistica si veda F. GUALANDI, *Gli accordi nell'urbanistica negoziale con particolare riferimento all'art. 18 della Legge regionale dell'Emilia-Romagna n. 18/2000*, in *LexItalia.it*, n. 7-8, 2008, p. 5.

²⁵⁷⁾ Cfr. G. GRECO, op. cit., p. 247, secondo il quale “se è vero che l'amministrazione non può contrattualmente rinunciare ‘a priori’ all'esercizio dei poteri ulteriori previsti dalla legge (una rinuncia di tal fatta sarebbe probabilmente nulla e comunque illegittima), non è vero il contrario: e, cioè, che l'amministrazione non possa pattuire di riservarsi un ulteriore esercizio dello stesso potere amministrativo, per circostanze sopravvenute e con le modalità che si vorranno contrattualmente stabilire”.

pubblico incompatibili con l'assetto fissato nell'accordo precedentemente stipulato, deve attenersi. Essa, più in particolare, dovrà, come prima cosa, sempre intraprendere un tentativo serio e compiuto di rinegoziazione con la controparte privata. Se e solo se questa prima strada non conduce ai risultati sperati, cioè all'adattamento dell'accordo alla sopravvenuta situazione di fatto, l'amministrazione potrà legittimamente procedere con la modificazione unilaterale dei termini precedentemente concordati (sempre se titolare del relativo potere) ovvero con il più radicale e definitivo recesso ai sensi del comma 4 dell'art. 11 della legge sul procedimento amministrativo.

5.2. Accordi ex art. 11 e poteri di autotutela decisoria

Per lungo tempo la questione del possibile esercizio, in relazione agli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento, dei poteri di autotutela decisoria, ed in particolare del potere di annullamento d'ufficio di cui all'art. 21 *nonies* della legge sul procedimento amministrativo, poteva sicuramente essere collocata tra quelle questioni connotate da una predominante incertezza interpretativa. Dall'art. 11 della medesima legge, infatti, non era possibile desumere alcun elemento utile a riguardo e questo inevitabilmente non faceva altro che alimentare l'elaborazione e la manifestazione di svariate opinioni dottrinali. Più in particolare, se da un lato vi era chi affermava l'applicabilità agli accordi dell'istituto dell'annullamento d'ufficio proprio in forza della mancanza di una disciplina derogatoria dettata dall'art. 11 ed anche in forza del fatto che ad eguale conclusione si giungeva persino nell'ambito della procedura ad evidenza pubblica⁽²⁵⁸⁾,

²⁵⁸⁾ Cfr. G. GRECO, *Accordi amministrativi* cit., p. 250-251, ove però si precisa che nel momento in cui l'annullamento d'ufficio incide su di un accordo amministrativo "anche l'interesse pubblico all'annullamento deve essere radicato su esigenze sopravvenute e non può più essere ritenuto immanente" poiché altrimenti "l'amministrazione opererebbe una nuova e diversa valutazione dell'interesse pubblico a circostanze immutate, rispetto al quale, peraltro, risulta aver esaurito ogni potere".

dall'altro lato vi era chi, viceversa, negava l'applicabilità agli accordi del potere di cui all'art. 21 *nonies* perché “del tutto stridente con il regime degli atti consensuali e con il principio di paritarità su cui tale regime è fondato”⁽²⁵⁹⁾.

In un tale contesto passò tutt'altro che inosservato l'intervento operato dal legislatore agli inizi degli anni 2000⁽²⁶⁰⁾, posto che, inserendo all'interno dell'art. 11 il comma 4 *bis*, egli contribuì a ridimensionare completamente la portata del problema *de quo*.

Come in precedenza analizzato⁽²⁶¹⁾, infatti, ai sensi di quest'ultima disposizione prima di procedere con la stipulazione dell'accordo “*l'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento*” deve emettere una “*determinazione*” contenente, di fatto, l'esposizione delle ragioni che l'hanno indotto a preferire, nell'esercizio delle sue funzioni, il modulo consensuale rispetto a quello tradizionale unilaterale ed autoritativo e dello specifico interesse pubblico che in tal modo intende perseguire. Il tutto “*a garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa*”. Chiaramente, la previsione di una determinazione preliminare di natura provvedimentale ha avuto (e non poteva che avere) un impatto molto rilevante sulla questione legata al possibile annullamento d'ufficio dell'accordo, poiché ha imposto una soluzione in termini negativi della stessa. In altre parole, attualmente nella disciplina degli accordi è espressamente prevista l'adozione di uno specifico provvedimento amministrativo (la determinazione preventiva) avente la precisa funzione di preannunciare la volontà dell'amministrazione di optare per la soluzione pattizia. Sicché nell'ipotesi di illegittimo esercizio del

²⁵⁹⁾ Cfr. M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni* cit., p. 72. In senso conforme pur muovendosi in un'ottica prevalentemente pubblicistica A. RALLO, *Appunti in tema di rinegoziazione* cit., p. 332.

²⁶⁰⁾ Ci si riferisce ovviamente alla riforma operata per il tramite della legge 11 febbraio 2005, n. 15 che, come sappiamo, ha interessato non solo le previsioni legislative specificamente dedicate agli accordi integrativi e sostitutivi del provvedimento ma l'intera legge sul procedimento amministrativo.

²⁶¹⁾ Cfr. *supra* Paragrafo n. 5.1, Capitolo I.

potere sarà proprio questo l'atto nei cui confronti l'amministrazione stessa indirizzerà la sua azione in autotutela ⁽²⁶²⁾. Poi, com'è ovvio, sussistendo tra accordo e determinazione unilaterale previamente adottata un diretto collegamento, sul primo non possono non ripercuotersi eventuali vizi presenti nella seconda. Per cui l'effetto retroattivo dell'annullamento della determinazione preventiva finirà automaticamente per travolgere l'accordo ⁽²⁶³⁾.

A questo punto, dunque, può certamente affermarsi che l'esercizio da parte della pubblica amministrazione del potere di annullamento d'ufficio che ad essa l'art. 21 *nonies* della legge n. 241/1990 generalmente riconosce non trova alcun ostacolo, ed anzi trova un appiglio all'interno della più specifica disciplina dedicata agli accordi in tutto o in parte sostitutivi del provvedimento. Invece, non altrettanto sembra potersi dire con riferimento all'altro potere di autotutela decisoria che la legge sul procedimento amministrativo attribuisce alla pubblica amministrazione, ossia al già più volte menzionato potere di revoca del provvedimento di cui all'art. 21 *quinquies*.

In dottrina, infatti, vi è chi evidenzia come il riconoscimento alla pubblica amministrazione della facoltà di impiegare nei confronti della determinazione preventiva lo strumento della revoca unilaterale finirebbe per privare di qualsiasi valore la clausola "*rebus sic stantibus*" posta dal legislatore quale limite al recesso dall'accordo *ex* art. 11, comma 4 ⁽²⁶⁴⁾. Più in particolare, in risposta alla duplice e contestuale esigenza di offrire alla controparte privata una qualche garanzia in ordine alla stabilità dell'accordo e di consentire

²⁶²⁾ In questo senso si è espresso M. RENNA, *op. cit.*, p. 71 e 72.

²⁶³⁾ Per un approfondimento sul più generale tema dei rapporti tra atto presupposto ed atto presupponente e della c.d. invalidità derivata si veda A. CALEGARI, *L'invalidità derivata nei rapporti tra atti amministrativi*, Padova, 2013, ove, tra le altre cose, si afferma che "le conclusioni raggiunte con riguardo ai rapporti tra atti amministrativi" possono valere, con gli opportuni adattamenti, "anche per le relazioni che questi possono rispettivamente intrattenere, dal lato passivo o dal lato attivo, con le leggi, le sentenze, gli accordi e i contratti".

²⁶⁴⁾ Cfr. L. MONTEFERRANTE, *Ai confini del diritto pubblico* *cit.*, p. 371 e ss.

all'amministrazione di continuare a perseguire l'interesse pubblico (che notoriamente presenta un elevato grado di mutevolezza) nonostante la vincolatività dell'accordo stesso, l'esercizio del potere-dovere di recesso viene, come già sappiamo, legislativamente subordinato ad un reale e non trascurabile mutamento dell'originaria situazione di fatto. Diversamente, la disposizione di cui all'art. 21 *quinquies* non necessariamente richiede che il potere di revoca del provvedimento venga esercitato a fronte di sopravvenuti motivi di interesse pubblico, essendo sufficiente anche una semplice "nuova valutazione dell'interesse pubblico originario".

Ciò induce parte della dottrina a concludere nel senso della non configurabilità di un potere di revoca in relazione alla determinazione preventiva ⁽²⁶⁵⁾. In tale prospettiva, infatti, si ritiene che ammettendo l'esercizio da parte della pubblica amministrazione di un tale potere nei confronti della determinazione preliminare si delineerebbe una via che, se imboccata, potrebbe sicuramente condurre verso una facile elusione del divieto di recedere dall'accordo in assenza di precisi presupposti di fatto. Cosa che, tra l'altro, si rifletterebbe negativamente sul grado di stabilità del rapporto, rendendo, agli occhi del cittadino, non più così

²⁶⁵⁾ Se ben si è compreso, alle medesime conclusioni (anche se sorrette da diverse ragioni) giunge C. SANTACROCE, *La stabilità degli accordi tra pubbliche amministrazioni*, Padova, 2014, p. 220 e ss. Secondo l'autore, infatti, "affermare la natura amministrativa di un atto non equivale a dire che esso sia, per ciò stesso, sempre revocabile" e la determinazione preventiva sarebbe proprio un esempio di atto amministrativo non revocabile. Questo essenzialmente perché essa esaurisce interamente l'effetto suo proprio con la stipula dell'accordo, sicché, a seguito di tale specifico momento, non potrebbe più essere revocata; potrebbe semmai essere annullata in presenza di un vizio di legittimità, con un conseguente travolgimento in via derivata dell'accordo stesso.

In tale prospettiva, peraltro, non costituirebbe un elemento in grado di privare di fondamento quanto appena affermato il comma 1 *bis* dell'art. 21 *quinquies* che indica come revocabili anche gli atti amministrativi ad efficacia istantanea. A detta dell'autore, infatti, "pur se tentati dal 'canto ammaliatore' dell'odierno signore del diritto, si è tuttavia più inclini a credere che l'autorità della legge non sia comunque in grado di trasformare in logicamente possibile ciò che – sul piano concettuale – possibile non è (...) e ciò, tra le altre cose, anche perché in tal modo ci si esporrebbe al rischio di costruire una tesi su fondamenta poco sicure, gettate in forza di decisioni contingenti da un legislatore spesso maldestro".

conveniente a livello pratico il modulo consensuale in alternativa a quello tradizionale unilaterale.

5.3 Il recesso dagli accordi tra amministrazioni pubbliche

Un'analisi in ordine alla portata non solo teorica ma anche pratica dell'istituto del recesso nell'ambito del fenomeno dell'amministrazione per accordi non può dirsi completa se non ci si sofferma, seppur sommariamente, sul c.d. "dato legislativo omissivo" riscontrabile all'interno dell'art. 15 della legge n. 241/1990.

Com'è noto ⁽²⁶⁶⁾, quest'ultima disposizione al comma 1 ammette in via generale l'eventualità che due o più pubbliche amministrazioni concludano tra loro accordi, in modo tale da collaborare nella pianificazione coordinata delle future rispettive azioni e conseguentemente soddisfare i corrispondenti interessi pubblici altrimenti non soddisfacibili in via unilaterale, o comunque soddisfacibili ma con esiti non altrettanto positivi in termini di semplificazione, efficacia ed efficienza amministrativa. Nonostante la diversità di scopo (organizzativo e semplificativo dell'azione amministrativa nell'un caso e agevolativo della partecipazione privata al procedimento nell'altro caso), non appare per nulla scorretto definire gli accordi tra sole pubbliche amministrazioni come una variante più specifica dell'istituto base rappresentato dagli accordi che la singola pubblica amministrazione può stipulare con i soggetti privati. Tant'è vero che è lo stesso comma 2 dell'art. 15 della legge n. 241/1990 ad assoggettare espressamente gli accordi "orizzontali" alle norme di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 11 della medesima legge.

Proprio a tal proposito non può assolutamente ignorarsi un particolare della disciplina riservata dall'art. 15 agli accordi tra pubbliche amministrazioni che è in grado di destare tra gli addetti ai lavori più di qualche perplessità. Ci si riferisce al fatto che all'interno di tale articolo manca una disposizione analoga a quella contenuta al

²⁶⁶⁾ Cfr. *supra* Paragrafo n. 6, Capitolo I.

comma 4 dell'art. 11 o, quanto meno, il rinvio alla stessa. In altre parole, manca una norma che attribuisca espressamente alla pubblica amministrazione il potere di recedere unilateralmente dall'accordo stipulato con altri soggetti pubblici in caso di sopravvenute circostanze che rendano la permanenza del rapporto consensuale pregiudizievole per il pubblico interesse.

Quella non espressamente richiamata dal legislatore all'interno dell'art. 15 non è una disposizione qualunque, posto che la previsione di un potere-dovere di recesso (con annesso obbligo di indennizzo) della pubblica amministrazione a fronte di sopravvenuti motivi di interesse pubblico rappresenta uno dei pilastri fondamentali nell'architettura dell'istituto degli accordi *ex art. 11*. Questo ci può sicuramente far comprendere che nel quadro di disciplina dedicato agli accordi tra sole pubbliche amministrazioni una tale mancanza non può che pesare parecchio, il che è anche il motivo per cui sia in dottrina sia in giurisprudenza ci si affanna per individuare tra le righe di questo "omesso rinvio" una "precisa volontà legislativa"⁽²⁶⁷⁾.

Per la verità, ad oggi non si è ancora giunti ad una adeguata ed univoca soluzione della questione legata all'ammissibilità o meno di un potere di scioglimento unilaterale del vincolo giuridico derivante dalla stipulazione di un accordo tra amministrazioni, e ciò lo si può notare con chiarezza già solo dal comportamento del giudice amministrativo, che costantemente oscilla tra l'esclusione ovvero l'affermazione di un tale potere. Infatti, mentre una prima corrente giurisprudenziale, valorizzando il principio di vincolatività sancito dall'art. 1372 c.c. e

²⁶⁷⁾ Cfr. C. SANTACROCE, *La stabilità degli accordi* cit., p. 130, che a tal riguardo ricorda come sia stato sostenuto che "il legislatore, omettendo di richiamare detta norma, abbia in sostanza introdotto nell'ordinamento una chiara disposizione legislativa, la quale, per taluni, sarebbe poi valsa ad escludere l'ammissibilità di un potere amministrativo di recesso unilaterale in relazione agli accordi intercorsi tra due (o più) pubbliche amministrazioni, e per talaltri, invece, ad indicare l'inoperatività, rispetto a detti accordi, dei presupposti e delle conseguenze giuridiche-patrimoniali contemplati dalla norma non richiamata, a fronte dell'esercizio di un potere – quello di recesso – di per sé sussistente in capo a ciascuna delle amministrazioni partecipanti all'accordo".

applicabile anche agli accordi tra sole pubbliche amministrazioni in forza dell'esplicito richiamo dell'art. 11, comma 2 operato dall'art. 15, finisce per negare la sussistenza di un potere pubblicistico di scioglimento unilaterale del vincolo, perché ritenuto tacitamente rinunciato proprio a seguito della stipulazione dell'accordo ⁽²⁶⁸⁾, una seconda corrente giurisprudenziale si muove nella direzione esattamente opposta. Nel senso che, valorizzando il principio di inesauribilità del potere amministrativo al punto tale da rendere inapplicabile il suddetto principio civilistico di vincolatività, finisce per riconoscere in capo a ciascuna delle amministrazioni coinvolte nell'accordo un potere di scioglimento unilaterale del vincolo, attivabile ogniqualvolta siano specifiche esigenze pubblicistiche a richiederlo ⁽²⁶⁹⁾.

Che il tema sia ancora dominato da una forte incertezza lo si può, però, notare anche a livello dottrinale, ove questa contrapposizione di opinioni si ripropone in termini sostanzialmente analoghi.

Da un lato, infatti, vi è chi intravede nel mancato rinvio, da parte dell'art. 15, alla norma di cui al comma 4 dell'art. 11 la volontà del legislatore di sottrarre alle pubbliche amministrazioni parti di un accordo di collaborazione quel potere di recesso unilaterale che

²⁶⁸⁾ Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 8 novembre 2004, n. 5620, in *Urb. e app.*, n. 7, 2005, p. 837 e ss., ove è stato testualmente affermato che “la stipula dell'accordo equivale ad una rinuncia tacita, per *facta concludentia*, all'esercizio del potere” e che “lo scioglimento unilaterale del vincolo non potrà essere conseguito attraverso il potere di revoca o quello, più generale, di autotutela, per la semplice constatazione che un tale potere deve ritenersi rinunciato in forza della stipulazione dell'accordo”.

²⁶⁹⁾ Cfr. T.A.R. Marche, 19 settembre 2003, n. 1015, in *Foro amm. – T.A.R.*, n. 9, 2003, p. 2600 e ss., ove è stato testualmente affermato che “l'assenza nell'art. 15, l. 7 agosto 1990, n. 241 di un richiamo al comma 4 del precedente art. 11, che espressamente consente il recesso – previo indennizzo – dall'accordo per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, non esclude la possibilità per l'amministrazione di recedere dall'accordo, considerato che è proprio della funzione d'amministrazione attiva il generale potere di revoca del provvedimento, del quale l'accordo ha il contenuto ed al quale è sottesa la cura di un pubblico interesse, per cui è affievolita la forza vincolante di una convenzione sottoscritta da soggetti pubblici ed è reso inapplicabile il principio civilistico per il quale il contratto ha forza di legge tra le parti”.

ciascuna avrebbe a propria disposizione se fosse parte di un accordo integrativo o sostitutivo di provvedimento, e individua la giustificazione di una tale sottrazione nella tendenziale equiordinazione dei diversi interessi pubblici di cui sono portatrici le amministrazioni stipulanti. È, quindi, proprio l'impossibilità di ordinare secondo una scala di prevalenza gli interessi (tutti pubblici) che emergono in un accordo stipulabile ai sensi dell'art. 15 a rendere, in questa prospettiva, completamente irragionevole l'attribuzione di un potere di recesso a ciascuna amministrazione ad esso vincolata, posto che l'esercizio di un tale potere determinerebbe inevitabilmente la subordinazione degli interessi pubblici delle amministrazioni costrette a subire il recesso rispetto all'interesse pubblico dell'amministrazione recedente ⁽²⁷⁰⁾. Secondo questa parte di dottrina, poi, dall'implicita esclusione di un qualsiasi potere di recesso unilaterale dall'accordo *ex art. 15* e, di conseguenza, dalla piena vincolatività di quest'ultimo *ex art. 1372 c.c.* discenderebbe a sua volta l'impossibilità per le amministrazioni coinvolte di esercitare il loro generale potere di revoca, essendosi quest'ultimo consumato proprio con la stipulazione dell'accordo. D'altronde, se così non fosse, ciascuna amministrazione sarebbe costantemente esposta al rischio di veder pregiudicato l'interesse pubblico perseguito per il tramite dell'accordo dall'altrui inaspettata decisione di scioglimento unilaterale del vincolo, magari anche a fronte

²⁷⁰⁾ Cfr. E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale* cit., p. 105 e ss., secondo cui, trattandosi di interessi pubblici "comuni" ed "omogenei tra loro", non potrebbe trovare giustificazione "l'attribuzione di poteri di recesso unilaterale". Peraltro, secondo l'autore questo spiega anche la differenza di regime tra gli accordi stipulati da due o più amministrazioni e quelli stipulati con il coinvolgimento di soggetti privati. Solo nei secondi, infatti, vengono in gioco sia interessi privati sia interessi pubblici, "con l'ovvia prevalenza (...) di questi ultimi".

Nello stesso senso L. MONTEFERRANTE, *op. cit.*, p. 374, ove si afferma che la previsione di cui al comma 4 dell'art. 11 "pur a fronte del carattere paritario dell'accordo tra amministrazione e privati è sintomatica, secondo autorevole dottrina, di una residua tendenziale sovraordinazione dell'interesse pubblico dell'amministrazione procedente rispetto all'interesse degli interventori privati tant'è che tali accordi sono stati definiti verticali a differenza di quelli di collaborazione che vengono al contrario definiti, per l'appunto, orizzontali".

di un semplice ripensamento in ordine alla valutazione delle circostanze originarie; cosa che, tra l'altro, finirebbe solo per disincentivare il ricorso stesso da parte delle amministrazioni alla soluzione pattizia ⁽²⁷¹⁾.

Dall'altro lato, in dottrina vi è anche chi, non volendo rischiare di cadere in “un'artificiosa sopravvalutazione di una scelta legislativa che, in realtà, non v'è stata” ⁽²⁷²⁾, ritiene più corretto ricercare la soluzione alla questione *de qua* sul piano sistematico, senza ricavarla implicitamente dal “dato legislativo omissivo” di cui all'art. 15 della legge n. 241/1990. Ed infatti questa corrente dottrinale finisce per considerare sicuramente configurabile in capo a ciascuna delle amministrazioni stipulanti un potere di recesso dall'accordo alla luce del carattere necessariamente funzionalizzato di qualunque attività da esse posta in essere. In altre parole, se è vero che la pubblica amministrazione deve sempre assumere decisioni che siano strumentali al perseguimento e alla soddisfazione dell'interesse pubblico, e se è vero che ove la pubblica amministrazione opti per la stipulazione di un accordo con altre parti pubbliche lo fa perché ciò le consente di rispettare questo vincolo di scopo a cui per legge è assoggettata, allora è vero anche che, a fronte di un eventuale determinante mutamento dell'originaria situazione di fatto, la pubblica amministrazione deve avere a propria disposizione uno strumento che le permetta di svincolarsi e ricalibrare la propria azione ⁽²⁷³⁾. In tale prospettiva, poi, l'eventuale esercizio del potere di recesso da parte di una delle amministrazioni stipulanti non costituisce assolutamente un *vulnus* alla

²⁷¹⁾ In questo senso si è espresso L. MONTEFERRANTE, op. cit., p. 374 e 375, il quale però precisa che tutto questo non sta certo a significare che “l'accordo di collaborazione resti insensibile ai sopravvenuti mutamenti della situazione di fatto o di diritto. Sarà, infatti, onere delle amministrazioni stipulanti provvedere alla disciplina in via convenzionale del potere negoziale di recesso”.

²⁷²⁾ Sul punto si veda C. SANTACROCE, *La stabilità degli accordi* cit., p. 130, il quale ritiene che una tale artificiosa sopravvalutazione sia stata effettuata da chi nel mancato rinvio, ad opera dell'art. 15, alla norma di cui al comma 4 dell'art. 11 vede una chiara disposizione legislativa volta talvolta ad ammettere talaltra ad escludere l'ammissibilità di un potere di recesso unilaterale dagli accordi tra sole pubbliche amministrazioni.

²⁷³⁾ Cfr. C. SANTACROCE, op. cit., p. 237 e 238.

stabilità del rapporto instauratosi a seguito della stipulazione dell'accordo ⁽²⁷⁴⁾, così come non contrasta assolutamente con la tendenziale equiordinazione degli interessi pubblici ⁽²⁷⁵⁾. Esso, semmai, potrebbe finire per pregiudicare l'affidamento legittimamente ingeneratosi nelle altre parti pubbliche del rapporto, ma è proprio a fronte di una simile eventualità che tale orientamento dottrinario valuta come validi ed operanti anche nell'ambito di un accordo *ex art. 15* l'obbligo di rinegoziazione e l'obbligo di indennizzo, entrambi in funzione di contrappeso ⁽²⁷⁶⁾.

Per quanto effettivamente si possa constatare la mancanza all'interno dell'art. 15 della legge n. 241/1990 di una disposizione a riguardo, non è comunque possibile affermare che nell'ambito di un accordo tra sole pubbliche amministrazioni l'istituto del recesso rivesta minor importanza di quella che generalmente lo connota nell'ambito di un normale accordo tra pubblica amministrazione e cittadino. Per questo, anche alla luce dell'irrisolutezza che, come si ha avuto modo di vedere, governa il comportamento tanto della giurisprudenza quanto della dottrina ove queste si trovino ad affrontare il tema, non può che auspicarsi un intervento del legislatore volto ad apportare un minimo di

²⁷⁴⁾ Cfr. C. SANTACROCE, op. cit., p. 238 e 239, ove in proposito si afferma testualmente che "l'idea stessa di un rapporto amministrativo 'pietrificato' potrebbe indurre le diverse amministrazioni ad evitar di imboccare la strada dell'accordo, qualora quest'ultimo fosse da intendersi come atto bi-plurilaterale produttivo di un vincolo giuridico più intenso di quello prodotto dallo stesso contratto di diritto privato. Così inteso, infatti, esso potrebbe trasformarsi in un insormontabile ostacolo al costante perseguimento degli interessi pubblici dal legislatore affidati in cura alle parti contraenti".

²⁷⁵⁾ Cfr. C. SANTACROCE, op. cit., p. 213 e 214, secondo l'autore infatti proprio perché la norma sul recesso contenuta dal comma 4 dell'art. 11 della legge n. 241/1990 si fonda "sull'esigenza di garantire una permanente sussistenza di quel nesso teleologico tra esercizio del potere amministrativo e perseguimento dell'interesse pubblico da parte dell'amministrazione agente" non si vede perché "detto potere debba ritenersi inammissibile, sul piano teorico, in relazione a quegli accordi in cui non una, bensì tutte le parti entrino nel rapporto onde perseguire interessi pubblici ad esse attribuiti in cura dal legislatore, decidendo di concordare un certo assetto degli interessi e ben consapevoli di come il vincolo informi la loro rispettiva azione".

²⁷⁶⁾ Cfr. C. SANTACROCE, op. cit., p. 239 e ss.

chiarezza. Intervento che, peraltro, è già da tempo stato ritenuto tutt'altro che inopportuno ⁽²⁷⁷⁾.

6. L'adempimento e l'inadempimento degli accordi ex art. 11 della legge n. 241/1990

Il generale richiamo dei principi civilistici in materia di obbligazioni e contratti operato dal legislatore mediante il comma 2 dell'art. 11 della legge sul procedimento amministrativo non ostacola, al contrario avvalorata una considerazione preliminare che può forse ritenersi scontata ma che qui appare comunque opportuna. Infatti, innanzitutto è importante avere chiaro che tutti quegli obblighi che, a seguito della stipulazione di un accordo integrativo o sostitutivo del provvedimento, gravano tanto in capo al soggetto privato quanto in capo alla pubblica amministrazione sono sicuramente qualificabili come delle vere e proprie obbligazioni ai sensi degli articoli 1173 e 1174 c.c.; disposizioni che, di conseguenza, possono considerarsi pienamente compatibili con la disciplina propria dell'istituto in esame ⁽²⁷⁸⁾.

Più in particolare, all'art. 1173 c.c. il legislatore menziona quali fonti di obbligazioni, oltre al “*contratto*” e al “*fatto illecito*”, anche “*ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico*”. Non è, quindi, necessario predicarne la natura contrattuale per poter considerare gli accordi amministrativi come delle fonti di obbligazioni, posto che tra gli altri atti e fatti idonei a produrre rapporti obbligatori vi sono anche le fonti c.d. innominate, cioè tutti quegli “*accadimenti, ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge, che siano ritenuti idonei alla produzione di obbligazioni alla luce dei principi e dei criteri desumibili dall'ordinamento considerato nella sua interezza, complessità ed evoluzione*” ⁽²⁷⁹⁾. Inoltre, all'art. 1174 c.c.

²⁷⁷⁾ In questo senso si è espresso G. GRECO, *Accordi amministrativi* cit., p. 245.

²⁷⁸⁾ Sul punto si veda M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni* cit., p. 47 e 48.

²⁷⁹⁾ Cfr. Cass. civ., Sez. II, 16 dicembre 2015, n. 25292, in *www.dejure.it*.

il legislatore, nel prevedere che la prestazione oggetto di una qualsiasi obbligazione deve presentare il carattere della patrimonialità, precisa che tale presupposto può dirsi soddisfatto ove la prestazione sia “*suscettibile di valutazione economica*” e corrisponda “*ad un interesse, anche non patrimoniale, del creditore*”. Il concetto di patrimonialità della prestazione qui impiegato, dunque, è molto ampio; talmente ampio da poter giustificare la qualificazione in termini di obbligazione sia degli obblighi assunti mediante l'accordo dal cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, sia di quelli nello stesso modo assunti da quest'ultima nei confronti del primo ⁽²⁸⁰⁾.

A ciò si aggiunga che è affermazione ormai unanimemente condivisa quella secondo cui il coinvolgimento della pubblica amministrazione quale parte al contempo debitrice e creditrice del rapporto obbligatorio che si instaura per effetto della stipulazione di un accordo in tutto o in parte sostitutivo del provvedimento non comporta affatto la sottoposizione dello stesso ad un gruppo di regole diverse ed autonome rispetto a quelle a cui sono normalmente assoggettate le obbligazioni scaturenti da un qualunque rapporto contrattuale tra due soggetti privati. È chiaro che, essendo l'accordo una manifestazione dell'esercizio della potestà propria dell'amministrazione, i principi generali che in ogni caso quest'ultima deve rispettare potrebbero imporre un qualche adattamento, così come è altrettanto chiaro che la più specifica normativa di settore o lo stesso accordo potrebbero prevedere qualcosa di parzialmente diverso. Ciononostante, non costituendo esse alcuna categoria speciale e del tutto coerentemente a quanto previsto dal comma 2 dell'art. 11, non può che giungersi alla

Per un approfondimento in tema cfr. A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2017, p. 386 e ss.

²⁸⁰⁾ Sul punto si veda E. BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblici* cit., p. 25, che a titolo esemplificativo afferma che “l'impegno al rilascio di una concessione edilizia previsto da una convenzione di lottizzazione per i progetti edificativi che siano ad essa conformi ha un valore economico che è commisurato al vantaggio o al danno patrimoniale che l'adozione o, rispettivamente, la mancata adozione del provvedimento implicano per il contraente privato”.

conclusione per cui alle obbligazioni figlie degli accordi di diritto pubblico debbano ritenersi ordinariamente applicabili la gran parte delle disposizioni contenute nel Titolo I del Libro IV del codice civile, ed in particolar modo quelle dedicate all'adempimento delle obbligazioni (di cui agli articoli 1176 e ss.) e quelle dedicate all'inadempimento delle stesse e al risarcimento del danno (di cui agli articoli 1218 e ss.)⁽²⁸¹⁾.

Dal Titolo II (sui contratti in generale) del medesimo Libro del codice civile, poi, si possono ricavare molti dati di diritto positivo particolarmente utili al fine di ricostruire il ventaglio dei rimedi che la pubblica amministrazione e il soggetto privato hanno reciprocamente a propria disposizione per reagire all'altrui comportamento inadempiente. Da diverso tempo, infatti, sia a livello dottrinale⁽²⁸²⁾ sia a livello giurisprudenziale⁽²⁸³⁾ sono state ritenute compatibili con l'istituto degli accordi integrativi e sostitutivi del provvedimento le norme codicistiche sulla risoluzione per inadempimento (di cui agli articoli 1453 – 1462 c.c.), quelle sulla risoluzione per impossibilità sopravvenuta (di cui agli articoli 1463 – 1466 c.c.) e quelle sulla

²⁸¹⁾ In questo senso si è espresso M. RENNA, op. cit., p. 52 e ss.; G. GRECO, op. cit., p. 252 e 253.

²⁸²⁾ Sul punto si veda sempre M. RENNA, op. cit., p. 55 e ss., che sottolinea come “le disposizioni del codice sull'impossibilità sopravvenuta appaiano particolarmente confacenti alla soluzione di un interessante problema” ossia quello della “sopravvenienza di una norma di legge che elimini la possibilità, per l'amministrazione, di rilasciare un provvedimento che la stessa si era impegnata ad adottare, o comunque di emanare un provvedimento avente *in toto* il contenuto pattuito”. L'autore ritiene sicuramente possibile che in una simile ipotesi trovino applicazione gli articoli 1463 e 1464 c.c. sull'impossibilità sopravvenuta. Cosicché l'amministrazione potrà ritenersi in tutto o in parte liberata dall'obbligazione consistente nell'adozione del provvedimento, mentre il privato, a seconda dei casi (cioè a seconda che si tratti di impossibilità totale o parziale), potrà far valere la risoluzione dell'accordo oppure scegliere tra la richiesta di riduzione delle prestazioni dovute e il recesso dall'accordo qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale.

²⁸³⁾ Cfr. Cons. Stato, Sez. II, 19 aprile 2022, n. 2953, in *Riv. giur. ed.*, n. 3, 2022, p. 815 e 816, ove la Corte al punto n. 16 ricorda come da tempo la giurisprudenza si sia pronunciata a favore della compatibilità con l'istituto degli accordi *ex art. 11* dei rimedi previsti dal codice civile in caso di inadempimento, impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità.

risoluzione per eccessiva onerosità (di cui agli articoli 1467 – 1469 c.c.). Addirittura, è stato rilevato da alcuna dottrina come la pubblica amministrazione, dinnanzi al ricorso ad opera della controparte ad uno di questi rimedi, non possa mai opporsi all'eventuale risoluzione dell'accordo affermandone l'incompatibilità con l'esigenza di perseguire l'interesse pubblico proprio attraverso l'esecuzione da parte del privato delle obbligazioni da lui dovute. Se, infatti, la cessazione degli effetti dell'accordo dovesse in qualche modo pregiudicare l'interesse pubblico, sarà compito dell'amministrazione stessa agire di conseguenza, magari attraverso l'esercizio unilaterale del potere amministrativo precedentemente esercitato in forma consensuale ⁽²⁸⁴⁾.

Peraltro, al riconoscimento della facoltà del soggetto privato di esperire tutti i rimedi civilistici contro l'inadempimento dell'amministrazione non è di ostacolo nemmeno l'eventuale natura provvedimentale dell'obbligazione gravante su quest'ultima in forza dell'accordo, e per giungersi ad una tale conclusione non può che ritenersi determinante la distinzione tra potestà amministrativa esercitata e potestà amministrativa ancora da esercitare. Più in particolare, nel momento in cui la pubblica amministrazione si accorda con il soggetto privato in ordine al contenuto discrezionale di un futuro provvedimento, ma anche nel momento in cui la pubblica amministrazione si accorda in ordine al rilascio di un determinato provvedimento a fronte dell'adempimento di altrettanto determinate prestazioni ad opera del soggetto privato, essa di fatto va a cristallizzare (ovviamente *rebus sic stantibus*) l'assetto di interessi consensualmente raggiunto, esercitando e conseguentemente esaurendo il potere amministrativo che in quel caso concreto aveva a disposizione per garantire il perseguimento dell'interesse pubblico. Un tale esaurimento ha indubbiamente delle ricadute sulla consistenza della posizione giuridica assunta dal privato all'interno dell'accordo. Se, infatti, è vero che l'aspettativa di quest'ultimo è pur sempre quella all'emanazione di

²⁸⁴⁾ In questo senso si è espresso M. RENNA, op. cit., p. 57 e 58.

un provvedimento, cosa che normalmente ci farebbe propendere per una qualificazione della sua posizione in termini di interesse legittimo, è altresì vero che in questo caso proprio l'emanazione del provvedimento costituisce l'oggetto di una vera e propria obbligazione che l'amministrazione stipulante ha consapevolmente assunto a favore della controparte privata. Pertanto, quest'ultima non può non avere diritto all'atto, così come non può non avere la possibilità di esperire un qualche rimedio civilistico in caso diniego illegittimo dell'atto stesso (285).

6.1 L'inadempimento di una convenzione di lottizzazione da parte dell'amministrazione e da parte del privato a confronto

Un approfondimento su di uno dei più rilevanti aspetti pratici propri degli accordi stipulabili tra la pubblica amministrazione e i soggetti privati ai sensi dell'art. 11 della legge n. 241/1990 quale quello legato al loro inadempimento non può non condurre ad una precisa constatazione: la posizione assunta dal cittadino dinnanzi all'inadempimento dell'amministrazione non sempre e non necessariamente corrisponde, in termini di rimedi esperibili, alla posizione assunta dall'amministrazione dinnanzi all'inadempimento del cittadino.

Al fine di argomentare al meglio una tale affermazione appare qui tutt'altro che inutile richiamare, a titolo meramente esemplificativo,

²⁸⁵⁾ Sul punto si veda N. AICARDI, *La disciplina generale* cit., p. 48 e ss., secondo il quale la pretesa del privato all'emanazione del provvedimento non può che assumere la consistenza di diritto soggettivo, dal momento che tale emanazione "rappresenta il contenuto dell'obbligazione assunta dall'amministrazione stipulante" e "la realizzazione degli interventi pubblici con le modalità convenute costituisce la sola ragione che ha indotto il privato ad assumere gli obblighi di cui all'accordo".

Sul punto si veda anche G. GRECO, *Accordi amministrativi* cit., p. 258 e ss., ove si afferma che "tra la 'logica' contrattuale e la 'logica' provvedimentale (...) pare dunque che debba prevalere la prima. Ma non per aprioristiche scelte di campo, sibbene per la già precisata circostanza che, con l'accordo, l'amministrazione ha già esercitato ed esaurito nei confronti dell'altro contraente il proprio potere amministrativo discrezionale".

l'istituto della convenzione di lottizzazione, su cui già si ha ampiamente avuto modo di soffermarsi in precedenza ⁽²⁸⁶⁾.

Come sappiamo, la convenzione di lottizzazione, la cui diffusione in materia urbanistica è tale da poterla ad oggi correttamente definire come l'archetipo delle convenzioni urbanistiche, viene ormai prevalentemente ricondotta dalla giurisprudenza, non solo amministrativa, allo schema degli accordi sostitutivi di provvedimento disciplinati dal summenzionato art. 11 della legge n. 241/1990. La relativa disciplina legislativa, di cui all'art. 28 della legge n. 1150/1942 come modificato dall'art. 8 della legge n. 765/1967, delinea un preciso schema in cui il nucleo dell'accordo ha ad oggetto la diretta realizzazione, da parte dei soggetti privati, delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria e la cessione gratuita al Comune delle aree a tal fine necessarie; il tutto entro un termine che non superi il decennio e con l'assistenza di congrue garanzie finanziarie. L'amministrazione comunale, dal canto suo, solo apparentemente è obbligata ad un *facere*, ossia al rilascio dei permessi di costruire a favore dei lottizzanti, essendo la sua principale obbligazione più correttamente qualificabile come un *non facere*, consistente nel non modificare l'assetto del territorio in tal modo definito.

Nella non così rara ipotesi in cui una di queste obbligazioni rimanga inadempita, un primo rimedio pacificamente ritenuto compatibile con l'istituto degli accordi in generale e con il più specifico accordo che sta alla base di una convenzione di lottizzazione è quello disciplinato dall'art. 1453 c.c. ⁽²⁸⁷⁾. Tuttavia, mentre l'amministrazione comunale di fronte al comportamento inadempiente dei propri obblighi

²⁸⁶⁾ Cfr. *supra* Paragrafo n. 1.1, Capitolo II.

²⁸⁷⁾ Ai sensi del comma 1 dell'art. 1453 c.c. “*Nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno*”. In base al comma 2 del medesimo articolo poi “*La risoluzione può essere domandata anche quando il giudizio è stato promosso per ottenere l'adempimento; ma non può più chiedersi l'adempimento quando è stata domandata la risoluzione*”.

tenuto dal cittadino può sempre decidere di rivolgersi al giudice amministrativo al fine di ottenere la condanna del primo all'adempimento, conseguendo per tale via anche un titolo esecutivo da poter azionare attraverso l'esecuzione forzata in caso di eventuale inottemperanza della sentenza ⁽²⁸⁸⁾, non altrettanto può dirsi per il cittadino ogniqualvolta egli subisca l'inadempimento dell'amministrazione comunale alla propria obbligazione di *non facere*. Come sottolinea autorevole dottrina ⁽²⁸⁹⁾, infatti, in materia di pianificazione urbanistica si impone un distinguo poiché, com'è noto, in tale contesto l'amministrazione comunale può legittimamente esercitare la propria *potestas variandi* a fronte di esigenze sopravvenute. Sicché, nel caso in cui l'inadempimento derivi dal legittimo esercizio della funzione amministrativa urbanistica, la controparte privata non disporrà di alcuna azione civile mediante la quale opporsi; essa, semmai, potrà rivolgersi al giudice affinché venga accertata la caducazione del vincolo, in modo tale da proteggersi da eventuali future ingiuste pretese dell'amministrazione, oppure affinché quest'ultima venga condannata alla ripetizione dell'indebito in relazione agli impegni eventualmente già portati a termine. Soltanto qualora il mancato adempimento da parte del Comune intervenga in

²⁸⁸⁾ A tal proposito si veda P. URBANI e S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto urbanistico: organizzazione e rapporti*, Torino, 2017, p. 196, ove si precisa che “le convenzioni contengono quasi sempre clausole che consentono al Comune di sostituirsi al lottizzante nella esecuzione delle opere previste e di avvalersi delle garanzie finanziarie prestate dal privato. Il ricorso a mezzi di tutela giudiziaria si ha nelle ipotesi di inadeguatezza della suddetta garanzia finanziaria rispetto ai costi effettivi delle opere, per ottenere o la condanna del privato all'esecuzione diretta delle stesse, o il rimborso delle somme eccedenti”.

Si veda, inoltre, T.A.R. Lombardia, Brescia, 24 giugno 2003, n. 1157, in *Urb. e app.*, n. 1, 2004, p. 103 e ss., in cui, con riferimento ad un caso di inadempimento della parte privata di una convenzione di lottizzazione, afferma innanzitutto la generale compatibilità dell'azione di adempimento *ex art. 1453 c.c.* con l'istituto degli accordi *ex art. 11* della legge n. 241/1990 e in secondo luogo afferma che “in caso di inadempimento, della parte lottizzante o suo avente causa, dell'obbligo di eseguire le prescritte opere di urbanizzazione primaria e secondaria, l'amministrazione deve poter contare anche su tutti i rimedi offerti dall'ordinamento ad un privato creditore per poter realizzare coattivamente il proprio interesse”.

²⁸⁹⁾ Cfr. P. URBANI e S. CIVITARESE MATTEUCCI, *op. cit.*, p. 192 e ss.

assenza di un precedente esercizio della *potestas variandi*, la controparte privata avrà la consueta alternativa tra l'agire per ottenere l'adempimento o il chiedere la risoluzione dell'accordo e, in ogni caso, il risarcimento dell'intero pregiudizio patito ⁽²⁹⁰⁾.

Collocandosi idealmente in fase di esecuzione di una convenzione di lottizzazione è, poi, possibile notare come la sola pubblica amministrazione disponga in realtà di ulteriori rimedi per reagire all'eventuale inadempimento del cittadino.

Si prenda, innanzitutto, in considerazione l'ipotesi in cui quest'ultimo, dopo aver stipulato l'accordo, si rifiuti di adempiere al suo obbligo di cessione delle aree interessate. In una simile fattispecie ben potrebbe l'amministrazione comunale disporre dell'azione civilistica di cui all'art. 2932 c.c. ⁽²⁹¹⁾, la cui compatibilità con l'istituto degli accordi *ex art. 11* della legge n. 241/1990, peraltro, è stata solo di recente affermata con chiarezza ⁽²⁹²⁾. Più in particolare, essa potrebbe

²⁹⁰⁾ Con specifico a questa seconda ipotesi, per la verità, vi è anche chi, pur affermando che al privato vada riconosciuta diretta tutela nei confronti del mancato adempimento, esclude che egli abbia l'appena menzionata consueta alternativa. In questo senso si sono espressi P. URBANI e S. CIVITARESE MATTEUCCI, *op. cit.*, p. 196, secondo i quali "a causa della natura pubblicistica della controparte, e dell'oggetto peculiare del suo impegno, si ritiene possa ottenere soltanto una sentenza di condanna al risarcimento dei danni conseguenti all'inadempimento".

²⁹¹⁾ Ai sensi del comma 1 dell'art. 2932 c.c. "*Se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, l'altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso*".

Per la verità parte della dottrina, nell'ambito di un discorso più generale riguardante gli accordi, finisce per ammettere l'esercizio di una tale azione civilistica anche da parte del soggetto privato. In questo senso si è espresso, ad esempio, M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni* cit., p. 76 e ss., secondo il quale "dato che l'art. 2932 c.c. prevede l'ottenimento di una sentenza che tenga il posto di una manifestazione di volontà dovuta e avente contenuto predeterminato e poiché il potere discrezionale dell'amministrazione esercitato tramite l'accordo deve ritenersi consumato in seguito alla stipulazione dello stesso, in base ad una interpretazione estensiva del medesimo articolo parrebbe doversi ammettere la possibilità, per i privati, di ottenere dal giudice amministrativo una pronuncia costitutiva che tenga il posto del provvedimento che l'amministrazione si era impegnata ad emanare ma che successivamente essa non abbia più adottato".

²⁹²⁾ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 20 luglio 2012, n. 28, in *Riv. giur. ed.*, n. 3, 2012, p. 657 e ss., ove la Corte ricorda come poco tempo prima la stessa Corte di Cassazione avesse affermato che "il rimedio previsto dall'art. 2932 c.c. a fine di ottenere

adire il giudice amministrativo affinché questo pronunci in suo favore una sentenza costitutiva che prenda in tutto e per tutto il posto del contratto di cessione non concluso dalla controparte privata nonostante questa si fosse obbligata in tal senso, così ottenendo di conseguenza un titolo idoneo ad essere immediatamente trascritto nei registri immobiliari ed opposto ai terzi.

Si tenga, inoltre, a mente che il legislatore, mediante l'art. 21 *ter* della legge n. 241/1990 ⁽²⁹³⁾, consente alla pubblica amministrazione di imporre coattivamente ai privati l'adempimento degli obblighi su di essi gravanti, evitando così di rivolgersi al giudice per ottenerne l'esecuzione, seppur solamente “*nei casi e con le modalità stabiliti dalla legge*”. Ebbene, l'inadempimento da parte del cittadino delle sue obbligazioni di *facere* figlie di una precedente convenzione di lottizzazione sembra essere proprio uno di questi casi, posto che la giurisprudenza amministrativa ⁽²⁹⁴⁾, applicando analogicamente alle convenzioni di lottizzazione l'art. 20 della legge urbanistica n. 1150/1942 ⁽²⁹⁵⁾ concernente i rimedi all'inadempimento dei piani particolareggiati, di fatto finisce per legittimare, nell'ipotesi in esame, l'eventuale esercizio da parte dell'amministrazione dei propri poteri di autotutela esecutoria. È, tuttavia, opportuno sottolineare che in base

l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto, deve ritenersi applicabile non solo nelle ipotesi di contratto preliminare non seguito da quello definitivo, ma anche di qualsiasi altra ipotesi dalla quale sorga l'obbligazione di prestare il consenso per il trasferimento o la costituzione di un diritto, sia in relazione ad un negozio unilaterale, sia in relazione ad un atto o ad un fatto dai quali detto obbligo possa sorgere *ex lege*”.

²⁹³⁾ In tema si veda M. RENNA, *L'efficacia e l'esecuzione dei provvedimenti amministrativi tra garanzie procedurali ed esigenze di risultato*, in *Dir. amm.*, n. 4, 2007, p. 835 e ss.

²⁹⁴⁾ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 3 novembre 1998, n. 1412, in *Riv. giur. ed.*, n. 3, 1999, p. 495 e ss.

²⁹⁵⁾ Ai sensi del comma 1 e del comma 2 dell'art. 20 della legge 17 agosto 1942, n. 1150 “*Per l'esecuzione delle sistemazioni previste dal piano particolareggiato che consistano in costruzioni, ricostruzioni o modificazioni d'immobili appartenenti a privati, il podestà ingiunge ai proprietari di eseguire i lavori entro un congruo termine. Decorso tale termine il podestà diffiderà i proprietari rimasti inadempienti, assegnando un nuovo termine. Se alla scadenza di questo i lavori non risultano eseguiti, il Comune potrà procedere all'espropriazione*”.

all'art. 21 *ter* le pubbliche amministrazioni “*possono*” imporre coattivamente l'adempimento degli obblighi nei loro confronti. Il che significa che la scelta in ordine alla più conveniente e meno dispendiosa via percorribile è totalmente rimessa all'amministrazione. Sarebbe, invece, del tutto scorretto considerare obbligatorio o, comunque, dare per scontato l'uso dei poteri esecutivi in luogo del ricorso ad una tutela giurisdizionale, posto che gli stessi Giudici di Palazzo Spada sono dell'idea che “l'eventuale possibilità di esperire poteri amministrativi non rende di per sé inammissibile la proposizione di una domanda giurisdizionale”⁽²⁹⁶⁾.

È proprio questa pluralità di mezzi di tutela di cui dispone l'amministrazione (che in caso di inadempimento del cittadino può liberamente scegliere tra l'agire direttamente ovvero rivolgersi al giudice amministrativo) e di cui, viceversa, non dispone il cittadino (che in caso di inadempimento dell'amministrazione non ha altra scelta se non quella di rivolgersi all'autorità giurisdizionale), a mettere in evidenza come anche durante la fase di esecuzione di quanto previsto dall'accordo precedentemente stipulato le parti dello stesso continuino a non potersi dire su di un piano di assoluta parità.

²⁹⁶⁾ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 20 luglio 2012, n. 28, cit.

Conclusioni

Dalla trattazione, che qui è ormai giunta al suo epilogo, emergono in maniera abbastanza evidente quelli che, si ritiene, possano considerarsi i tratti distintivi dell'istituto degli accordi di diritto pubblico; quei connotati che ne costituiscono il nucleo essenziale e che devono necessariamente essere menzionati e adeguatamente approfonditi affinché possa realmente comprendersi la ragione che sta alla base della sua elaborazione e affermazione e la logica che si nasconde dietro la struttura del regime giuridico che lo materializza.

Com'è chiaro, il fenomeno di cui l'istituto in parola è manifestazione non può dirsi figlio dei nostri tempi. Tant'è vero che in materia di pianificazione urbanistica sono state documentate alcune vicende caratterizzate dalla ricerca del consenso di privati proprietari da parte dell'amministrazione comunale risalenti addirittura ad anni di poco precedenti l'unificazione del Regno d'Italia ⁽²⁹⁷⁾. Eppure la preesistenza di questa tendenza dell'ordinamento verso un esercizio della funzione amministrativa connesso ad un potere non più necessariamente unilaterale ed autoritativo ma il più possibile aperto ad un confronto con i soggetti destinatari dei corrispondenti effetti giuridici non può valere a negare la portata profondamente innovativa della scelta di inserire all'interno della legge sul procedimento amministrativo un apposito articolo dedicato agli accordi integrativi e sostitutivi del provvedimento.

È, infatti, proprio attraverso la disposizione di cui all'art. 11 che il legislatore del 1990 ha per la prima volta preso posizione in ordine alla potenziale negoziabilità dell'esercizio del potere amministrativo, autorizzando in maniera incontrovertibile la pubblica amministrazione a valutare liberamente l'opportunità di soddisfare l'interesse pubblico ricorrendo allo strumento consensuale. Esso, in altre parole, ha per la

²⁹⁷⁾ Si fa qui riferimento al più antico caso riconducibile al tema delle convenzioni urbanistiche documentato da V. MAZZARELLI, *Le convenzioni urbanistiche*, Bologna, 1979.

prima volta autorizzato l'amministrazione ad intraprendere una modalità d'azione non certo priva di rischi ma nemmeno priva di effetti benefici sullo svolgimento del procedimento amministrativo e sull'esercizio della funzione amministrativa nel suo complesso: è indubbio che il coinvolgimento attivo del cittadino alla determinazione del contenuto del futuro provvedimento o dell'accordo sostitutivo di questo possa comportare una riduzione dei tempi e un contemporaneo aumento della stabilità degli esiti del procedimento, così come è indubbio che esso possa rendere più efficace, efficiente e democratica l'azione amministrativa e, così, migliorare l'esperienza del cittadino portato ad interfacciarsi con la pubblica amministrazione.

È proprio quest'ultimo profilo a dimostrare come l'accordo amministrativo sia uno strumento connotato, oggi più che mai, da una profonda attualità. In un'epoca in cui l'amministrazione statale si trova a dover fronteggiare sempre maggiori, indifferibili e complicate situazioni problematiche, disponendo di sempre minori risorse (finanziarie e non) da poter investire, non può che risultare essenziale un apporto collaborativo degli amministrati, volto a rendere materialmente possibile la realizzazione del progetto d'intervento, ma soprattutto volto ad ampliare la visuale dell'ente pubblico su orizzonti prima sconosciuti, ad illustrare il problema per come lo si può vedere da una diversa e non necessariamente privilegiata prospettiva e ad avanzare delle inedite proposte potenzialmente risolutive. L'accordo *ex art. 11 della legge n. 241/1990* è il mezzo perfetto da utilizzare se si vuole che tutto ciò non mantenga a lungo la consistenza di un semplice auspicio ma che si trasformi il prima possibile in concreti dati di fatto e, per questo, non appare per nulla scorretto affermare che se già nel momento in cui è stato introdotto (ormai più di trent'anni fa) risultava particolarmente utile, oggi finisce per esserlo ancor di più.

A contraddistinguere l'istituto degli accordi di diritto pubblico è poi la sua senz'altro peculiare conformazione, che inevitabilmente finisce per ostacolare una sua unitaria e indiscussa qualificazione

giuridica. Va sempre tenuto a mente, infatti, che l'accordo si pone in alternativa al provvedimento amministrativo quale mezzo di esercizio del potere. Sicché, quand'anche la scelta ricada sulla soluzione pattizia, l'azione della pubblica amministrazione deve sempre necessariamente essere funzionale al perseguimento del pubblico interesse. Al contempo, però, non va ignorato il ruolo rivestito dal soggetto privato, qui chiamato a prestare il proprio consenso in ordine all'assetto di interessi fissato mediante l'accordo, al pari di un qualsiasi altro soggetto parte di un normale contratto privatistico. Il fatto che in esso convivano sia elementi che normalmente caratterizzano un provvedimento amministrativo sia elementi che normalmente caratterizzano un contratto concluso dall'amministrazione nell'esercizio della sua capacità di diritto privato risulta determinante per giungere ad affermare, da un lato, la duplicità dell'anima dell'accordo amministrativo e, dall'altro lato, la discutibilità di un suo inquadramento entro rigidi schemi pubblicistici ovvero privatistici.

Costituisce al contempo una conseguenza e una conferma di quanto appena affermato il fatto che tra le righe della generale disciplina che il legislatore, mediante l'art. 11 della legge n. 241/1990, ha dettato per lo strumento consensuale degli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento si intravede un costante tentativo di bilanciamento di due contrapposte esigenze: quella di consentire alla pubblica amministrazione di svolgere al meglio la sua attività discrezionale e funzionalizzata, e quella di garantire un certo grado di tutela al cittadino che inevitabilmente rappresenta il contraente debole del rapporto. Esempio lampante di quest'opera di bilanciamento, per le ragioni che si è avuto modo di chiarire *supra*, è la condizione "*rebus sic stantibus*" apposta al generale principio civilistico "*pacta sunt servanda*" e al potere-dovere di recesso della pubblica amministrazione.

Se però, da un lato, non si può che riconoscere la ragionevolezza delle poche e generali disposizioni dedicate all'istituto degli accordi, dall'altro lato è necessario evidenziare come forse sarebbe opportuno

adeguare il modo di concepire queste stesse generali disposizioni all'evolversi della società e alle nuove esigenze che conseguentemente emergono. Più in particolare, vista l'attuale diffusione dello strumento consensuale e nella prospettiva di assistere ad un futuro ulteriore incremento della stessa, converrebbe guardare al contenuto dell'art. 11 come ad una solida base dalla quale partire per elaborare una più dettagliata disciplina giuridica. Sarebbe, quindi, auspicabile che il legislatore intervenisse, ma non arricchendo quanto già previsto dalla legge sul procedimento amministrativo, bensì dedicando all'istituto degli accordi integrativi o sostitutivi un apposito ventaglio di norme che siano *in primis* idonee ad evidenziare con maggior chiarezza i connotati essenziali della fattispecie consensuale astratta di riferimento ⁽²⁹⁸⁾, e *in secundis* idonee a fotografare quello che in generale può essere valutato come il più giusto rapporto proporzionale tra le due anime (quella pubblicistica e quella privatistica) dell'accordo ⁽²⁹⁹⁾. La definizione di un tale rapporto, infatti, non farebbe altro che agevolare quell'operazione di selezione dei principi civilistici compatibili, e quindi applicabili all'istituto in parola, imposta dal comma 2 dell'art. 11 della legge n. 241/1990.

²⁹⁸⁾ Una simile specificazione, infatti, consentirebbe altresì di porre un freno a quella specie di circolo vizioso (di cui si è già detto *supra* al Paragrafo n. 2 del Capitolo III), che trae origine proprio dalla generalità del modello di accordo tra pubblica amministrazione e privato delineato dall'art. 11 della legge n. 241/1990, e che si concretizza in una strettissima connessione sussistente tra il fenomeno della "deformalizzazione dell'istituto degli accordi" e il progressivo ampliamento della sfera della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

²⁹⁹⁾ Partendo dall'ormai più volte affermato presupposto per cui l'accordo *ex art. 11* non può integralmente ed incontestabilmente essere collocato nella sfera del diritto pubblico così come esso non può integralmente ed incontestabilmente essere collocato nella sfera del diritto privato, non ha senso sperare che il legislatore si schieri espressamente a favore dell'una o dell'altra fazione. Si ritiene più sensato un intervento del legislatore volto a chiarire per ciascuna fase di esistenza dell'accordo se e come eventualmente gli elementi propri di un ramo del diritto finiscano per prevalere (senza, tuttavia, mai privarli di rilevanza) su quelli propri dell'altro ramo del diritto.

BIBLIOGRAFIA

- N. AICARDI, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamenti e caratteri*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1, 1997, p. 33 e ss.
- G. ALPA, *Aspetti e problemi della partecipazione nel diritto urbanistico*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1, 1979, p. 254 e ss.
- A. AMORTH, *Osservazione sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Scritti giuridici*, Vol. I, Milano, 1999.
- A. ANGIULI, *Contratto pubblico e sindacato del giudice amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, n. 4, 2010, p. 865 e ss.
- A. BARDUSCO, *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1974.
- A. BARTOLINI, *Perequazione urbanistica*, Report annuale 2011 – Italia, in www.ius.publicum.com.
- F. BASSI, *Autorità e consenso*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3, 1992, p. 744 e ss.
- N. BASSI, *Una giusta dose di flessibilità nell'applicazione degli istituti della consensualità amministrativa*, in *Foro amministrativo – C.d.S.*, n. 2, 2008, p. 428 e ss.
- L. BERTONAZZI, *In tema di giurisdizione esclusiva*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 3, 2000, p. 929 e ss.

- S. BIGOLARO e G. PIVA, *Perequazione urbanistica e art. 23 della Costituzione: la necessità di una norma di legge statale*, in *Rivista di diritto tributario*, n. 5, 2013, p. 543 e ss.
- M. BREGANZE, *La nuova pianificazione urbanistica territoriale in Veneto e gli accordi con i privati*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, n. 1-2, 2005, p. 210 e ss.
- E. BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblici*, in *Enciclopedia del diritto*, agg. V, Milano, 2001.
- E. BUOSO, *Gli accordi tra amministrazione comunale e privati nel diritto urbanistico tedesco: i contratti urbanistici*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, n. 3, 2008, p. 357 e ss.
- I. CACCIAVILLANI, *L'ultimo tabù dell'urbanistica: la perequazione*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, n. 3, 2010, p. 867 e ss.
- A. CALEGARI, *L'invalidità derivata nei rapporti tra atti amministrativi*, Padova, 2013.
- A. CALEGARI, *La perequazione urbanistica: tabù, illusione o concreta opportunità di ripensare il potere di conformazione della proprietà privata?*, in *Scritti in onore di Ivone Cacciavillani*, 2018.
- A. CALEGARI, *Sul ruolo dei soggetti pubblici e privati nella formazione del p.r.g.*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, n. 1-2, 2006, p. 157 e ss.
- F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960, ristampa dell'originale del 1919.

- C. CANATO, *Esperienze di perequazione "sostenibile": modelli e strumenti a confronto*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, n. 4, 2007, p. 427 e ss.
- P. CARPENTIERI, *L'azione amministrativa e la sua inaggirabile specialità*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2005.
- S. CASSESE, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1, 2002, p. 27 e ss.
- F. CASTIELLO, *Gli accordi integrativi e sostitutivi di provvedimenti amministrativi*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 1, 1993, p. 124 e ss.
- E. CASTORINA, *Considerazioni sui limiti costituzionali di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 1, 1994, p. 70 e ss.
- V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Diritto amministrativo*, n. 2, 2003, p. 217 e ss.
- A. CHIERICHETTI, *Moduli consensuali nella concertazione urbanistica*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, n. 5, 2002, p. 281 e ss.
- P. CHIRULLI e P. STELLA RICHTER, *Transazione (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1992, p. 867 e ss.

- M. CHITI, *Il ruolo della Comunità europea nel governo del territorio*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, n. 3, 2003 p. 91 e ss.
- S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Diritto pubblico*, n. 2, 2003, p. 405 e ss.
- M. CLARICH, *Il nuovo codice del processo amministrativo: le azioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 11, 2010, p. 1124 e ss.
- M. CLARICH, *La "tribunalizzazione" del giudice amministrativo evitata*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 9, 2004, p. 696 e ss.
- M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, Il Mulino, p. 255 e ss.
- M. CONDORELLI, *L'accordo integrativo oltre all'art.11 della l. n. 241/1990*, in *Urbanistica e appalti*, n. 2, 2018, p. 196 e ss.
- R. CONTI, *Accordi ex art.11 L. 241/90 e giurisdizione esclusiva del G.A.*, in *Urbanistica e appalti*, n. 8, 2001, p. 856 e ss.
- M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981.
- G. D'ANGELO, *Accordi transattivi e giurisdizione esclusiva amministrativa*, in *Urbanistica e appalti*, n. 6, 2011, p. 663 e ss.
- G. DE MAIO, *Gli accordi fra privati e amministrazione: un istituto "virtuale" dagli accenti virtuosi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 6, 2016, p. 744 e ss.

- D. DE PETRIS, *Semplificazione, urbanistica ed edilizia*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, n. 3, 2007, p. 316 e ss.
- B. DELFINO, *Il governo del territorio tra politica ed amministrazione, con particolare riferimento alla pianificazione territoriale ed urbanistica con finalità anche paesaggistiche*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, n. 4, 2006, p. 442 e ss.
- A. DI MARIO, *Il recesso dagli accordi tra amministrazioni abbandona l'autotutela*, in *Urbanistica e appalti*, n. 7, 2005, p. 837 e ss.
- V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e pienezza di giurisdizione*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 4, 1989, p. 623 e ss.
- V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, 1988.
- V. DOMENICHELLI, *Le azioni nel processo amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 1, 2006, p.1 e ss.
- G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche, ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984.
- A.V. FEDELI, *Giurisdizione e rimedi risarcitori in caso di inadempimento degli atti d'obbligo in materia urbanistico-edilizia*, in *Urbanistica e appalti*, n. 5, 2014, p. 563 e ss.
- R. FERRARA, *Le "complicazioni" della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità?*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 2, 1999, p. 324.

- A. FERRARI, *La giurisdizione esclusiva nell'ambito degli articoli 11 e 15, l. 7 agosto 1990, n. 241, sul procedimento amministrativo*, in *Foro amministrativo*, n. 4, 1993, p. 878 e ss.
- E. FOLLIERI, *La tutela nei contratti della Pubblica Amministrazione nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 2, p. 295 e ss.
- U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giurisprudenza italiana*, 1900, IV.
- S. A. FREGO LUPPI, *Il principio di consensualità nell'agire amministrativo alla luce della legislazione e della giurisprudenza più recenti*, in *Diritto amministrativo*, n. 3, 2008, p. 691 e ss.
- M. GALLO, *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, 1936.
- A. GAMBARO, *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, n. 1, 2010, p. 3 e ss.
- M. GARGANO, *Attività amministrativa e moduli consensuali: gli accordi tra P.A. e privati*, in *Giurisprudenza di merito*, n. 12, 2006, p. 2581 e ss.
- S. GIACCHETTI, *Gli accordi dell'art.11 della legge n.241 del 1990 tra realtà virtuale e realtà reale*, in *Rivista di diritto processuale amministrativo*, n. 3, 1997, p. 513 e ss.
- M.S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, III, 2, L'attività amministrativa, Milano, 1967.

- F. GIGLIONI e A. NERVI, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2019.
- W. GIULIETTI, *La conclusione di accordi tra amministrazione e privati dopo la legge 15 del 2005: ambito applicativo e profili sistematici*, in *Rassegna forense*.
- G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003.
- F. GUALANDI, *Gli accordi nell'urbanistica negoziale con particolare riferimento all'art. 18 della Legge regionale dell'Emilia-Romagna n. 18/2000*, in *LexItalia.it*, n. 7-8, 2008.
- E. GUICCIARDI, *Le transazioni degli enti pubblici*, Padova, 1936.
- F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965.
- L. IANNOTTA, *L'adozione di atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in *Diritto amministrativo*, n. 2, 2006, p. 353.
- F. LEDDA, *Il problema del contratto di diritto amministrativo. Contributo ad uno studio dei c.d. contratti di diritto pubblico*, Torino, 1964.
- F. MACARIO, *Accordi sostitutivi di provvedimento amministrativo e tutela contrattuale del privato: il punto delle Sezioni Unite*, in *I Contratti*, n. 4, 2021, p. 369 e ss.
- 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 amministrativo – C.d.S.*, 2007, p. 324 e ss.
- F. MANGANARO, *Il difficile equilibrio tra autorità e consenso negli accordi procedimentali*, in *Urbanistica e appalti*, n. 12, 2002, p. 1445 e ss.
- F. MANGANARO, *Inadempimento del privato degli obblighi contenuti negli accordi amministrativi*, in *Urbanistica e appalti*, n. 1, 2004, p.103 e ss.
- F. MANGANARO, *Nuove questioni sulla natura giuridica delle convenzioni urbanistiche*, in *Urbanistica e appalti*, n. 3, 2006, p. 337 e ss.
- R. MARTUSELLI, *Profili delle convenzioni di lottizzazione nel quadro dell'amministrazione per accordi*, www.comparazionedirittocivile.it.
- C. MARZUOLI, *Un diritto "non amministrativo"?*, in *Diritto pubblico*, n. 1, 2006.
- P. MASCARO, *L'amministrazione per accordi tra regime pubblicistico e moduli privatistici*, www.amministrazioneincammino.luiss.it, 2022.
- B.G. MATTARELLA, *Il lessico amministrativo della Consulta e il rilievo costituzionale dell'attività amministrativa*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 9, 2004, p. 979 e ss.

- B.G. MATTARELLA, *Le dieci ambiguità della legge n. 15 del 2005*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 8, 2005, p. 817 e ss.
- M. MAZZAMUTO, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 2, 2011, p. 896 e ss.
- V. MAZZARELLI, *Convenzioni urbanistiche*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2001.
- V. MAZZARELLI, *Le convenzioni urbanistiche*, Bologna, 1979.
- L. MAZZAROLLI, *Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte costituzionale ne ridisegna l'ambito*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2005, p. 214.
- F. MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Diritto amministrativo*, n. 1, 1993, p. 21 e ss.
- F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970.
- R. MICALIZZI, *L'accordo amministrativo può prevedere maggiori oneri a carico del privato*, in *Urbanistica e appalti*, n. 1, 2012, p. 103 e ss.
- G. MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931.
- M. MIGLIORANZA, *Le funzioni delle zone e degli edifici. Individuazione e conseguenze*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, n. 6, 2005, p. 245 e ss.

- G. MISSERINI, *Accordo sostitutivo del provvedimento, transazione e giurisdizione esclusiva del G.A.*, in *Urbanistica e appalti*, n. 10, 2009, p. 1185 e ss.
- G. MONTEODORO e E. SCODITTI, *Il giudice amministrativo come "risorsa"*, in *Questione giustizia*, n. 1, 2021.
- G. MONTEODORO, *La nuova disciplina degli accordi*, www.giustizia-amministrativa.it, 2005.
- L. MONTEFERRANTE, *Ai confini del diritto pubblico: revoca e recesso nella legge sul procedimento amministrativo*, in *Corriere del merito*, n. 3, 2006, p. 367 e ss.
- L. MONTEFERRANTE, *Il diritto dei contratti conquista gli accordi*, in *Urbanistica e appalti*, n. 8, 2006, p. 955 e ss.
- L. MONTEFERRANTE, *La nuova disciplina degli accordi procedurali: profili di tutela giurisdizionale*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2005.
- C. MUCIO, *Idoneità dell'accordo di programma ad introdurre varianti ad un piano territoriale paesistico*, in *Urbanistica e appalti*, n. 3, 2001, p. 305 e ss.
- G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5, 2005, p. 481 e ss.
- M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'Amministrazione*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 1, 1989, p. 5 e ss.

- G. PAGLIARI, *Gli accordi amministrativi tra P.A. e Privati*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, n. 4, 2008, p. 449 e ss.
- A. PAJNO, *Riflessioni e suggestioni a proposito della legge 7 agosto 1990 n. 241 a due anni dalla sua entrata in vigore*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 4, 1993, p. 658 e ss.
- M. PANATO, *La programmazione urbanistica c.d. "contrattata" negli Enti locali oggi*, in *Azienditalia*, n. 12, 2017, p. 965 e ss.
- N. PAOLANTONIO, *Autoregolamentazione consensuale e garanzie giurisdizionali*, in *Consiglio di Stato*, n. 4, 2000, p. 793 e ss.
- P. PATRITO, *Affidamento, interesse legittimo e teoria della prospettazione: cuius commoda eius et incommoda*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 4, 2020, p. 1193 e ss.
- F. PELLIZZER, *Accordi tra amministrazioni e tra amministrazioni e privati nel governo del territorio*, Report annuale 2011- Italia, in www.ius-publicum.com.
- A. POLICE, *Gli strumenti di perequazione urbanistica: magia evocativa dei nomi, legalità ed effettività*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, n. 1, 2004, p. 3 e ss.
- A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 9, 2004, p. 674 e ss.
- A. POLICE, *Le forme della giurisdizione*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2020, p. 105 e ss.

- M.A. QUAGLIA, *Alcune considerazioni sulle tendenze evolutive della pianificazione urbanistica*, in *Diritto amministrativo*, n. 4, 2003, p. 829 e ss.
- M. RAGAZZO, *Pianificazione e perequazioni urbanistiche: il caso del PRG di Roma*, in *Urbanistica e appalti*, n. 9, 2010, p. 1087 e ss.
- A. RALLO, *Appunti in tema di rinegoziazione negli accordi sostitutivi di provvedimenti*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 2, 1993, p. 298 e ss.
- O. RANNELLETTI, *Guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, V ed., Milano, 1937.
- M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, n. 1, 2010, p. 27 e ss.
- M. RENNA, *L'efficacia e l'esecuzione dei provvedimenti amministrativi tra garanzie procedurali ed esigenze di risultato*, in *Diritto amministrativo*, n. 4, 2007, p. 825 e ss.
- M. RENNA, *Responsabilità della P.A.: la Cassazione innova e il Consiglio di Stato conserva*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 8, 2008, p. 855 e ss.
- V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011.
- G. SALA, *Accordi sul contenuto discrezionale del provvedimento e tutela delle situazioni soggettive*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 2, 1992, p. 206 e ss.

- M.A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo e la semplificazione*, Report annuale 2013 – Italia, in www.ius-publicum.com.
- C. SANTACROCE, *La stabilità degli accordi tra pubbliche amministrazioni*, Padova, 2014.
- F. SATTA e F. CARDARELLI, *Il contratto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, n. 2, 2007, p. 205 e ss.
- P.V. SCANDONE, *Le controversie inerenti alle convenzioni di lottizzazione competono al G.A. in via esclusiva*, in *Urbanistica e appalti*, n. 1, 1998, p. 43 e ss.
- G. SCIULLO, *Buona fede e inadempimento negli accordi amministrativi*, in *Urbanistica e appalti*, n. 2, 2014, p. 195 e ss.
- G. SCIULLO, *Profili degli accordi fra amministrazioni pubbliche e privati*, in *Diritto amministrativo*, n. 4, 2007, p. 805 e ss.
- F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Diritto amministrativo*, n. 3, 2002, p. 431 e ss.
- F.G. SCOCA, *Il processo amministrativo ieri, oggi e domani (brevi considerazioni)*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 4, 2020, p. 1097 e ss.
- F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formazione alla legge sul procedimento*, in *Diritto amministrativo*, n. 1, 1995, p. 41 e ss.

- F.G. SCOCA, *Sopravvivrà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 4, 2004, p. 2209 e ss.
- C. SCOGNAMIGLIO, *Sulla natura della responsabilità della pubblica amministrazione da lesione dell'affidamento del privato sorto a seguito di un comportamento della medesima*, in *Corriere giuridico*, n. 8/9, 2020, p. 1025 e ss.
- M. SOLLINI, *Spunti di riflessione in punto all'adempimento di obblighi nascenti da convenzioni urbanistiche*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, n. 2, 2007, p. 753 e ss.
- M.R. SPASIANO, *L'interesse pubblico e l'attività della P.A. nelle sue diverse forme*, in *Foro amministrativo – T.A.R. (Il)*, n. 5, 2005, p. 1820 e ss.
- M.C. SPENA, *Esercizio del potere in forma consensuale in materia urbanistica e ius poenitendi della P.A.*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, n. 6, 2006, p. 1257 e ss.
- P. STELLA RICHTER, *La perequazione urbanistica*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, n. 4, 2005, p. 385.
- P. STELLA RICHTER, *Manuale breve di diritto urbanistico*, Giuffrè, 2014.
- P. STELLA RICHTER, *Nuove norme per la perequazione urbanistica e la determinazione dell'indennità di esproprio. Proposta legislativa dell'Associazione Italiana di Diritto urbanistico – AIDU*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, n. 4, 2007, p. 418 e ss.

- E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992.
- A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2017.
- A. TRAVI, *Accordi fra i proprietari e comune per modifiche al piano regolatore ed oneri esorbitanti*, in *Foro Italiano*, vol. 5, 2002.
- A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Diritto pubblico*, n. 1, 2018.
- F. TRIMARCHI BANFI, *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, in *Diritto pubblico*, 1998.
- F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Diritto amministrativo*, n. 4, 2004, p. 661 e ss.
- F. TRIMARCHI BANFI, *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in *Politica del diritto*, 1993.
- F. TRIMARCHI BANFI, *L'art.1 comma 1 bis della L. n. 241 del 1990*, in *Foro amministrativo – C.d.S.*, n. 3, 2005, p. 947 e ss.
- F. TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità dell'amministrazione per il danno da affidamento nella sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 8 del 2018*, in *Corriere giuridico*, n. 12, 2018, p. 1547 e ss.
- F. TRIMARCHI, *Considerazioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2000, p. 627 e ss.

- W. TROISE MANGONI, *L'esercizio retroattivo del potere amministrativo: limiti e tutela dell'individuo*, Torino, 2016.
- G. TULUMELLO, *La tutela dell'affidamento del privato nei confronti della Pubblica amministrazione fra ideologia e dogmatica*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2022.
- G. TULUMELLO, *Le Sezioni Unite e il danno da affidamento procedimentale: la "resistibile ascesa" del contatto sociale*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020.
- P. URBANI e S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto urbanistico: organizzazione e rapporti*, Torino, 2017.
- P. URBANI, *Pianificazione per accordi*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, n. 4, 2005, p. 177 e ss.
- P. URBANI, *Urbanistica solidale: alla ricerca della giustizia perequativa tra proprietà e interessi pubblici*, Torino, 2011.
- S. VALAGUZZA, *L'accordo di programma: peculiarità del modello, impiego dei principi del codice civile e applicazione del metodo tipologico*, in *Diritto amministrativo*, n. 2, 2010, p. 395 e ss.
- G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1950.