amministrativamente
Numero 10 – Ottobre 2010

Evoluzione del modello consensuale nell'ordinamento amministrativo

di BARBARA SCIASCIA

SOMMARIO: 1. Tentativi di una costruzione dogmatica del contratto di diritto pubblico 2. Natura e tipologia del modello convenzionale. 3. Gli accordi correlati a provvedimenti amministrativi. 4. Gli accordi sostitutivi di provvedimenti amministrativi. 5. Gli accordi come strumenti di pianificazione. 6. In particolare gli accordi di programma tra amministrazioni. 7. Gli accordi-quadro nel settore dei lavori pubblici. 8. Ambiguità concettuale della categoria delle convenzioni

1. *Tentativi di una costruzione dogmatica del contratto di diritto pubblico.*

La dottrina amministrativistica ha dibattuto a lungo la questione dell'ammissibilità di contratti di diritto pubblico, cioè di atti bilaterali aventi ad oggetto l'esercizio di una funzione pubblica.

La teoria dominante fino ad un recente passato negava tale possibilità, in ragione della inconciliabilità tra le posizioni non paritetiche da un lato del privato, che è titolare un diritto soggettivo, e dall'altro dell'amministrazione, che esercita una potestà pubblica autoritativa[1], anche in considerazione che il contratto è uno strumento di autoregolamentazione da parte dei privati dei propri interessi.

In seguito iniziarono alcune aperture, ammettendosi da alcuni[2] il contratto, ancorché di diritto pubblico, almeno per disciplinare i rapporti tra enti pubblici, e negando decisamente tale possibilità nei confronti dei soggetti privati.

Da altri[3] si osservò che la potestà pubblica afferisce ad una situazione giuridica complessa facente capo all'amministrazione, in cui rientrano anche posizioni di diritto soggettivo confrontabili con quelle dei privati.

Pertanto il contratto del genere, denominato ad oggetto pubblico, si potrebbe ipotizzare solo nei rapporti tra enti pubblici e soggetti privati per regolare gli aspetti patrimoniali accessivi all'esercizio di potestà pubbliche, mentre non sarebbe possibile tra enti pubblici laddove si configurerebbero accordi organizzatori.

---

[1] RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni ammin.*; CAMMEO, *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico*, pagg.1 e segg.; Zanobini, *L'esercizio privato*, pag. 405, ecc.

[2] ALESSI "*Principi di diritto amministrativo*", Milano, 1966, I, pag. 303 e segg.

[3] GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, I, pagg. 739 e segg.

Non è mancato chi[4] ha con estrema lungimiranza collegato tutte le ipotesi ad un'unica figura, che è stata riscontrata nel contratto di diritto privato come solo strumento conosciuto di composizione di interessi, mentre ha ricondotto le peculiarità delle varie tipologie a situazioni e poteri di natura pubblicistica esterni al contratto in sé.
Quindi i dubbi e le perplessità insorte in dottrina sono state superate in pochi tratti da una legislazione che dal 1990, a partire cioè in particolare dalle leggi n. 241/90 e 142/90, ha chiaramente ammesso ed anzi incoraggiato il ricorso a varie forme di contrattazione nel campo delle gestioni pubbliche e più in generale nell'ordinamento amministrativo.

2. *Natura e tipologia del modello convenzionale.*
Una volta ammesso dalla stessa legislazione lo strumento contrattuale per realizzare la composizione di interessi pubblici, nonché tra questi e quelli privati, occorre individuarne la natura, ed in particolare se costituisce una categoria separata dal contratto di diritto privato.
Soccorre al riguardo il riferito insegnamento[5], che, anticipando la nuova ottica legislativa -che lo ha previsto espressamente nell'art. 11 co. 2° della legge 241/1990-, rileva come tutti i tipi del genere si rifanno ai principi ed alla disciplina generale dei contratti di diritto comune.
Nell'attuale momento di sviluppo del sistema non possono sussistere dubbi sull'appartenenza delle convenzioni *de quibus* al *genus* del contratto civilistico.
La categoria, comprendente atti variamente denominati -come convenzioni, accordi, contratti ad oggetto pubblico, contratti di diritto pubblico o contratti pubblici-, rappresenta quindi una *species* rispetto alla nozione di contratto quale disciplinato dal diritto comune.
Indubbiamente questi atti presentano caratteri particolari che li differenziano in alcuni aspetti dall'ordinario contratto, tanto da portare la stessa legislazione a rifiutare spesso per essi il termine di contratto.
Proprio per tale motivo appare più funzionale l'uso del termine "convenzione" per identificarli, ben sapendo che comunque si tratta di comuni contratti che, disciplinando aspetti patrimoniali connessi alla funzione di amministrazione o finanche lo stesso contenuto discrezionale di essa, presentano indubbi aspetti di specialità .

---

[4] SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, I, pagg. 580 e segg.
[5] Ibidem.

Le convenzioni possono ricomprendersi in tre gruppi omogenei, ossia i contratti connessi a provvedimenti amministrativi, quelli sostitutivi di procedimenti o di provvedimenti amministrativi ed infine i contratti e gli accordi di programma, gli accordi tra amministrazioni e gli accordi-quadro.

3. *Gli accordi correlati a provvedimenti amministrativi.*

Essi comprendono una varietà di tipi di convenzioni, che a loro volta si possono ripartire in due sottoclassi, a seconda che il contratto sia subordinato o preminente rispetto al provvedimento collegato.

a)*I contratti in posizione dipendente dal provvedimento cui accedono.*

I contratti accessivi necessari hanno ad oggetto la definizione dei rapporti patrimoniali tra amministrazione e privato.

Si tratta di moduli nei quali il provvedimento amministrativo ed il contratto sono in rapporto di complementarietà necessaria, nel senso che al primo deve obbligatoriamente seguire il secondo.

Si riscontrano nelle concessioni di maggiore livello, in cui i rapporti patrimoniali presentano un grado di complessità tale da rendere indispensabile una regolamentazione -ben articolata in clausole contrattuali negoziate tra le parti- delle obbligazioni che sorgono a carico di ambedue le parti.

Allorché la concessione ha carattere semplice la disciplina anche dei rapporti patrimoniali avviene direttamente nel corpo del provvedimento ovvero in disciplinari elaborato unilateralmente dall'amministrazione e sottoposti alla sottomissione del privato, cui non è possibile attribuire natura contrattuale.

Dal modulo concessorio complesso, dunque, si determinano così due rapporti giuridici; l'uno, di diritto pubblico, correlato al provvedimento in sé in cui l'amministrazione conserva la sua posizione di autorità e l'altro, di diritto privato, correlato alla convenzione accessiva in cui le parti si trovano su di un piano di parità.

Ma la situazione di complementarietà innanzi descritta comporta che i poteri riservati all'amministrazione nel rapporto amministrativo si riflettono necessariamente ed automaticamente sul rapporto contrattuale, modificandone il contenuto; e finanche sul contratto come atto, in conseguenza della revoca del provvedimento di concessione, in quanto la permanenza dell'interesse pubblico nella valutazione discrezionale propria dell'amministrazione si atteggia a *condicio iuris* del contratto.

Allo stesso modo le vicende relative al provvedimento o al relativo procedimento amministrativo, come ad es. l'annullamento, si ribaltano sul contratto.

Non avviene invece mai il contrario, nel senso che le vicende del contratto non rilevano sulla validità del provvedimento.
Tali contratti non seguono la precedura dell'evidenza pubblica, in quanto si pongono all'interno di un procedimento amministrativo, in cui gli interessi pubblici sono già ben ponderati.
b) *I contratti in posizione preminente rispetto al provvedimento connesso, anche detti integrativi*
I contratti integrativi, strettamente legati al tema della partecipazione -infatti sono possibili solo in corso di procedimento amministrativo ed in accoglimento di osservazioni o proposte- determinano il contenuto discrezionale del provvedimento.
Essi però possono essere utilizzati per definire anche solo gli aspetti patrimoniali relativi all'emanando provvedimento.
Il provvedimento deve comunque essere emesso, in quanto solo esso è produttivo unilateralmente degli effetti, anche se fa proprio il contenuto dell'accordo, cui segue (art. 11 co. 1° L. n. 241/1990 modif. dall'art. 7 co. 1° lett. a L. n. 15/2005).
I contratti del genere, stipulati per iscritto previa determinazione dell'organo competente, hanno una funzione simile ai contratti preliminari propri del diritto civile, in quanto l'amministrazione è tenuta ad emanare i provvedimenti attuativi, salvo il recesso unilaterale dall'accordo consentito all'ente pubblico per sopravvenuti motivi di interesse pubblico salvo indennizzo (art.11 co. 4° L. n. 241/1990 modif. dall'art. 7 co. 1° lett. b L. n. 15/2005).
In caso di mancata emanazione del provvedimento, in assenza di recesso, o di contenuto difforme, il privato può rivolgersi al giudice amministrativo perché dichiari l'obbligo di provvedere in conformità.
Al contratto *de quo* trovano applicazione, ove non diversamente previsto, i principi del diritto civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili (art. 11 co. 2°, secondo periodo, L. n. 241/1990).

4. *Gli accordi sostitutivi di provvedimenti amministrativi.*
I contratti sostitutivi, anch'essi legati al tema della partecipazione allo stesso modo degli integrativi, tengono luogo ai provvedimenti, al fine di determinare di comune accordo l'assetto degli interessi pubblici e privati presenti nella fattispecie (art. 11 co. 1° L. n. 241/1990 modif. dall'art. 7 co. 1° lett. a L. n. 15/2005).
L'accordo *de quo*, preceduto da una determinazione dell'organo competente all'emanazione del provvedimento, deve essere sottoposto agli stessi controlli predisposti per questo.
Così come nel caso degli integrativi, l'amministrazione è abilitata a recedere unilateralmente dal contratto per sopravvenuti motivi di pubblico interesse. Non

rileverebbero come giustificazione del predetto recesso motivi già sussistenti al momento della stipula, come una sorta di *ius poenitendi* dell'amministrazione nella valutazione dell'interesse pubblico, fermo restando una diversa valutazione dell'eventuale organo di controllo sul contratto in sede di primo riscontro.
Il recesso *de quo* è un diritto potestativo di natura privatistica concesso dalla legge alla sola amministrazione in ragione della cura ad essa rimessa dell'interesse pubblico.
E' comunque dovuto un indennizzo al privato, in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in suo danno (art. 11 co. 4° L. n. 241/1990 modif. dall'art. 7 co. 1° lett. b L. n. 15/2005). Non si tratta, quindi, di un risarcimento commisurato precisamente ai danni subiti dal privato, bensì di una semplice indennità.
Gli accordi del genere sono assoggettati, ove non diversamente previsto, ai principi del diritto civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili (art. 11 co. 2°, secondo periodo, L. n. 241/1990) .

5. *Gli accordi come strumenti di pianificazione.*
Al di là delle figure in precedenza esaminate, si conoscono nel diritto positivo una varia congerie di atti negoziali, che coinvolgono amministrazioni pubbliche tra di loro, nonché esse con privati.
Essi possono per comodità raggrupparsi in due categorie, a seconda che intercorrano tra amministrazioni pubbliche e privati ovvero solo tra queste ultime.
a)*I contratti di programma* sono atti bi-plurilaterali mediante i quali soggetti pubblici e privati disciplinano le modalità per il raggiungimento di obiettivi comuni.
Rientrano in tale vaga nozione la c.d. "programmazione negoziata" che si articola in una pluralità di accordi, quali le intese istituzionali di programma, gli accordi di programma quadro, i patti territoriali, i contratti di programma ed i contratti d'area (L. n. 662/1996).
I contratti *de quibus* presentano somiglianze apparenti con gli accordi sostitutivi. Ma a differenza di questi, non si inseriscono in procedimenti amministrativi né vengono a sostituire alcun provvedimento. Inoltre mentre gli accordi sostitutivi si muovono in una logica di sostanziale soggezione del privato rispetto all'amministrazione procedente, i contratti di programma mirano a concordare e coordinare azioni comuni riguardanti soggetti privati, particolarmente qualificati come centri di potere economico, collocati sullo stesso piano delle amministrazioni[6].
Sono ipotesi tipiche previste dalla legge, che non possono essere estese ad altre analoghe situazioni.

[6] CASETTA " *op.cit*" pag.550

Tra di esse potrebbe farsi rientrare, nonostante le loro evidenti particolarità ed ambiguità[7], anche le convenzioni urbanistiche, tra cui quelle di lottizzazione, che intercorrono tra amministrazioni e privati in ordine all'assetto del territorio[8].
Quanto alla disciplina della categoria può ritenersi che -in mancanza di completa disciplina specifica- trovino applicazioni, in quanto compatibili, le disposizioni previste per gli accordi sostitutivi.
b)*Gli accordi esterni tra amministrazioni* sono sempre consentiti per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune (art. 15 L. n. 241/1990), al fine di superare la frammentazione di competenze, semplificando ed accelerando così l'azione amministrativa.
Gli accordi del genere, da redigersi in forma scritta, sono espressamente assoggettati ai principi del diritto civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili .
Essi pongono il regolamento immediatamente efficace degli interessi, di cui sono portatori soggetti pubblici pariordinati, senza bisogno di provvedimenti che li recepiscano.
Quindi presuppongono che, mancando un'amministrazione portatrice di un interesse primario, i partecipanti addivengano spontaneamente all'accordo, senza possibilità di superare il dissenso anche di uno solo.
c)*Gli accordi preparatori tra amministrazioni*
Un tipo analogo ai precedenti è costituito dagli accordi sostitutivi di parti del procedimento attraverso lo strumento della conferenza di servizi (artt. 14-14 *quinquies* L. 241/1990 modif. dall'art. 9 L. n. 340/2000).
Questa è facoltativa quando occorra effettuare un esame contestuale di vari interessi pubblici coinvolti in un procedimento amministrativo (art. 14 co. 1° cit.), mentre è obbligatoria allorché, prima di emanare il provvedimento finale, siano previste intese, concerti, nulla osta, assensi o consensi di altre amministrazioni pubbliche (art. 14 co. 2° cit.).
La convocazione e lo svolgimento delle conferenze predette è disciplinato compiutamente dalla legge, specie per quanto concerne il dissenso espresso da una delle parti interessate e la possibilità di superarlo attraverso poteri sostitutivi affidati all'amministrazione portatrice dell'interesse primario (art. 14 *quater* cit.).
In tal modo si determina il contenuto del provvedimento finale, che comunque deve essere emesso dall'autorità competente.

---

[7] GIANNINI, in Prefazione a MAZZARELLI, *Le convenzioni urbanistiche*, Bologna, 1979, pag.6
[8] Per un esame approfondito v. PERICU, *op.cit.*, pagg.1335 e segg.

6. *In particolare gli accordi di programma tra amministrazioni.*

Gli accordi di programma sono tipi particolari di accordi tra amministrazioni, con l'eventuale partecipazione di privati, dai quali derivano obblighi reciproci tra le parti al fine della realizzazione di opere ed interventi complessi, preparatori rispetto ad un provvedimento amministrativo formale.

Essi prendono il luogo di interi procedimenti, nel senso che stanno in vece ed in sostituzione di questi[9].

La normativa di base applicabile per analogia a tutte le ipotesi simili è quella concernente gli accordi tra enti locali e amministrazioni statali (art. 34 T.U. enti locali).

Per la definizione e l'attuazione di opere, di interventi o di programmi di intervento che richiedono, per la loro completa realizzazione, l'azione integrata e coordinata di comuni, di province e regioni, di amministrazioni statali e di altri soggetti pubblici, o comunque di due o più tra i soggetti predetti, il presidente della regione o il presidente della provincia o il sindaco, in relazione alla competenza primaria o prevalente sull'opera o sugli interventi o sui programmi di intervento, promuove la conclusione di un accordo di programma, anche su richiesta di uno o più dei soggetti interessati, per assicurare il coordinamento delle azioni e per determinarne i tempi, le modalità, il finanziamento ed ogni altro connesso adempimento (art. 34 co. 1° D.L.vo 18 agosto 2000, n. 267).

Per verificare la possibilità di concordare l'accordo di programma, il presidente della regione o il presidente della provincia o il sindaco convoca una conferenza tra i rappresentanti di tutte le amministrazioni interessate (co. 3° cit.).

L'accordo, consistente nel consenso unanime del presidente della regione, del presidente della provincia, dei sindaci e delle altre amministrazioni interessate, è approvato con atto formale del presidente della regione o del presidente della provincia o del sindaco ed è pubblicato nel bollettino ufficiale della regione. L'accordo, qualora adottato con decreto del presidente della regione, determina le eventuali e conseguenti variazioni degli strumenti urbanistici e sostituendo le concessioni edilizie, sempre che vi sia l'assenso del comune interessato(co. 4° cit.).

La regolamentazione della fattispecie è invero contenuta nell'atto convenzionale, con cui le parti assumono le rispettive obbligazioni, mentre il provvedimento conclusivo del procedimento svolge un ruolo essenzialmente di esternazione, di

[9] GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., pag. 752 e segg.

verifica della regolarità formale delle decisioni assunte, ponendo il termine iniziale per eventuali impugnazioni [10].

Ove l'accordo comporti variazione degli strumenti urbanistici, l'adesione del sindaco allo stesso deve essere ratificata dal consiglio comunale entro trenta giorni a pena di decadenza (co. 5° cit.).

Per l'approvazione di progetti di opere pubbliche comprese nei programmi dell'amministrazione e per le quali siano immediatamente utilizzabili i relativi finanziamenti si procede a norma dei precedenti commi. L'approvazione dell'accordo di programma comporta la dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza delle medesime opere; tale dichiarazione cessa di avere efficacia se le opere non hanno avuto inizio entro tre anni (co. 6° cit.).

La vigilanza sull'esecuzione dell'accordo di programma e gli eventuali interventi sostitutivi sono svolti da un collegio presieduto dal presidente della regione o dal presidente della provincia o dal sindaco e composto da rappresentanti degli enti locali interessati, nonché dal commissario del Governo nella regione o dal prefetto nella provincia interessata se all'accordo partecipano amministrazioni statali o enti pubblici nazionali (co. 7° cit.).

Allorché l'intervento o il programma di intervento comporti il concorso di due o più regioni finitime, la conclusione dell'accordo di programma è promossa dalla Presidenza del Consiglio dei ministri, a cui spetta convocare la conferenza di cui al comma 3. Il collegio di vigilanza di cui al comma 7 è in tal caso presieduto da un rappresentante della Presidenza del Consiglio dei ministri ed è composto dai rappresentanti di tutte le regioni che hanno partecipato all'accordo. La Presidenza del Consiglio dei ministri esercita le funzioni attribuite dal comma 7 al commissario del Governo ed al prefetto (co. 8° cit.).

Dall'inadempienza delle obbligazioni sorte con detto accordo derivano varie conseguenze . Oltre ai meccanismi (di vigilanza, procedure arbitrali e intereventi surrogatori) da definirsi nella stessa convenzione (co. 2° cit.), soccorrono i principi e le disposizioni di diritto comune sul risarcimento del danno consistenti negli oneri sopportati per aver fatto affidamento sul comportamento collaborativo altrui. Non potrà però rapportarsi tale risarcimento al mancato raggiungimento del risultato prefissato, per l'impossibilità di quantificare l'interesse pubblico perseguito, né chiedersi un'esecuzione in forma specifica di un *facere* nella sfera discrezionale.

---

[10] PERICU, *L'attività consensuale, cit.*, pag. 1353. Di avviso contrario STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992, pagg. 206 e segg., per cui l'accordo sarebbe un mero presupposto del provvedimento di approvazione.

Tali accordi sono una *species* del genere degli accordi tra amministrazioni (ex art. 15 L. 241/1990), anche se se presentano peculiarità per l'oggetto programmatorio, accostandosi ai contratti c.d. "normativi" di diritto civile.
Pertanto non possono non applicarsi le disposizioni generali previste dalla legge n. 241/1990 all'art. 15, per quanto compatibile con la loro diversa struttura[11].

7. *Gli accordi-quadro nel settore dei lavori pubblici.*
Nello specifico dei settori dei contratti (c.d. "pubblici") relativi a lavori, servizi e forniture il D.L.vo 163/06 ha previsto all'art. 59 l'istituto dell' "accordo quadro" di derivazione comunitaria, in quanto previsto dall'art. 32 della Direttiva 2004/18[12].
La definizione dell' "accordo quadro" è contenuta al comma 13 dell'art. 3 del Codice degli Appalti.
Trattasi di un accordo concluso tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, il cui scopo è quello di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste.
Per i lavori pubblici, gli accordi quadro sono ammessi in relazione ai lavori di manutenzione e negli altri casi, da prevedersi nell'adottando regolamento, in cui i lavori sono connotati da serialità e caratteristiche esecutive standardizzate. Gli accordi quadro non sono ammessi per la progettazione e per altri servizi di natura intellettuale, salvo che siano connotati da serialità e caratteristiche esecutive standardizzate, da individuarsi nel regolamento.
Ai fini della conclusione di un accordo quadro, le stazioni appaltanti seguono le regole di procedura previste dal Codice degli Appalti in tutte le fasi fino all'aggiudicazione degli appalti basati su tale accordo quadro. Le parti dell'accordo quadro sono scelte applicando i criteri di aggiudicazione definiti ai sensi degli articoli 81 e seguenti del Codice degli Appalti.

8. *Ambiguità concettuale della categoria delle convenzioni.*
L'analisi sopra effettuata pone in evidenza la frammentazione della categoria delle convenzioni e una profonda ambiguità concettuale resa palese dalla pluralità di denominazioni nei rapporti tra lo strumento contrattuale, caratteristico del diritto privato, ed i fini pubblici perseguiti dalle amministrazioni contraenti.

---

[11] PERICU *"…cit."*, pag. 1358, nega tale assimilazione.
[12] La disposizione si applica alle procedure i cui bandi o avvisi siano pubblicati successivamente al 1/2/07 relativamente agli appalti dei settori ordinari , ai sensi dell'art. 1 *octies* comma 1, lett. d) del D.L. 12/5/06 n. 173 convertito, con modificazioni, in legge, con la L. 12/7/06, n. 228.

Parimenti si osserva la tendenza della legislazione specie la più attuale, a privilegiare i predetti modelli consensuali in una visione democratica dell'azione gestoria pubblica.

L'oggetto delle convenzioni è certamente pubblico, ma la cura di esso avviene attraverso il coinvolgimento degli interessati, talché non può negarsi la natura contrattuale dello strumento utilizzato.

D'altronde, proprio la riferita varietà dei tipi di convenzione impedisce di costruire la categoria del contratto di diritto pubblico, istituto parallelo al contratto di diritto privato.

Gli unici elementi comuni a tutte le figure di convenzione, specie per quanto riguarda le obbligazioni che nascono da esse, attengono ad aspetti riferibili al comune contratto ed alla sua disciplina civilistica.

Le peculiarità afferiscono generalmente al riconoscimento di diritti potestativi privatistici, come il recesso, nonché di poteri di intervento dell'ente pubblico con il suo *ius imperii* esterni al contratto.

Ma esse non snaturano l'atto negoziale, tanto che si rinvia per espressa previsione legislativa alla disciplina del contratto e delle obbligazioni offerte dal codice civile, naturalmente in mancanza di normative derogatorie per tipi di convenzione.

Al contrario, non trovano applicazione alle convenzioni le procedure dell'evidenza pubblica, in quanto da un lato la partecipazione è *in re ipsa* dato il necessario coinvolgimento di tutti i titolari di interessi pubblici e privati, dall'altro la stretta correlazione con la funzione amministrativa fornisce le necessarie garanzie di trasparenza, imparzialità e afferenza all'interesse pubblico.

In conclusione il modulo convenzionale costituisce una sottocategoria speciale del contratto privatistico, in relazione all'oggetto pubblico su cui interviene, con tutte le conseguenze normative.