amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 4/2021

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Notazioni su potere amministrativo e 'attitudine' negoziale.

di Guido Clemente di San Luca

(Ordinario di Diritto Amministrativo, Dipartimento di Giurisprudenza, Università della Campania Luigi Vanvitelli)

Sommario

1. Premessa. – 2. L'azione della P.A. fra discrezionalità e autonomia negoziale: la discussa negoziabili-tà del potere amministrativo. – 3. Gli accordi fra P.A. e privati di cui all'art. 11, L. 241/1990, e la loro funzionalizzazione all'interesse pubblico: una speciale (e alternativa) modalità per realizzare la parte-cipazione al procedimento. – 4. continua: le prescrizioni della disposizione che confermano la loro vocazione teleologica. – 5. Gli accordi fra diverse PP.AA. tra finalità regolativa e finalità provvedi-mentale. – 6. Riepilogo delle tipologie di esercizio negoziale del potere amministrativo. – 7. La vera e propria attività di diritto civile della P.A. e l'evidenza pubblica. – 8. Osservazioni conclusive: la com-patibilità della 'attitudine' negoziale della P.A. con l'esercizio del potere fra superamento dei pregiudi-zi ideologici e rischio di (o inclinazione a) soggiacervi.

Abstract

These notations concern the theme (which in a simplified summary could be summarized as that) of the limits on the use of negotiation methods in the action of the Public Administration (hereinafter P.A.). The reflection starts from the following assumption. In the collective imagination - one might say: unfortunately - the expression 'bureaucratic' is referred to (and in common language), assigning it a negative meaning, meaning with it the attribution of a derogatory value, or, if one wants the ascertainment of the absolute lack of virtue. In reality, as we know, the term literally means "government of the offices": this should mean that it is knowledge, competence, skills, which the specialization of tasks should guarantee to govern.

* *Lo studio – che riprende ed aggiorna i paragrafi dedicati al tema nelle Lezioni di Diritto amministrativo per il corso di base, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012 – costituisce la versione corredata da note più ampie del contributo agli Scritti in onore di Marco D'Alberti.*

ISSN 2036-7821

1. Premessa.

Queste notazioni hanno ad oggetto il tema (che in via di sintesi semplificatoria potrebbe riassumersi come quello) dei limiti all'uso di modalità negoziali nell'azione della Pubblica Amministrazione (d'ora in poi P.A.)[1]. La riflessione muove dal seguente assunto. Nell'immaginario collettivo – verrebbe di dire: purtroppo – si fa riferimento alla (e nel linguaggio comune si adopera l') espressione 'burocratico' assegnandole un'accezione negativa, a significare con essa l'attribuzione di una valenza spregiativa, o, se si vuole, la constatazione dell'assoluta mancanza di virtù[2]. In realtà, come si sa, la locuzione letteralmente significa «governo degli uffici»: ciò dovrebbe voler dire che a governare siano la conoscenza, la competenza, le capacità, che la specializzazione dei compiti dovrebbe garantire[3].

---

[*] L'Autore ringrazia la dott.ssa Antonella Corsale ed il dott. Mario Paladino, dottorandi di ricerca presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università della Campania Luigi Vanvitelli, per averlo aiutato nella rico-gnizione dell'assetto normativo e giurisprudenziale e per aver discusso con lui la relativa ricostruzione critica;

[1] Il tema scelto da chi scrive per rendere omaggio a Marco D'Alberti esprime una delle cifre principali del suo impegno di ricerca, sin dalla sua monografia del 1981: M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, Jovene, Napoli, 1981; ID., *I "public contracts" nell'esperienza britannica*, Jovene, Napoli, 1984.; ID., *L'attività contrattuale degli enti pubblici* (in collaborazione con G. Rossi), in CER-CENSIS, *Pubblico e privato*, Edizioni del Sole 24 Ore, Milano, 1987, I, pp. 371 ss. ; ID., voce *Concessioni amministrative*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. VII, Roma, 1988; ID., *Pubblico e privato nella disciplina dei mercati mobiliari. Proposte di revisione del sistema italiano*, in CONSOB, Quaderni di Finanza, Dicembre 1995, n. 12; ID., *La partizione pubblico privato esiste ancora?*, in F. SPANTIGATI (a cura di), *Sulle trasformazioni dei concetti giuridici per effetto del pluralismo*, E.S.I., Napoli, 1998, pp. 25 ss.; ID., *Conclusioni e proposte*, in ID. (a cura di), *Concessioni e concorrenza*, Autorità garante della concorrenza e del mercato, Roma, 1998, pp. 161 ss.; ID., *Intervento* al Seminario "Il grande abisso fra diritto pubblico e diritto privato. La comparazione giuridica e la contrazione dello Stato", in *Nomos*, 2000, n. 1, pp. 72 ss.; ID., *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. Amm*., 2008, pp. 297 ss.; ID., *Diritto amministrativo e diritto privato: nuove emersioni di una questione antica*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, 2012, pp. 1019 ss.; ID., *Poteri regolatori tra pubblico e privato*, in *Dir. Amm*., 2013, pp. 607 ss.

[2] Come è noto, «burocràtico» è aggettivo, derivante dal francese, che in realtà indica letteralmente «Della burocrazia» (così, al lemma corrispondente, il *Dizionario Treccani on line*), e cioè «proprio o tipico della burocrazia e dei funzionarî che la compongono». Ed il relativo avverbio «burocraticaménte» è riferito «al modo o con la mentalità dei burocrati». Sempre nel *Dizionario Treccani on line*, si legge che per «burocrazìa» s'intende «Il complesso dei funzionarî che, articolati in varî gradi gerarchici, svolgono nello stato le funzioni della pubblica amministrazione», e, per estensione, «l'insieme dei funzionarî di un ente, di un organismo, anche non statale, e spec. l'apparato dei funzionarî di un partito che, pur non avendo in esso funzioni dirigenziali, ne condizionano in qualche modo la linea di condotta». In realtà, subito a seguire si precisa il significato ulteriore e negativo: «In senso astratto, il potere assunto negli stati moderni (o, per analogia, anche in strutture politiche anteriori) dalla massa dei funzionarî, soprattutto come effetto del moltiplicarsi delle funzioni dello stato e degli enti pubblici; nell'uso della parola, è in genere implicita un'allusione negativa». E quindi anche «Osservanza esagerata dei regolamenti, spec. nella forma esteriore».

[3] Per il vero, infatti, alla stessa voce della *Enciclopedia Treccani on line*, si chiarisce che la burocrazia è «L'insieme di apparati e di persone al quale è affidata, a diversi livelli, l'amministrazione di uno Stato o anche di enti non statali. Sebbene si possano ritrovare elementi significativi di amministrazione burocratica in epoche remote e all'interno di svariate civiltà (antico Egitto, Impero cinese, Persia e India, Impero romano e bizantino) nella sua forma più compiuta, la b. è un prodotto del processo di formazione dello Stato, iniziato in Europa nel 16° sec. e costituisce la risposta all'esigenza del sovrano di fondare il proprio potere su un ceto di funzionari alle sue dirette dipendenze. Il termine b. fu coniato dall'economista francese Vincent de Gournay nella prima metà del 18° sec. proprio per stigmatizzare la potenza crescente dei funzionari pubblici nella vita politica e sociale, che configurava una vera e propria forma di "governo dei funzionari", fra l'altro del tutto inefficiente sul piano

ISSN 2036-7821

Ora, è indubbio che la realtà molto spesso si rivela assai lontana dalle sistemazioni teoriche, viepiù laddove queste muovano da assunti ideologici, da archetipi astratti fondati su un dover essere lontano dalla vita effettiva delle persone. A nessuno può sfuggire che l'opera delle PP.AA. sia resa sovente non proprio commendevole in ragione della, non rara, scarsa efficienza del personale burocatico (e politico). Tuttavia, per ovviare a questa evidente patologia, non si può pensare di alterare la fisiologia, secondo la quale l'ordinamento assegna alla P.A. i compiti che giuridicamente qualifica di interesse pubblico. Naturalmente, non è la stessa cosa disporre che la P.A. possa svolgere tali compiti (almeno anche) attraverso lo strumentario giuridico di diritto civile.

L'ambito più generale nel cui seno si colloca il tema di cui qui si tratta, quindi, è quello del perimetro delle aree di dominio rispettivamente dei pubblici poteri e del mercato: ambito evidentemente troppo ampio – ed implicante un indispensabile approccio interdisciplinare (imponendo di interrogare la scienza economica, la sociologia, l'antropologia, la filosofia, ecc.) – per essere indagato in questa sede, nella quale s'intende affrontare soltanto, e per spigolature, il circoscritto profilo tematico concernente i limiti della cd. 'amministrazione consensuale'[4].

Come è stato autorevolmente affermato, «atti autoritativi ed atti consensuali sono meri strumenti giuridici; i quali vanno esaminati in modo oggettivo, in relazione alla

---

dell'amministrazione dello Stato. Negli usi successivi il termine ha in parte mantenuto questa originaria accezione negativa. Nello stesso tempo, tuttavia, la nozione di b. è diventata una categoria cruciale delle scienze storiche, politiche e sociali. Secondo una delle teorie più autorevoli della b., elaborata da M. Weber nei primi decenni del Novecento e tuttora sostanzialmente insuperata, gli apparati della b. si distinguono dalle tradizionali forme di amministrazione del passato perché si fondano, almeno in linea di principio, su una rigorosa divisione del lavoro, sul sapere e sulle competenze, su gerarchie regolate dal merito e da precisi meccanismi di carriera e, ancora, su un complesso di norme scritte che tendono a vincolare il funzionario a una condotta tipicamente impersonale e formalistica. Poiché lo sviluppo e la diffusione della b. avevano riguardato non soltanto la sfera dell'amministrazione dello Stato, ma più in generale tutte le forme pubbliche e private di organizzazione amministrativa (partiti, sindacati, aziende ecc.), Weber parlò di processo irreversibile di burocratizzazione universale, che tendeva a imprigionare gli uomini in una rete di regole minuziose e a sottometterli alla potenza anonima, irresponsabile e ogni giorno più necessaria degli apparati burocratici. Ciò costituiva, a suo giudizio, un enorme pericolo per il futuro della libertà e della democrazia nel mondo contemporaneo: un pericolo che si sarebbe ulteriormente acuito con l'eventuale trionfo del socialismo, veicolo di una burocratizzazione integrale della politica, della società e della stessa economia. Nel Novecento di fatto il processo di burocratizzazione ha conosciuto una straordinaria espansione, sia nei paesi socialisti fondati sull'economia pianificata e dunque sull'unificazione tra b. pubbliche e private in una b. unica, sia nei paesi capitalistici, per effetto innanzitutto delle politiche di welfare, che implicano un crescente intervento dello Stato nella vita quotidiana dei cittadini. A fronte di ciò sono in atto processi di 'deburocratizzazione' delle amministrazioni pubbliche e private, che rispondono alle esigenze di una società in continua trasformazione, che rende rapidamente obsolete le competenze e le specializzazioni della b. e si mostra sempre più insofferente ai vincoli posti dalle sue regole e dalle sue procedure».

[4] Tema affrontato abbastanza recentemente, con ampiezza ed elegante rigore, da A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Jovene, Napoli, 2016. E da ultimo ripreso, in qualche modo e misura e con tagli ed accenti diversi, da G. COMPORTI, *La strana metafora della «terra di nessuno»: le adiacenze possibili tra diritto pubblico e diritto privato alla luce dei problemi da risolvere*, in *Dir. Pub.*, 2021, pp. 529 ss.; e da E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza?*, Jovene, Napoli, 2021.

ISSN 2036-7821

loro rispondenza alle finalità che all'amministrazione viene chiesto di raggiungere»[5]. Dunque si tratta di capire, di volta in volta, quale sia lo strumento più idoneo allo scopo di realizzare un obiettivo dato, formalmente qualificato da una fonte dell'ordinamento generale come *interesse pubblico* ed assegnato alla cura di una P.A.
Ed occorre farlo, per un verso, tenendo presente che la genesi degli strumenti è dovuta ai fini che si volevano perseguire: *privatistici* per gli interessi privati, *pubblicistici* per gli interessi pubblici; e, per un altro, bandendo ogni forma di integralismo culturale che escluda l'applicabilità degli strumenti nati per soddisfare finalità private anche al conseguimento di finalità pubbliche, sempre che, però, l'utilizzo di tali strumenti non rischi di fuorviare il perseguimento dell'interesse pubblico.
È del tutto evidente come il tema finisca per avere ricadute e/o implicazioni – oltre l'ambito in seno al quale esso si colloca (quello, richiamato, della definizione dei confini reciproci fra Stato e mercato) – persino sul tema ancor più generale della sopravvivenza del Diritto amministrativo come diritto speciale. L'interrogativo che ne sortisce, insomma, è se il diritto che disciplina le PP.AA. sia ancora definibile come Diritto amministrativo, oppure debba parlarsi di un Diritto comune che si applica anche ad esse[6].
In altre parole, dalla questione sulla quale s'intende riflettere scaturisce anche il chiedersi se l'assunto secondo cui il 'diritto comune dei contratti' debba essere normalmente applicato pure alla P.A. possa finire per mettere in discussione la distinzione fra Diritto pubblico e Diritto privato, oppure in qualche modo addirittura la rafforzi[7]. A questo specifico riguardo, invero, non sembra possibile esimersi – sebbene non di rado lo si faccia – dal constatare che la quantità dell'azione delle PP.AA. che tuttora si esprime attraverso il dispiego di poteri, di provvedimenti

[5] Così F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. Amm.*, 2002, pp. 431 ss.

[6] È soprattutto per questa ragione che, nelle note a piè di pagina, il 'dialogo' con la dottrina è tenuto, in via prevalente, circoscritto ad alcuni fra i principali manuali, e cioè quelli di A.M. SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Jovene, Napoli, 1989, e di M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1993, della precedente generazione, e quelli, a dir così, contemporanei, fra i più adottati per i corsi universitari, di: E. CASETTA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2020; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2021; M. CLARICH, *Manuale di Diritto Amministrativo*, il Mulino, Bologna, 2019; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2020; L. MAZZAROLLI e altri (a cura di), *Diritto amministrativo*, Monduzzi, Bologna, 2005; F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2019; D. SORACE, S. TORRICELLI, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, il Mulino, Bologna, 2021. E, ovviamente, quello di M. D'ALBERTI, *Lezioni di Diritto Amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2021.

[7] Lo lascia intendere A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale* cit., p. 485, laddove afferma che «proprio lo studio dell'attività consensuale dei soggetti pubblici sembra suggerire l'opportunità di preservare, anche all'interno dell'ordinamento amministrativo, il senso stesso della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Si tratta, infatti, di una distinzione che non assume più un significato "dicotomico" o "assiologico" ma che riveste una valenza essenzialmente tecnica che migliora (e non pregiudica) il concreto esercizio della funzione pubblica, poiché mette a disposizione dell'amministrazione una serie di strumenti e di categorie che […] assicurano una maggiore certezza, chiarezza e stabilità delle relazioni giuridiche, contribuendo quindi a rafforzare la fiducia tra il settore pubblico e quello privato».

ISSN 2036-7821

imperativi, non si sia ristretta fino al punto di ritenere non arbitrariamente che la consistenza di un'azione siffatta sia ormai talmente circoscritta da addirittura non potersi più considerare sufficiente a fondare l'autonomia disciplinare del Diritto amministrativo[8].

[8] Ormai da qualche tempo, l'autonomia disciplinare viene messa in discussione, fino al punto di sostenere che dovrebbe più correttamente parlarsi di 'Diritto delle amministrazioni pubbliche', con tale locuzione volendosi intendere che, alla luce delle trasformazioni socio-economiche intercorse (peraltro a livello non solo nazionale, ma mondiale), sarebbe maggiormente corrispondente alla realtà ritenere sussistente un unico diritto comune che alle PP.AA. semplicemente si applicherebbe con qualche 'particolarità'. Una delle più esplicite manifestazioni di siffatta tendenza è nel titolo del manuale di D. SORACE, S. TORRICELLI, *Diritto delle amministrazioni pubbliche* cit., secondo i quali (pp. 36-39) «Per gran parte del secolo scorso si è spesso ritenuto che l'amministrazione pubblica dovesse considerarsi nel suo complesso oggetto di una disciplina peculiare, separata ed autonoma rispetto al diritto privato, coerentemente ordinata da principi diversi: il "diritto amministrativo". Questo in realtà non è mai stato del tutto vero, poiché non sono mai stati rari i casi nei quali alle amministrazioni pubbliche si applicava il diritto privato (come per esempio per quanto riguarda l'esecuzione dei contratti di appalto pubblico, che sono contratti da sempre considerati in Italia di natura privatistica) ma certamente non è vero oggi: di recente si è addirittura statuita la riserva in via di principio alla disciplina del diritto privato di una parte dell'attività amministrativa. Una delle prime disposizioni della legge "*che detta nuove norme in materia di procedimento amministrativo*", l'art. 1, c. 1-*bis*, LPA, inserito nel 2005, stabilisce infatti che "[l]*a pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*". Nello stesso periodo, nell'attribuire al Governo una delega legislativa, il legislatore aveva indicato tra i criteri da osservare la "*generale possibilità di utilizzare, da parte delle amministrazioni e dei soggetti a queste equiparati, strumenti di diritto privato, salvo che nelle materie o nelle fattispecie nelle quali l'interesse pubblico non può essere perseguito senza l'esercizio di poteri autoritativi*" (art. 20, c. 4, lett. *f-bis*, l. n. 59/1997). Mentre dunque, in via di principio, all'attività che non implichi esercizio di poteri autoritativi si applica il diritto privato, corrispondentemente si applica il diritto amministrativo quando occorre esercitare poteri di questa natura […]. In termini generali, dalle norme richiamate si ricava che gli strumenti offerti dal diritto privato, a cominciare dal contratto, possono rappresentare strumenti idonei per perseguire l'interesse pubblico e che dunque, a monte, non vi è alcuna incompatibilità tra interesse pubblico e diritto privato. Parallelamente, ma si tratta dell'altra faccia della stessa medaglia, non si deve incorrere nell'errore di ritenere che ogni volta che è in gioco un interesse pubblico, per ciò solo l'attività dell'amministrazione che lo persegue sia retta dal diritto amministrativo. Peraltro, quando le pubbliche amministrazioni operano applicando il diritto privato, pongono in essere attività che restano distinguibili da quelle di un privato, sia perché, trattandosi di amministrazione pubblica, non sono libere di perseguire gli interessi che preferiscono, sia perché vi sono dei principi che si applicano alle attività amministrative indifferentemente da che esse siano svolte in regime di diritto amministrativo o in regime di diritto privato. […] se nei casi in cui l'amministrazione adotta atti di natura autoritativa si applica sempre il diritto amministrativo, fuori da questi casi il diritto privato si applica "*salvo che la legge disponga diversamente*" (lo stabilisce appunto già l'art. 1, c. 1-*ter*, LPA). Non sono affatto rari i casi in cui la legge prevede delle deroghe, che dovrebbero essere giustificate (ma non sempre lo sono) proprio dalla incompatibilità tra il diritto privato e i principi generali dell'amministrazione pubblica. Così, per mettere a disposizione di un privato un bene pubblico, si potrebbe stipulare un contratto di locazione, ma è invece stabilito che, quando si tratta di un certo tipo di beni pubblici (per esempio, una spiaggia), si provveda mediante un atto disciplinato dal diritto amministrativo, che, per esempio, può essere annullato o revocato e che dunque consente all'amministrazione di sciogliere il vincolo con il privato (quando l'interesse pubblico lo richieda) più facilmente di quanto accadrebbe rispetto a un vero e proprio contratto. Ciò che da tutto questo emerge è che il diritto delle amministrazioni pubbliche non è costituito né soltanto dal diritto amministrativo, né soltanto dal diritto privato, ma ne è una mescolanza. Si deve […] spiegare perché si parli di diritto delle amministrazioni pubbliche e non di diritto dell'amministrazione pubblica. Per lungo tempo, l'espressione "amministrazione pubblica" è stata sinonimo di amministrazione statale, perché quest'ultima era, se non l'unica, comunque l'amministrazione pubblica per eccellenza ed il diritto che la riguardava era, in sostanza, il diritto anche delle altre amministrazioni (ad essa del resto di solito subordinate e che ben potevano essere definite minori). Oggi questo non è più vero: il pluralismo dei pubblici poteri importa

ISSN 2036-7821

In definitiva, una volta delineati i confini che segnano il 'territorio' esterno al tema[9], lo studio si propone di analizzare brevemente, dell'azione amministrativa, dapprima quella per moduli consensuali – nelle due *species* degli accordi fra P.A. e privati e fra diverse PP.AA. – e, a seguire, quella mediante veri e propri contratti, per concludersi con alcune osservazioni sulla misura della compatibilità in generale della 'attitudine' negoziale della P.A. con l'esercizio del potere.

2. L'azione della P.A. fra discrezionalità e autonomia negoziale: la discussa negoziabilità del potere amministrativo.

Può ben dirsi che l'esercizio del potere amministrativo sia da sempre fortemente caratterizzato dalla autoritatività/unilateralità degli atti che ne sono manifestazione. Dall'assunto parrebbe doversi derivare che l'esercizio del potere sarebbe, per definizione, non negoziabile. E invece non è così, anche se, comunque, la negoziabilità si può praticare soltanto laddove essa resti saldamente entro l'ambito

anche una pluralità di apparati amministrativi, così che vi è una moltitudine di amministrazioni pubbliche che si riferiscono, con modalità diversificate, ai diversi centri di indirizzo politico. Le amministrazioni non sono tra loro in rapporto gerarchico ma hanno ambiti di competenze diverse ed autonome, che debbono coordinarsi. "Amministrazione pubblica", in senso soggettivo, è dunque ormai una denominazione collettiva per numerose e diverse amministrazioni pubbliche».

[9] Per completare siffatta delineazione è utile ricordare quanto sostenuto da M. D'ALBERTI, *L'effettività e il diritto amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, pp. 47-52, secondo il quale «la logica del diritto comune, del diritto privato, ha giocato un ruolo importante nel rafforzamento dell'effettività delle situazioni giuridiche soggettive degli amministrati […]. Guardare all'effettività del diritto non deve significare ridurlo al mero fatto. Un giurista non può cadere, sospinto dalla prospettiva dell'effettività, in quel "disincantamento" sociologico del diritto […], in quell'atteggiamento, cioè, secondo il quale "il diritto … dovrebbe progressivamente deporre anche l'ultima sua parvenza di normatività … di fronte alla crescente complessità sociale. È una tendenza […] che […] trova nuova diffusione oggi, nell'era della globalizzazione, nella quale diversi sociologi, politologi e giuristi sottolineano che le regole, soprattutto se poste dai pubblici poteri, contano poco o nulla […] di fronte alla forza di fatto dei grandi operatori economici internazionali […]. Le logiche del mercato presentano i pericoli di disequilibrio sociale che la globalizzazione ci ha fatto conoscere. Ma quelle logiche hanno fatto fare passi avanti […] all'effettiva tutela degli utenti di servizi pubblici essenziali […]. I servizi non imprenditoriali […] è giusto che restino più al riparo dalle regole e dalle logiche di mercato e che siano fondati sul principio del solidarismo […]. Ma […] l'eccessiva burocratizzazione di questi servizi è di serio ostacolo all'effettività delle prestazioni, e dunque dei diritti degli utenti». Del resto, anche chi, molto autorevolmente, dichiarava di considerare superato il ruolo assegnato al giurista dalla cultura dello *statute law*, auspicando che, per effetto della globalizzazione – generatasi nel seno della cultura del *common law* –, questi prenda le distanze dalla rigidità delle codificazioni ottocentesche, per lasciarsi dominare dalla «effettività» propria del «fattuale» (che predica la «atipicità»), sposando la elasticità e la duttilità funzionali all'«*homo aeconomicus*», non poteva non avvertire dal rischio di lasciare, al potere delle grandi «*transnational corporations*» di prevalente origine nordamericana, la possibile «strumentalizzazione della dimensione giuridica», dimensione che finirebbe così per soggiacere «al soddisfacimento di interessi economici, spesso concretantesi – in un clima di capitalismo sfrenato – nel raggiungimento con ogni mezzo e ad ogni costo del maggior profitto possibile» (così P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro It.*, 2002, V, col. 151 ss.). E le tragiche evenienze mondiali degli ultimi lustri (crisi finanziaria, emergenza pandemica, cambiamento climatico) sembrano dettare nuovamente il bisogno imprescindibile di «organismi a proiezione mondiale necessari per fissare principi e definire regole», ciò che, in buona sostanza, seppur in spazi geografici circoscritti dai confini nazionali, due secoli orsono ha dato vita, in Europa, alle codificazioni.

ISSN 2036-7821

della discrezionalità amministrativa, senza mai diventare espressione del principio di autonomia negoziale.

Per lungo tempo la questione della ammissibilità dei contratti di diritto pubblico è stata oggetto di accesa disputa dottrinale e giurisprudenziale[10]: si discute della esistenza (o meno) di una *species* di contratto diversa rispetto a quella tipica del diritto civile; un contratto, per intendersi, non semplicemente ad 'evidenza' pubblica (che sarà esaminata nel § 7), e cioè espressione dell'attività di diritto privato della P.A., ma che si connoti per essere ad 'oggetto' pubblico – l'esercizio del potere amministrativo, appunto –, e cioè espressione dell'attività di diritto pubblico della P.A.[11].

La complessità della questione e l'articolazione delle posizioni assunte in merito ad essa da dottrina e giurisprudenza sono difficilmente riassumibili in poche righe[12]. Il

[10] Lo studio che negli ultimi lustri ha più compiutamente affrontato *ex professo* il tema degli accordi, prendendo le mosse dall'analisi del dibattito sul contratto di diritto pubblico è senz'altro quello di G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Giappichelli, Torino, 2003, cui non si può non rinviare.

[11] Come spiega E. CASETTA, *Manuale* cit., pp. 577-578, «A far data dagli albori della scienza giuspubblicistica è fiorito in dottrina un interessante dibattito, tuttora in corso, in ordine alla configurabilità di un contratto di diritto pubblico stipulato tra amministrazioni o tra amministrazione e privati, ovvero alla possibilità di qualificare come contratti di diritto privato alcune fattispecie caratterizzate dall'attinenza a beni, servizi e funzioni pubbliche. Come osservato in dottrina, le principali questioni sorte in ordine all'ammissibilità della figura attengono ai profili soggettivi e oggettivi del rapporto e alla natura dell'attività amministrativa. Sotto l'aspetto soggettivo, si dubitava dell'ammissibilità di un negozio tra parti che si collocano su posizioni qualitativamente diverse e, quindi, non legittimate ad impiegare lo strumento contrattuale che presuppone la parità tra di esse. Altre opinioni negavano l'ammissibilità dell'impiego dello strumento contrattuale, che presuppone l'autonomia negoziale dei soggetti, in relazione all'attività dell'amministrazione, viceversa caratterizzata dalla discrezionalità. Pure il carattere necessariamente imperativo e unilaterale dell'azione pubblica impedirebbe all'amministrazione di agire a mezzo di contratto, anche perché il vincolo pattizio striderebbe con il principio del costante perseguimento dell'interesse pubblico. Infine, l'attività e i beni di diritto pubblico non sarebbero suscettibili di costituire oggetto di un contratto di diritto comune. Ciò nonostante, anche in passato la realtà giuridica offriva svariati esempi di moduli pattizi coinvolgenti amministrazioni e privati: la spiegazione di tali fenomeni fu fornita osservando come in queste occasioni l'amministrazione si spogliasse della veste di autorità e si presentasse come un mero contraente, stipulando un negozio di diritto privato accessivo al provvedimento unilaterale con il quale si disponeva dell'interesse pubblico».

[12] Si può efficacemente richiamare la loro illustrazione da parte dei due più autorevoli esponenti della generazione di studiosi del diritto amministrativo che ha caratterizzato la stagione immediatamente successiva alla Costituzione del 1948. Il riferimento è, ovviamente, ad A.M. Sandulli e M.S. Giannini, le cui ricostruzioni, pervenenti a conclusioni non perfettamente coincidenti, vengono qui di seguito (sia pur non integralmente) riportate. Secondo A.M. SANDULLI, *Manuale* cit., pp. 600-602, «Mentre è indiscutibile che le pubbliche Amministrazioni possono porre in essere contratti nell'ambito dei rapporti di diritto civile […], è stato oggetto di ampio e protratto dibattito se, oltre alla categoria dei contratti di diritto civile […], esista per le pubbliche Amministrazioni anche una categoria di contratti "di diritto pubblico". Con tale nome ci si riferisce oggi, generalmente, da parte di coloro che accettano la figura, ai contratti destinati a regolare rapporti aventi un oggetto di diritto pubblico (beni, funzioni, servizi pubblici), ovvero a regolare rapporti patrimoniali i quali accedono a un provvedimento amministrativo (p. es., concessione, espropriazione). Da parte di taluni si escludeva del tutto, in passato, che rapporti di tal genere potessero mai, a causa dell'indisponibilità dell'oggetto, o del fatto di accedere a un provvedimento, formar materia di contratto tra un'Amministrazione e i privati: si riteneva che la partecipazione della volontà di soggetti privati alla formazione della fattispecie fosse da configurare, in casi del genere, come un semplice elemento del procedimento culminante in un provvedimento

ISSN 2036-7821

amministrativo. Da parte di un'altra opinione, che ha remota origine ed era diffusa fino a epoca recente, si riteneva invece che nei casi in questione si avesse, sì, un contratto, ma un contratto non di diritto privato bensì "di diritto pubblico". Il problema se esistano casi in cui rapporti del genere indicato siano regolati mediante contratto va risolto in base al diritto positivo. E non v'ha dubbio che nel nostro ordinamento il quesito debba avere risposta affermativa […]. Le pubbliche Amministrazioni non possono, in via di principio, concludere negozi aventi per oggetto l'esercizio delle proprie potestà pubbliche (e dunque, p. es., non possono concludersi patti in ordine ai modi e ai contenuti dei provvedimenti da adottare in sede di pianificazione territoriale, di esercizio della potestà sanzionatoria o di quella tributaria, ecc.): queste potestà debbono essere esercitate in funzione del pubblico interesse e l'Amministrazione deve costantemente conservare inalterata la possibilità di modificare le valutazioni e le scelte effettuate al riguardo (patti del genere indicato sarebbero dunque nulli). Esistono però casi in cui è la legge stessa a prevedere che certi rapporti aventi un oggetto pubblico siano regolati – esclusivamente o alternativamente – attraverso strumenti pattizi (p. es. convenzioni urbanistiche, concordati tributari, ecc.). Si tratta di casi da considerare come eccezioni alla regola. Contratti del tipo anzidetto […] possono prima di tutto intervenire tra una o più pubbliche Amministrazioni […]. Vi sono poi i contratti (denominati talora anch'essi convenzioni) tra pubbliche Amministrazioni e soggetti privati. Possono esser ricordati quelli previsti […] per alcune concessioni (trattasi dei contratti destinati a regolare gli aspetti patrimoniali dei rapporti istituiti in virtù di un provvedimento di concessione: così avviene, p. es., per le concessioni di opere pubbliche: in simili casi il contratto – generalmente concluso mediante la firma di un "capitolato" o di un "disciplinare" – segue la sorte del provvedimento, e la caducazione di questo – realizzabile naturalmente secondo le regole del diritto amministrativo – comporta la caducazione di quello)». L'A., poco oltre, conclude che, visto che in questi «casi si è indiscutibilmente in presenza di veri e propri contratti, essendo fuori dubbio l'incontro in un unico atto di due o più volontà autonome, mosse (da interessi contrapposti) alla regolazione consensuale di rapporti giuridici (quanto meno anche) patrimoniali, e dotate di pari potere determinante in ordine all'effetto giuridico, rimane da chiarire se sia il caso di configurare i contratti stessi come contratti "di diritto pubblico". La dottrina più moderna si è venuta, non senza ragione, orientando in senso negativo, basandosi essenzialmente sulla mancanza, per i contratti in questione, di regole tali da farli configurare come una categoria a sé stante rispetto ai contratti di diritto comune […]. Tutto ciò comporta che – salvo specifiche norme in senso diverso, e salve le peculiarità dei singoli casi – i così detti contratti "di diritto pubblico" sono soggetti alle stesse regole generali dei contratti di diritto comune» (pp. 604-605). Pur similmente ricostruendo il fenomeno, giunge a conclusioni non propriamente analoghe M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo* cit., vol. II, pp. 427-428, il quale spiega che dottrina e giurisprudenza «si divisero in due gruppi di opinioni: le une per sostenere che i rapporti nascenti dalle convenzioni erano da intendere come nascenti solo da provvedimenti amministrativi; gli altri per sostenere che erano "rapporti contrattuali" non di diritto privato bensì di diritto pubblico, nascenti da incontri di volontà e disciplinati dalle parti. I primi proponevano svariate spiegazioni; che tali rapporti nascessero da provvedimenti amministrativi preceduti o seguiti da "atti di sottomissione" dei privati; che nascessero da provvedimenti amministrativi unilaterali produttivi di effetti bilaterali a contenuto patrimoniale; che fossero rapporti nascenti da provvedimenti amministrativi puri e semplici i quali recepissero nelle proprie clausole il contenuto di atti emessi da privati. Gli altri, in genere, ponevano il loro maggior impegno soprattutto a mostrare come anche il diritto pubblico, benché autoritativo, non fosse alieno dall'adozione di strutture contrattuali, quali quelle del "contratto di diritto pubblico". La giurisprudenza, in Italia nello scorso secolo, cominciò ad andare per proprio conto, e ad almeno due dei gruppi di rapporti di cui si discuteva applicò le norme dei contratti di diritto comune: erano i rapporti nascenti da concessioni, di beni e di servizi, che essa chiamò "concessioni contratto". Viceversa la legislazione positiva si indirizzò, per altri gruppi di rapporti, in senso decisamente non contrattualista: così per quelli d'impiego pubblico. Venne così ad affermarsi anche in dottrina un indirizzo di demitizzazione del dibattito, e di richiamo al diritto positivo: non si tratta di discutere – si disse – se il contratto di diritto pubblico esista, o se invece sia da ammettere l'esistenza solo di atti di sottomissione, accordi procedimentali, atti collegati, o altro. Tutte queste figure – si osservava – in un diritto positivo sono parimenti possibili, così come è possibile una figura a cui si può riservare la denominazione di contratto di diritto pubblico, se se ne identifichino dei tratti caratterizzanti […]. Or se si tiene presente che il provvedimento amministrativo può produrre effetti consistenti nella nascita, modificazione ed estinzione tanto di diritti reali quanto di diritti di obbligazione, si comprende come l'amministrazione, allorché è possibile giuridicamente, possa trovare più conveniente sostituire al più pesante strumento provvedimentale il più duttile strumento contrattuale, o integrare il primo col secondo, o usare

ISSN 2036-7821

tema sul quale si vuole ora riflettere, del resto, è in parte diverso: se ed in quali termini e limiti il diritto positivo vigente consente che sia negoziabile l'esercizio del potere amministrativo, evidentemente nelle aree che permangono sotto la sua egida[13] (e perciò non siano state oggetto di liberalizzazione e/o privatizzazione[14]).

È ben noto che il 'dogma' della autoritatività/unilateralità dell'azione amministrativa sia stato rivisitato, essendo oggi definitivamente acquisita la possibile utilizzazione di moduli consensuali per la realizzazione dell'interesse pubblico, l'ordinamento essendosi aperto alla cd. 'amministrazione per accordi'[15]. La ragione della ostilità ad accogliere la tesi della negoziabilità del potere amministrativo è da rinvenirsi proprio nella autoritatività/unilateralità consustanziale all'esercizio del potere. Tuttavia, se

---

il primo fino ad ottenere un certo effetto giuridico e poi far subentrare il secondo. Sicché quando il provvedimento non produce effetti a contenuto patrimoniale (come avviene sovente), manca la stessa base per l'uso dello strumento contrattuale; viceversa ogni volta che vi è effetto a possibile contenuto patrimoniale, nel diritto positivo deve ammettersi, come regola di principio, la possibilità del ricorso all'accordo tra l'amministrazione e il privato per disciplinare il rapporto patrimoniale o quantomeno l'aspetto patrimoniale del rapporto. Vale a dire che il principio è proprio l'inverso di quel che vorrebbe la tesi negativa, e di ciò la pratica offre continuo e crescente riscontro […]. Ma per ammettere che esista un contratto di diritto pubblico occorre che le norme positive diano ad esso dei caratteri propri, tale da distinguerlo dal contratto di diritto privato. Or nel nostro diritto positivo ciò non avviene».

[13] Non è inutile ricordare che è la legge a stabilire i confini dell'area in cui si ritiene indispensabile l'intervento del potere amministrativo, assumendosi che la sua mediazione garantisca la migliore realizzazione del bene comune; e che tali confini sono stati negli ultimi lustri notevolmente ridotti. È dunque il diritto positivo che deve guidare la riflessione, e non il pregiudizio ideologico. Quest'ultimo, infatti, può indurre in errore, facendo accogliere oppure escludere una prospettiva ermeneutica senza tener conto del dato normativo vigente. Tuttavia, deve restar fermo che non si può stravolgere la sostanza teorica: uno Stato più è liberal-liberista meno tollera l'esercizio del potere; più lo tollera invece quando è liberal-democratico. L'assunto sta a monte della riflessione che si sta svolgendo: quel che occorre aver presente è che la disciplina, a dir così, 'amministrativistica', si applica ad ambiti materiali sempre più circoscritti; ciò nondimeno, per quelli che rimangono in questa dimensione, l'interesse pubblico è, ontologicamente, l'elemento centrale del modo di essere dell'azione amministrativa.

[14] In proposito M. D'ALBERTI, *Lezioni* cit., p. 26, precisa che «Le privatizzazioni consentono il passaggio, in tutto o in parte, di imprese dalla mano pubblica alla mano privata, ma convivono con poteri pubblicistici rilevanti, che vengono attribuiti ai ministri di riferimento o ad apposite autorità: si pensi al cosiddetto *golden power*, che consente al governo di condizionare, tra l'altro, certe acquisizioni di pacchetti azionari, e ai poteri di vigilanza di autorità quali quelle preposte alle comunicazioni o ai settori dell'energia. Vi sono varie de-regolazioni, che si accompagnano però quasi sempre a ri-regolazioni: è il caso dei trasporti aerei negli Stati Uniti, dove alla de-regolazione delle tariffe e dei prezzi si è affiancata una decisa ri-regolazione delle misure di sicurezza».

[15] Come osserva M. D'ALBERTI, *Lezioni* cit., originariamente «Il provvedimento unilaterale era al centro dell'azione amministrativa. Il contratto era dietro le quinte. Non che mancassero figure rilevanti di contratti delle pubbliche amministrazioni, come gli appalti per la realizzazione di opere pubbliche o per le forniture di beni. Ma il provvedimento dominava la scena in modo assoluto» (p. 353). E però, «Il modello classico entrò in crisi ben presto. Già in periodo giolittiano fu chiaro che, per garantire il decollo industriale del Paese, era indispensabile che l'amministrazione pubblica collaborasse, venisse a patti, con le imprese private: essa non poteva pretendere di imporre condizioni in modo unilaterale e autoritativo. Di lì cominciò a svilupparsi nella prassi l'amministrazione consensuale, tramite contratti, convenzioni, accordi. La giurisprudenza si adeguò dando spazio a figure negoziali largamente disciplinate dal diritto privato. La dottrina ha trovato non poche difficoltà ad entrare in sintonia con la prassi consensuale. Sta di fatto che contratti, convenzioni e accordi hanno progressivamente ampliato il loro campo di operatività e oggi hanno dignità pari – e forse rilevanza superiore – a quella dei provvedimenti amministrativi unilaterali» (p. 354).

ISSN 2036-7821

tale ostilità era facilmente spiegabile fintanto che vigeva lo Stato assoluto, lo è meno una volta affermatosi lo Stato di diritto. Ciò nonostante, anche dopo l'avvento di quest'ultimo, l'ostilità permane: il dogma in parola, infatti, viene conservato, sebbene muti la sua giustificazione.

In effetti, si è erroneamente fatta coincidere l'autoritatività/unilateralità dell'atto amministrativo con l'idea dello Stato assoluto, che non fondava la legittimazione del suo potere sulla investitura democratica. Essa invero persiste (e non può non persistere) anche nello Stato di diritto, fondato sul dominio della legge come espressione della sovranità popolare.

Si può affermare, pertanto, che la questione della negoziabilità si propone tuttora, sebbene i suoi termini siano andati, in qualche modo, stemperandosi con la progressiva crescita della democratizzazione del potere amministrativo, e per effetto della ricordata attenuazione del dogma[16]. Siffatta attenuazione, invero, ha trovato un assai significativo sbocco formale nella codificazione normativa, ad opera della L. 241/1990, degli «accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento» (art. 11), e di quelli «fra pubbliche amministrazioni» (art. 15)[17].

La legge di codificazione del procedimento – lo si chiarisce subito a seguire analizzando in dettaglio il testo delle richiamate disposizioni –, pur avendo disciplinato gli accordi appena menzionati, non pare affatto aver risolto in senso affermativo la disputa, tali accordi sembrando difficilmente riconducibili alla categoria dei contratti di diritto pubblico[18], dovendosi piuttosto intendere, più

[16] Occorre, peraltro, tenere ben presente che, per cambiare una realtà venuta consolidandosi in una tradizione secolare, la emanazione di una disciplina normativa non appare da sola sufficiente: quando un corpo burocratico è da sempre abituato ad agire in un certo modo, è assai difficile che una riforma legislativa di così rilevante impatto possa di per sé, e di colpo, mutare la 'cultura' della P.A., e cioè il suo modo di comportarsi nel quotidiano agire amministrativo.

[17] Non è inutile precisare che con gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento non vanno confusi i ccdd. *accordi preliminari*, i quali rientrano (insieme alle *designazioni*, alle *deliberazioni preliminari* ed alle *richieste*) nella specie degli *atti manifestazione di volontà interni ad un procedimento amministrativo*. Tali atti – che in qualche modo sembrano un'anomalia sul piano logico-giuridico, giacché normalmente la manifestazione di volontà costituisce l'esito del procedimento amministrativo, tuttavia – si spiegano in ragione della complessità della società contemporanea, i cui sempre più articolati percorsi non di rado rendono necessario che all'interno del procedimento si manifestino volontà diverse da quella finale.

[18] Sembra esprimersi analogamente M. D'ALBERTI, *Lezioni* cit., pp. 375-376, secondo il quale «Parte della dottrina qualifica tali accordi come contratti di diritto pubblico. Esistono, invero, alcune analogie: in taluni ordinamenti il contratto di diritto pubblico, infatti, è disciplinato da regole e da principi pubblicistici, come avviene nel caso del *contrat administratif* dell'esperienza francese; e in Italia […] gli accordi sono regolati solo parzialmente dal codice civile, in quanto compatibile con gli interessi pubblici. Ma, tuttavia, non sembra possibile […] considerare gli accordi come contratti: si pensi solo che la genesi degli accordi è in un'istruttoria di un procedimento amministrativo pubblicistico che è distante dalla vicenda delle trattative contrattuali, o della gara pubblica che può prenderne il posto. La recente previsione che introduce l'obbligo di motivare gli accordi rafforza la distanza di questi strumenti rispetto a quelli propriamente negoziali». In modo non dissimile opina M. CLARICH, *Manuale* cit., p. 257, il quale ricorda che «Si discute in dottrina se gli accordi disciplinati dalla l. n. 241/1990 possano essere qualificati, sulla scia dell'ordinamento tedesco, come contratti di diritto pubblico, accentuando così la peculiarità del loro regime rispetto a quello dei contratti di diritto comune. In alternativa essi possono essere qualificati come

ISSN 2036-7821

correttamente, quali «congegni» di tipo negoziale[19], sì, ma comunque funzionalizzati all'esercizio (discrezionale) di un potere amministrativo, e cioè alla realizzazione di un interesse pubblico specifico[20].
In altre parole, l'accordo con il privato (ma pure quello fra due o più PP.AA.), anche quando rappresenti un'alternativa al provvedimento amministrativo tradizionale, non sembra in grado di alterare l'assetto teleologico del potere (e, dunque, la sua funzionalizzazione all'interesse pubblico). Ciò non di meno il provvedimento autoritativo/unilaterale della tradizione non costituisce necessariamente l'unico strumento di cui la P.A. dispone per realizzare l'interesse pubblico dalla legge affidato alla sua cura. Il che significa, per un verso, che al provvedimento si può pervenire anche attraverso un accordo e che questo può persino sostituirsi ad esso; ma significa pure, per altro verso, che la negoziabilità dell'esercizio del potere non ne muta l'assetto funzionale, la norma limitandosi ad introdurre uno strumento giuridico negoziale, che resta comunque, appunto, funzionalizzato[21].

3. Gli accordi fra P.A. e privati di cui all'art. 11, L. 241/1990, e la loro funzionalizzazione all'interesse pubblico: una speciale (e alternativa) modalità per realizzare la partecipazione al procedimento.

La P.A., dunque, può concludere accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento, ovvero in sostituzione di questo. La

---

contratti aventi un oggetto pubblico, nei quali cioè la specialità discende soprattutto dal fatto che si riferiscono al potere discrezionale, cioè a un oggetto di per sé indisponibile. In realtà, soprattutto in seguito alle modifiche apportate all'art. 11 che […] prevede ora che gli accordi siano motivati, il loro regime è sempre più assimilabile a quello di un normale provvedimento amministrativo».

[19] La locuzione 'congegno' per spiegare il fenomeno è adoperata da G. PALMA, *Itinerari di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1996, p. 221.

[20] Del resto, anche chi sostiene che l'«accordo amministrativo è un contratto» – lo fa autorevolmente G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto* cit., p. 295 – riconosce che ad esso «l'Amministrazione partecipa nell'esercizio di potestà e poteri amministrativi. La disciplina codicistica delle obbligazioni e contratti non si sostituisce a quella pubblicistica degli atti amministrativi, ma si aggiunge ad essa, con funzione complementare e integrativa. L'Amministrazione conserva, dunque, i parametri normativi ed il regime giuridico dell'esercizio del potere, sia in fase di formazione, sia in fase di esecuzione. Tuttavia con l'accordo l'Amministrazione esaurisce il suo potere discrezionale a circostanze immutate e il vincolo contrattuale, che ne deriva, non può essere superato se non per sopravvenute esigenze di interesse pubblico, nei limiti della legittimità e nel rispetto, comunque, dell'equilibrio economico originario».

[21] Anche secondo E. CASETTA, *Manuale* cit., p. 583, «la indubbia accresciuta considerazione degli interessi dei privati, realizzata dalla recente normativa sul procedimento amministrativo, non pare in grado di eliminare il carattere di necessaria preordinazione alla cura di interessi pubblici dell'azione amministrativa e la unilateralità della disposizione in ordine agli stessi». In modo analogo si esprime M. CLARICH, *Manuale* cit., p. 255, ad avviso del quale «Il provvedimento espresso costituisce l'esito normale e più frequente del procedimento amministrativo», l'accordo, dunque, rappresentando «una modalità alternativa di conclusione del procedimento». L'A., poco avanti, sostiene che la negoziazione non fa venir meno la funzionalizzazione al perseguimento dell'interesse pubblico poiché «l'accordo ha per oggetto il contenuto discrezionale del provvedimento ed è finalizzato a ricercare un miglior contemperamento tra l'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione procedente e l'interesse del privato contrapposto al primo».

ISSN 2036-7821

prospettiva nel cui ambito va letto l'art. 11 della L. 7 agosto 1990, n. 241, è sancita dal suo co. 1, che indica, per definirla, le seguenti tre coordinate: *a*) gli accordi sono previsti nel quadro della partecipazione al procedimento; *b*) essi non possono essere stipulati in pregiudizio dei terzi; e *c*) devono comunque perseguire l'interesse pubblico. La disposizione[22], quindi, delinea un 'cono d'ombra' nel quale si deve necessariamente rimanere nella interpretazione del testo: non è possibile uscirne, perché altrimenti si eluderebbe il dettato della norma[23].

È necessario allora analizzare singolarmente le affermazioni di questa. Anzitutto occorre considerare che gli accordi in parola si 'muovono', a dir così, nel 'seno' di un procedimento già avviato, perché possono essere conclusi «in accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'articolo 10»[24]. Si è, pertanto, pienamente inseriti in una logica procedimentale. L'art. 10 definisce il contenuto della partecipazione al procedimento, che consiste in ciò: nel diritto, da un lato, di «prendere visione degli atti del procedimento»; e, dall'altro, di «presentare memorie scritte e documenti», che la P.A. ha «l'obbligo di valutare»[25].

Non v'è dubbio, allora, che l'affermazione di esordio dell'art. 11 collochi l'accordo nella prospettiva della partecipazione procedimentale: occorre non soltanto che sia già stato avviato un procedimento, ma anche che al suo interno si siano realizzate concrete ipotesi di rappresentazione degli interessi coinvolti dall'azione amministrativa[26]. Questo elemento sembra da solo sufficiente a dimostrare che si è in

---

[22] Come modificata dall'art. 7, co. 1, lett. a, L. 15/2005, così testualmente recita: «In accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'articolo 10, l'amministrazione procedente può concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo».

[23] Ad avviso di E. CASETTA, *Manuale* cit., p. 583: «Ogni volta in cui l'amministrazione voglia concordare con il privato l'esercizio del potere deve rispettare la disciplina di cui all'art. 11, l. 241/1990, anche se la prassi (oltre a confermare la scarsa propensione delle amministrazioni per l'uso degli accordi in luogo dei provvedimenti unilaterali) offre ancora numerosi esempi di convenzioni atipiche, sottratte alla garanzia di cui alla norma citata».

[24] Con le parole di M. D'ALBERTI, *Lezioni* cit., p. 375, «la disciplina degli accordi procedimentali apre al diritto privato, ma in realtà solo parzialmente: non a caso, l'accordo nasce nell'ambito di un procedimento amministrativo già avviato ed è strettamente legato a un provvedimento amministrativo, in funzione integrativa o sostitutiva».

[25] La legittimazione degli interessati chiamati a partecipare è stabilita, invece, dagli artt. 7 e 9, ai quali l'art. 10 rinvia.

[26] Nell'opinione di A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato* cit., pp. 448-449, «la prestazione [del] consenso "non necessario" da parte del privato interviene all'interno di un procedimento amministrativo. Indipendentemente dal fatto che tale procedimento sia stato avviato già con l'obiettivo di ricercare il consenso, ovvero che tale possibilità sia emersa nel corso dello svolgimento dello stesso, la specifica collocazione della norma, e alcune specifiche disposizioni in essa contenute, non consentono di prescindere dalla presenza di un'attività procedimentalizzata – e, quindi, di un'istruttoria – di cui l'accordo costituisce una (possibile) modalità di conclusione. Peraltro, si tratta di un procedimento in cui l'amministrazione è comunque chiamata ad effettuare scelte e ad operare bilanciamenti e contemperamenti tra i diversi interessi in gioco[…]. In definitiva, ci troviamo dinanzi ad una fattispecie consensuale la quale presuppone che la prestazione del consenso sia meramente eventuale ai fini della produzione degli effetti giuridici; e che, proprio per questo, è calata all'interno di una logica

ISSN 2036-7821

una logica (benché negoziale, comunque) di respiro autoritativo, pur se l'accordo – come si vedrà subito a seguire – non deve necessariamente trasfondersi in un provvedimento, potendo essere anche sostitutivo di questo[27].

In altre parole, si deve tenere ben presente che si sta parlando di accordi di diritto pubblico, e non di contratti: l'interrogativo che bisogna porsi è se, ed eventualmente entro quali limiti, sia possibile utilizzare lo strumentario privatistico quando l'oggetto dell'accordo non sia disponibile, essendo stato dalla legge vincolato al perseguimento dell'interesse pubblico. Se l'oggetto non è disponibile, parrebbe doversi escludere la qualificazione di siffatti accordi come *contratti* di diritto pubblico, anche se – va detto – in dottrina si ritiene diversamente[28]. Gli accordi, invero, non sono 'costruiti' come i contratti disciplinati dal Codice civile. Questi ultimi sono espressione del principio di autonomia negoziale, che implica la piena disponibilità dell'oggetto, del contenuto e del fine dell'atto[29].

"multipolare", quale quella che si sviluppa all'interno di un procedimento amministrativo tipico e preordinato all'effettuazione di scelte e di bilanciamenti nell'esercizio di un potere discrezionale».

[27] Sembra essere dello stesso parere anche E. CASETTA, *Manuale* cit., p. 581, il quale afferma che «L'accordo è strettamente legato al tema della partecipazione: esso può infatti essere concluso "in accoglimento di osservazioni e proposte" (art. 11, c. 1, l. 241/1990) (Fracchia)»; e, anzi, a seguire ricorda che addirittura la giurisprudenza «ammette l'applicazione della disciplina anche agli accordi conclusi a monte di un procedimento (Tar Lombardia, n. 3607/2006), a conferma del carattere generale che ha assunto l'istituto».

[28] Ad avviso di G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto* cit., p. 146, ad esempio, «l'art. 11 per la prima volta in termini generali ammette la negoziabilità della potestà discrezionale e consente la conclusione di contratti aventi ad oggetto la funzione pubblica. E per il suo carattere, appunto, generale, oltre che per la disciplina altrettanto generale (ancorchè sintetica) che esso contiene, si può ben dire che si tratta di quella norma-base, la cui mancanza nel passato ha costituito la principale ragione di disconoscimento dei contratti di diritto pubblico. Si potrebbe pertanto parlare di contratti di diritto pubblico, intesi come una specie del più ampio *genus* della figura contrattuale (comprendente nel suo ambito non solo il contratto *ex* art. 1321 c.c., ma anche categorie varie quali gli accordi internazionali, la vendita forzata e i contratti, appunto, di diritto pubblico). Tanto più se si considera che la categoria del contratto di diritto pubblico ("*soggetto in quanto tale alle norme di quest'ultimo*") è presupposta e riconosciuta persino dalla giurisprudenza della Corte di giustizia».

[29] Secondo F.G. SCOCA, *Gli accordi*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo* cit., Parte 5, *Amministrazione consensuale*, pp. 345 ss., 346-347, «Per quanto riguarda i profili funzionali, un dato sembra pacifico. Gli accordi costituiscono una modalità di esercizio del potere amministrativo. Essi sono disciplinati dalla legge sul procedimento e possono essere conclusi, per espressa previsione normativa, esclusivamente nell'ambito di un procedimento amministrativo avviato, ovvero nell'ambito del concreto esercizio del potere autoritativo dell'amministrazione. A seconda della tipologia dell'accordo viene a determinarsi, infatti, la totale o parziale definizione del procedimento amministrativo, o, persino, – nel caso di accordo sostitutivo – la sua chiusura. Da ciò deriva che senza un procedimento ed un presupposto potere autoritativo attribuito dall'ordinamento all'amministrazione non può esservi alcun accordo *ex* art. 11. La tipicità degli accordi è, quindi, legata alla tipicità del potere di provvedere. Quanto premesso consente di definire la figura degli accordi amministrativi non solo in positivo, ma anche in negativo, escludendo che l'istituto degli accordi possa essere ricondotto in seno all'attività di diritto privato dell'amministrazione. È indubbio che l'amministrazione, salvo espresse eccezioni di diritto positivo, abbia piena capacità di diritto privato e possa assumere rapporti contrattuali, essendo in ciò soggetta al solo vincolo del perseguimento dei fini istituzionali. Nell'attività di diritto privato la parte pubblica si pone necessariamente su un piano paritetico con la parte privata, non potendo conseguire imperativamente ed unilateralmente la produzione degli effetti giuridici riguardanti terzi, difettando di un potere autoritativo. L'amministrazione può, ad esempio, acquistare beni, servizi e forniture ricorrendo a procedure ad evidenza pubblica, che richiedono, tuttavia, una necessaria definizione consensuale del rapporto. In questi casi, la

ISSN 2036-7821

Ciò non deve, tuttavia, necessariamente implicare la rigidità della forma nell'esercizio del potere: sembra cioè possibile accogliere una prospettiva negoziale, purché questa non stravolga lo schema nel quale ci si deve muovere, che è quello per cui l'interesse che va realizzato è sottratto alla disponibilità delle parti[30]. Insomma, il co. 1 obiettivamente circoscrive il rischio di disuguaglianza che sicuramente si sarebbe profilato laddove la norma avesse assegnato alla P.A. piena autonomia

mancanza del mutuo consenso tra amministrazione e privato impedisce radicalmente qualsivoglia produzione di effetti giuridici nella sfera del soggetto privato, potendo essere solo il contratto la fonte dei predetti effetti. Al contrario, gli accordi *ex* art. 11 trovano il loro presupposto legislativo e sistematico nel concreto esercizio di un potere autoritativo. Anche sul piano della disciplina positiva, la distinzione tra accordo e contratto di diritto privato appare evidente». Diversamente sembra opinare V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti* cit., p. 403, il quale – dopo aver affermato che «L'art. 11 *L. proc. amm.*, con norma a portata generale, consente all'Amministrazione procedente, in accoglimento di osservazioni e proposte (presentate dai soggetti interessati nell'ambito dell'istruttoria), di "*concludere … accordi* con gli interessati al fine di *determinare il contenuto discrezionale* del provvedimento finale", ferma restando l'esigenza del "perseguimento del pubblico interesse" (*in ogni caso*, sottolinea la norma), e "senza pregiudizio dei diritti dei terzi". Prevede altresì, che, sempre in esito al procedimento pendente, possano essere conclusi accordi "*in sostituzione*" del provvedimento» – conclude che «Si deve ritenere che la norma abbia introdotto nel nostro ordinamento la figura, precedentemente negata, del *contratto* (o accordo) di *diritto pubblico*».

[30] F.G. SCOCA, *Gli accordi* cit., pp. 350-351, ricorda che «Un'obiezione all'ammissibilità degli accordi è stata fondata sulla negazione della possibilità per la pubblica amministrazione di negoziare l'interesse pubblico. L'enunciata obiezione può essere condivisa nei limiti in cui la negoziazione determini per l'amministrazione la rinuncia al perseguimento dell'interesse pubblico, ma non laddove ne fissi le modalità del perseguimento. In quest'ultimo senso, la legge espressamente prevede che l'accordo possa essere concluso esclusivamente "*nel perseguimento del pubblico interesse*", stabilendo che la rinuncia all'unilateralità, connessa all'utilizzo di un modulo consensuale, non implichi la rinuncia alla produzione degli effetti del provvedimento e la soddisfazione dell'interesse pubblico connesso all'attribuzione del potere. Il perseguimento dell'interesse pubblico, dunque, non solo caratterizza la disciplina, ma costituisce la causa stessa dell'accordo, determinando anche il regime pubblicistico della sua patologia. Condivisibilmente, secondo parte della dottrina, l'accordo trova giustificazione laddove le parti ottengano un'utilità ulteriore rispetto a quella che può essere fornita dal provvedimento terminale, e tale da poter essere conseguita solo uscendo dal provvedimento tipico e attribuendo alle parti stesse anche diritti soggettivi. Si è, infatti, sostenuto che un'interpretazione troppo rigorosa, consistente nel considerare il solo fatto della contrattazione tra il privato e l'amministrazione in contrasto con il principio del dovere per la parte pubblica di perseguire le finalità istituzionali, giungerebbe all'assurdo di far ritenere contraddittorio, quindi sostanzialmente inapplicabile, un istituto legislativamente introdotto e disciplinato. La contraddizione insita nella fusione tra potere amministrativo e autonomia privata è apparente, laddove essa si inserisca nell'ambito della partecipazione al procedimento. Quello degli accordi, infatti, non è solo un istituto del procedimento amministrativo, ma è un istituto di partecipazione al procedimento. Si tratta, in particolare, di un istituto che consente al privato di incidere, mediante la manifestazione dei propri interessi, non solo sulla formazione della decisione, ma anche sulla determinazione del contenuto della decisione medesima, codeterminando la definizione di un assetto di interessi vincolante sia per l'amministrazione, sia per l'interessato. È ormai noto, infatti, che il potere amministrativo si esercita attraverso una sorta di confronto e cooperazione dinamici con gli interessi privati e ciò rappresenta la *ratio* della partecipazione al procedimento amministrativo. Gli accordi, quale massima espressione partecipativa del privato al procedimento, consentono all'interesse privato di svolgere un ruolo ancor più incisivo nella realizzazione di tale confronto, definendo un assetto di interessi – compatibile con il perseguimento dell'interesse pubblico – condiviso e vincolante tra le parti. È stato osservato, infatti, che negli accordi amministrativi l'amministrazione non dispone dello scopo normativamente imposto, di cui essa è anzi garante, ma degli interessi coinvolti in funzione e in coerenza allo scopo dato».

ISSN 2036-7821

negoziale, riconoscendole cioè la possibilità di liberamente concludere accordi col privato, senza dover tenere in conto gli interessi di tutti i consociati[31].

Del resto, proseguendo nella disamina puntuale della disposizione, si trova che essa stabilisce che gli accordi vanno conclusi «senza pregiudizio dei diritti dei terzi». Ciò significa, con ogni evidenza, che essi non possono recare danni a terzi, e dunque, in buona sostanza, che nessun interesse può essere pretermesso *a priori*. Il che è ulteriore prova della dimensione pubblicistica degli accordi di cui all'art. 11. Ed invero, laddove un soggetto disponga di autonomia negoziale, ed in esercizio di questa stipuli un contratto, sarebbe del tutto coerente il perseguimento esclusivo degli interessi dei contraenti: se è propria della fisiologia del contratto la soddisfazione soltanto di questi, ne consegue che è perfettamente legittimo che esso non consideri gli interessi dei terzi[32]. In altri termini, nella logica del mercato (diversamente da quella del potere amministrativo, funzionalizzato all'interesse pubblico) è pienamente legittimo praticare e promuovere la concorrenza fra i consociati senza doversi 'preoccupare' degli interessi facenti capo a coloro che non sono in grado di competere (e cioè alla stragrande maggioranza dei cittadini): anzi, è

[31] Sembrano di opinione non dissimile anche D. SORACE, S. TORRICELLI, *Diritto delle amministrazioni pubbliche* cit., pp. 354-355: «Gli accordi, dispone l'art. 11, c. 1, sono fatti dall'"*amministrazione procedente […] in accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'art. 10*" e riguardano il contenuto del "*provvedimento finale*". Conseguentemente la proposta del privato di pervenire ad un accordo, che può considerarsi alla stregua di una proposta contrattuale (v. art. 1326 c.c.), deve seguire il regime delle "*memorie scritte e documenti*" che possono essere presentati dai soggetti legittimati ad intervenire nel procedimento. In primo luogo, deve avere forma scritta; in secondo luogo, fa nascere l'obbligo della sua valutazione da parte dell'amministrazione (art. 10, lett. *b*), la quale quindi emanerebbe un atto illegittimo se la ignorasse o non valutasse adeguatamente l'opportunità di accettarla; infine, di essa, in quanto parte degli "*atti del procedimento*", hanno diritto di prendere visione i soggetti che vi partecipano e nei suoi confronti può essere esercitato il diritto di accesso (in ogni caso, naturalmente, con le limitazioni previste dalla legge, in particolare con la possibilità del suo differimento fino a che il procedimento non è concluso). La rilevanza giuridica che ha l'ambientazione degli accordi nel procedimento sembra giustificare la deduzione che una loro conclusione al di fuori di esso potrebbe avere conseguenze sulla validità dell'accordo (e quindi, in caso di accordo integrativo, sulla legittimità del provvedimento che dovesse eventualmente seguire)».

[32] Come chiarisce F.G. SCOCA, *Gli accordi* cit., p. 359, «L'accordo, sebbene non possa produrre effetti giuridici diretti nella sfera dei terzi, può comunque pregiudicarne la posizione, accrescendo (o anche riducendo) la sfera giuridica del contraente. Basti pensare agli effetti pregiudizievoli che gli accordi, aventi ad oggetto concessioni o autorizzazioni amministrative, possono produrre in capo a soggetti posti in condizione di concorrenza con i beneficiari. Pertanto, il terzo titolare di una *situazione giuridicamente protetta* illegittimamente lesa dall'uso che l'amministrazione ha fatto del potere, tanto con l'adesione all'accordo e la scelta di un determinato contraente, quanto nella determinazione del contenuto dell'accordo, vanterà una situazione di interesse legittimo avverso l'esercizio del potere amministrativo medesimo e potrà pertanto impugnare l'accordo davanti al giudice amministrativo». Sia pur in una prospettiva dissimile, anche ad avviso di A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato* cit., pp. 448-449, «il riferimento normativo alla necessità di non pregiudicare i "diritti dei terzi" […], evidentemente, non avrebbe alcun significato se ci si muovesse in un ambito contrattuale ove vige la regola dell'inidoneità del contratto a produrre "effetto rispetto ai terzi". E invece, poiché gli accordi si definiscono all'interno di una logica strutturalmente "multipolare", i terzi, da un lato, devono essere chiamati a prendere parte al procedimento se individuati o facilmente individuabili; dall'altro, sono legittimati ad impugnare dinanzi al giudice amministrativo l'accordo che ha concluso il procedimento poiché esso ha comunque potuto incidere – più o meno direttamente – sulla loro sfera giuridica».

ISSN 2036-7821

proprio fisiologico, in ciò risiedendo l'essenza, la ragion d'essere, della *lex mercatoria*[33].

La norma che si sta esaminando, viceversa, stabilisce che l'interesse dei terzi non può essere pregiudicato; dimostra una volta di più la sottrazione degli accordi alla libertà contrattuale, indiscutibilmente collocandoli, all'opposto, nella dimensione dell'esercizio discrezionale del potere amministrativo. Non è inutile in proposito precisare che i terzi di cui si parla sono tutti i soggetti coinvolti dall'esercizio del potere; vi rientrano, perciò, non soltanto coloro che si muovono a tutela di interessi individuali, ma anche i portatori di interessi collettivi: il che – viene di rilevare – richiama più la categoria della cittadinanza che quella della individualità.

Si può allora concludere che, se la P.A. intende pervenire alla soddisfazione dell'interesse pubblico specifico, invece che mediante il provvedimento unilaterale (il quale sovente richiede un laborioso *iter* procedimentale), mediante il più snello ed agevole strumento dell'accordo con il privato coinvolto, *nulla quaestio*. A condizione, però, che ciò non consenta di eludere l'obiettivo fondamentale, che non può essere la promozione e la tutela del mercato, giacché è la stessa norma ad affermare che l'accordo deve concludersi «in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse». La logica, dunque, resta quella della partecipazione al procedimento. D'altro canto – pur se, adoperando l'accordo, la P.A. agente può di fatto ottenere uno 'sveltimento' dell'azione –, nella interpretazione funzionale della norma si deve 'guardare' principalmente alla *garanzia*, e non alla *efficienza*[34]. In definitiva, la possibilità negoziale offerta alla P.A. dall'art. 11 è posta, in via preminente, in funzione della partecipazione, anche se al tempo stesso consegue un obiettivo di efficienza[35]. Sembra perciò che non sia da condividere l'opinione di quella parte della dottrina che 'legge' l'accordo come uno strumento funzionalizzato a quest'ultima.

La dominante prospettiva ermeneutica dell'art. 11, dunque, non può che essere quella della partecipazione, e cioè della democratizzazione del potere: nel suo svolgersi dinamico questo deve essere permeabile agli interessi, per integrare, completandolo, il disegno della sovranità popolare di cui all'art. 1 Cost., la quale non può più risolversi soltanto nell'esercizio del diritto di voto. Lo iato tra la fissazione in

[33] M. D'ALBERTI, *Lezioni* cit., pp. 26-27, osserva che «La globalizzazione economica, più in generale, ha comportato una riespansione della *lex mercatoria*, cioè di regole poste dalle stesse imprese – soprattutto multinazionali – ma ha avuto e ha bisogno di un'estesa regolazione pubblica e amministrativa. Gli Stati, pur avendo perso spazi di sovranità, continuano ad avere poteri cospicui».

[34] Ed infatti l'art. 11 è collocato nel Capo III (intitolato, appunto, «Partecipazione al procedimento amministrativo»), e non nel Capo IV (intitolato, invece, «Semplificazione dell'azione amministrativa») della L. 241/1990.

[35] Partecipazione ed efficienza, invero, sono entrambe coordinate del procedimento amministrativo, e di pari rilevanza: nell'interpretare una disposizione della legge, è possibile, sì, privilegiare l'una all'altra, ma non per una diversità assiologica fra esse – una corretta interpretazione delle norme della L. 241/1990 deve infatti sempre combinare garanzia e partecipazione, da un lato, ed efficienza e semplificazione, dall'altro –, bensì per la collocazione della disposizione entro l'uno o l'altro Capo.

ISSN 2036-7821

astratto dell'interesse pubblico (ad opera della legge) e l'esercizio in concreto del potere amministrativo (ad opera della P.A.), insomma, postula che anche tale esercizio venga sempre più democratizzato: ciò significa dover giuridicamente 'aprire' agli interessi il procedimento, che ne è la manifestazione formale.
Ebbene, siffatta istanza appare tutt'altro che incompatibile con l'uso di forme giuridiche consensuali (di ispirazione meno tradizionalmente 'amministrativistica'), purché queste restino contenute in modo da non stravolgere la sostanza cui sono serventi: il conseguimento dell'interesse pubblico fissato dalla legge[36].
Per completare la disamina del co. 1 occorre infine, sia pur brevemente, soffermarsi sulla duplicità di forma che, secondo la norma, l'accordo può assumere: possono concludersi sia accordi *integrativi* del provvedimento (altrimenti denominati *endo-procedimentali*)[37], sia accordi *sostitutivi* del provvedimento. All'esito della modifica introdotta dalla L. 15/2005, essendo stato eliminato l'inciso «nei casi previsti dalla

[36] Secondo E. CASETTA, *Manuale* cit., p. 580, «A differenza di quanto accade nelle fattispecie contrattuali, l'interesse affidato alla cura di una delle due parti – il soggetto pubblico – assume all'interno dell'accordo un ruolo del tutto differente rispetto a quello del privato: l'accordo deve essere stipulato "in ogni caso nel perseguimento dell'interesse pubblico" e "per sopravvenuti motivi di pubblico interesse l'amministrazione recede unilateralmente dall'accordo" […]. In altri termini, il vincolo posto all'amministrazione che deve mirare al migliore soddisfacimento dell'interesse pubblico si "traduce in un *regime giuridico* dell'atto" (Falcon). La validità (non solo dell'attività posta in essere in vista della stipulazione dell'atto finale ma anche) dell'accordo e la sua vincolatività sono subordinate alla compatibilità con l'interesse pubblico, il quale ne diviene così elemento definitorio (Fracchia). In particolare, l'istituto della revoca (cui è ascrivibile il recesso contemplato all'art. 11, l. 241/1990 […]) si profila "assolutamente inconciliabile con l'idea del contratto" (Miele)».

[37] Come spiegano D. SORACE, S. TORRICELLI, *Diritto delle amministrazioni pubbliche* cit., p. 352, «Nel caso di "accordi integrativi" (o "endoprocedimentali"), il procedimento si conclude con un provvedimento unilaterale, il quale, però, non è il risultato di una decisione presa autonomamente dall'amministrazione pubblica; quest'ultima, in sostanza, si limita a recepire una decisione raggiunta mediante accordo con coloro che altrimenti avrebbero subito gli effetti di una decisione unilaterale». Secondo E. CASETTA, *Manuale* cit., p. 582, «L'accordo integrativo è un accordo endoprocedimentale destinato a riversarsi nel provvedimento finale. Esso, ammissibile soltanto nell'ipotesi in cui il provvedimento sia discrezionale, fa sorgere un vincolo tra le parti: in particolare l'amministrazione è tenuta ad emanare un provvedimento corrispondente al tenore dell'accordo. In caso contrario, il giudice amministrativo potrà dichiarare l'obbligo di provvedere. Tuttavia […], l'effetto finale è da rapportare solo al provvedimento, soggetto al consueto regime pubblicistico – salvo per la parte "riproduttiva" dell'accordo – e unico atto impugnabile. Il provvedimento non è revocabile, almeno per quella parte che corrisponde all'accordo, in ordine alla quale si può esercitare il potere di recesso». Anche ad avviso di V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti* cit., pp. 403-404, «nell'esercizio di poteri amministrativi *discrezionali*, il contenuto dispositivo degli atti nei quali il potere si estrinseca, può essere oggetto di negozio con le parti interessate, negozio che può configurarsi come quello che definisce la fattispecie procedimentale e produce gli effetti (sostitutivo) ovvero come quello il cui contenuto dispositivo viene versato nel provvedimento (integrativo). In tale secondo caso la fattispecie procedimentale è definita dal provvedimento ed è questo a produrre gli effetti, ma parte (o tutto) del contenuto dispositivo di questo atto deriva da un negozio ed è "coperto" dalla disciplina negoziale. Gli accordi in oggetto diventano un modulo procedimentale di esercizio del potere amministrativo *alternativo* al provvedimento e sono interamente situati nell'ambito dei rapporti di diritto pubblico […]. Ci insegnava *Nigro* che l'accordo è concepito (nel d.d.l. che si è poi trasformato nella legge in esame) "non già come una rottura del procedimento, come una soluzione eccezionale e anomala dei problemi aperti dall'iniziativa di procedimento, ma come uno sbocco alternativo all'atto (provvedimento) e come questo direttamente e coerentemente discendente dallo sviluppo dello stesso procedimento, nel cui continuo dispiegarsi … si pongono le premesse e si creano le condizioni per la formazione di quella consensualità che l'accordo porta alle sue naturali conseguenze"».

ISSN 2036-7821

legge» per gli accordi sostitutivi[38], si deve assumere che, diversamente da prima, entrambe le ipotesi di accordo con il privato siano stipulabili dalla P.A. in via parimenti fisiologica[39].

Ciò nondimeno, le garanzie disposte dalla legge restano anche nei confronti dell'accordo sostitutivo[40]: esso può concludersi soltanto dentro (ed all'esito di) una

[38] A questo riguardo non è inutile precisare che nel testo originario la disposizione contemplava una significativa limitazione all'utilizzo degli accordi sostitutivi, il che, indubbiamente, costituiva un altro elemento di rafforzamento della lettura 'funzionalizzante' degli accordi. L'inciso «nei casi previsti dalla legge», infatti, imponeva di ritenere che questa non fosse una ipotesi prevista dalla legge in via generale, essa dovendo considerarsi, piuttosto, rimandata ad una ulteriore valutazione del Legislatore, chiamato ad esprimersi di volta in volta in maniera specifica. Insomma, mentre l'accordo integrativo era la regola generale, quello sostitutivo, invece, una sorta di eccezione: pur se la disposizione in esame ne prevedeva la tipologia, lo faceva solo in astratto, perché in concreto, per poter essere effettivamente stipulato, l'accordo sostitutivo avrebbe dovuto essere, tipo per tipo, espressamente previsto da una legge di settore. Come chiarisce E. CASETTA, *Manuale* cit., p. 582, si presenta «Più complesso il discorso attinente all'accordo sostitutivo, in ordine al quale non è più necessaria (dopo le riforme apportate nel 2005), la previsione di legge delle ipotesi in cui è possibile concluderlo: esso elimina la necessità di emanare un provvedimento». L'A. subito a seguire precisa, opportunamente, che «Tra i pochissimi esempi di accordo sostitutivo espressamente previsti dalla legislazione italiana – ma […] l'istituto ha ora carattere generale – ricordiamo l'accordo di cessione che produce effetti del decreto di esproprio di cui all'art. 45, d.p.r. 327/2001 e la concessione di aree demaniali e delle banchine "per l'espletamento delle operazioni portuali nonché di attività relative ai passeggeri e di servizi di preminente interesse commerciale ed industriale", fattispecie disciplinata dall'art. 18, l. 84/1994».

[39] Sembra opinare in modo parzialmente diverso V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti* cit., 2021, p. 404, secondo il quale «Successivamente alla modifica introdotta al citato art. 11 dalla L. 15/2005, la quale ha soppresso la limitazione al ricorso agli accordi c.d. sostitutivi precedentemente ammessa nei soli "casi previsti dalla legge" (ad esempio, l'art. 20, D.P.R. 327/2001 e l'art. 18, L. 84/1994 in tema di concessione di aree e banchine portuali), la conclusione negoziata del procedimento diviene modalità ordinaria della fase decisoria. In tal modo la norma, la cui applicazione, in ordine agli accordi sostitutivi (e integrativi) è stata scarsa, potrà acquistare ampia possibilità di applicazione sempre che le Amministrazioni saranno indotte a superare la costante difficoltà che hanno manifestato (si direbbe anzitutto per ragioni culturali) nell'utilizzo dello strumento negoziale».

[40] Come chiarisce F.G. SCOCA, *Gli accordi* cit., pp. 348-350, infatti, «L'art. 11 prevede e disciplina due tipi di accordo tra amministrazioni e privato: l'accordo procedimentale – denominato anche accordo integrativo – e quello sostitutivo del provvedimento. Degli accordi integrativi, conclusi al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale, è stata prevista la generale applicazione sin dall'originaria formulazione dell'art. 11. L'elemento caratterizzante questo accordo è l'obbligo assunto dall'amministrazione di esercitare il potere attraverso l'emanazione di un provvedimento, il cui contenuto sia in tutto, o in parte, determinato dal previo accordo con il privato, oltre ad – eventualmente – ampliare il contenuto del provvedimento stesso, facendogliene assumere uno che non avrebbe legittimamente potuto assumere senza uno specifico incontro di volontà con il privato. Gli accordi sostitutivi, invece, prima tipizzati ed ora – a seguito alla novella di cui alla legge n. 15/2005 – di generale applicazione, determinano la produzione degli effetti giuridici, per i quali sarebbe necessaria l'emanazione del provvedimento unilaterale, senza che residui alcuna ulteriore attività relativa all'esercizio del potere da parte dell'amministrazione. L'aver conferito portata generale agli accordi sostitutivi corrisponde alla previsione del modello originario predisposto dalla Commissione Nigro, contrariamente a quanto suggerito nel parere del Consiglio di Stato e a quanto effettivamente contenuto nel testo di legge approvato nel 1990. L'atipicità ora riconosciuta agli accordi sostitutivi è, tuttavia, parziale. Si tratta, infatti, di atipicità nell'*an*, attinente alla sostituibilità del provvedimento con l'accordo, senza necessità di una espressa previsione legislativa. L'accordo – tanto quello sostitutivo, quanto quello integrativo – resta tipico in quanto assorbe il carattere di tipicità del provvedimento corrispondente. Su un piano più generale, occorre osservare che la previsione di un medesimo ambito applicativo per entrambe le specie di accordi, per i quali il legislatore ha previsto l'unitaria disciplina normativa dettata dall'art. 11, non fa venir meno le differenze esistenti sul piano

ISSN 2036-7821

vicenda procedimentale («in accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'art. 10»); e resta saldamente funzionalizzato al perseguimento dell'interesse pubblico[41].

4. continua: le prescrizioni della disposizione che confermano la loro vocazione teleologica.
Particolare attenzione merita il co. 2, nel quale – dopo essersi stabilito che «debbono essere stipulati, a pena di nullità, per atto scritto, salvo che la legge disponga altrimenti» – si prescrive che agli accordi «si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili».
Anche questa statuizione – diversamente da quanto potrebbe apparire a prima vista – conforta la complessiva interpretazione data all'art. 11: in primo luogo, perché ad essere applicabili sono i «principi», e non le norme, «del codice civile in materia di obbligazioni e contratti»; e poi, ma soprattutto, perché tali principi sono applicabili soltanto «in quanto compatibili»[42].

---

strutturale. Ciò impedisce una considerazione in termini di equivalenza tra essi. Mentre, come evidenziato, l'accordo procedimentale è un atto (consensuale) che interviene nel procedimento e all'interno di questo esaurisce i suoi effetti: si tratta, cioè, di un *atto interno al procedimento e strumentale al provvedimento*, l'accordo sostitutivo, invece, conclude il procedimento, determinando la nascita degli effetti sostanziali (l'assetto degli interessi) *al posto (in sostituzione) del provvedimento*. È evidente la differenza: nel primo caso l'accordo non conclude il procedimento ed è necessario il provvedimento finale, il cui contenuto risulta peraltro vincolato dall'accordo; nel secondo caso l'accordo determina esso stesso la chiusura del procedimento, senza l'emanazione di alcun provvedimento. Tratto comune tra le due specie di accordo è semmai *l'aspetto effettuale*, che si risolve, a ben vedere, nell'obbligo per entrambe le parti di dare esecuzione a quanto pattuito, dovendosi ritenere proprio il vincolo giuridico il tratto qualificante dell'istituto degli accordi, unitariamente inteso. È da osservare che l'ambito di applicazione degli accordi subisce diverse limitazioni, espresse ed implicite. Sul piano sostanziale, *oggetto di accordo non potrebbe essere l'esercizio di un potere vincolato*. Ciò è vero sia con riguardo agli accordi procedimentali – il cui oggetto è proprio la determinazione del contenuto discrezionale del provvedimento finale –, sia con riguardo a quelli sostitutivi, perché la definitiva predeterminazione normativa dell'assetto degli interessi non potrebbe consentire alcuna effettiva definizione concordata del procedimento».

[41] Non va dimenticato che il co. 1-*bis*, introdotto dall'art. 3-*quinquies* della L. 273/1995, assegna al responsabile del procedimento un compito specifico, che accredita ulteriormente la 'lettura' dell'art. 11 che è stata sin qui illustrata: esso è tenuto a sollecitare «la conclusione degli accordi di cui al comma 1», all'uopo potendo «predisporre un calendario di incontri cui invita, separatamente o contestualmente, il destinatario del provvedimento ed eventuali controinteressati». Gli incontri che il responsabile deve promuovere, secondo la prescrizione normativa, sono con ogni evidenza strumentali allo scopo di realizzare al meglio il principio di imparzialità, considerato che essi favoriscono una più adeguata e completa rappresentazione degli interessi in gioco con i quali si deve 'combinare' in concreto quello pubblico specifico fissato in astratto dalla legge. Come spiega F.G. SCOCA, *Gli accordi* cit., pp. 351-352, «La trattativa per la definizione dell'accordo è, del resto, pienamente inclusa nell'ambito delle facoltà partecipative del privato, sia ai sensi del comma 1, secondo cui la proposta del privato viene presentata nell'ambito della partecipazione *ex* art. 10, sia ai sensi del comma 1-*bis*, laddove si prevede un ruolo attivo del responsabile del procedimento per sollecitare e/o concludere un accordo. L'istanza di accordo presentata dal privato costituisce, anzi, espressione qualificata di partecipazione al procedimento, imponendo all'amministrazione una valutazione sull'istanza medesima contenente lo schema del "definitivo" assetto di interessi coinvolti nella fattispecie».

[42] Nella opinione di E. CASETTA, *Manuale* cit., p. 581, «Il regime è complessivamente pubblicistico, ma va ricordato che agli accordi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di

ISSN 2036-7821

Ciò non può voler dire altro che, dovendo essere compatibili con il perseguimento dell'interesse pubblico, i «principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti» sono applicabili soltanto se, e nella misura in cui, la utilizzazione della normativa codicistica non stravolga l'assetto funzionale dell'esercizio del potere[43].

---

obbligazioni e contratti in quanto compatibili. Per quanto riguarda il regime dell'accordo non conforme al paradigma normativo, esso non può prescindere dalla qualificazione pubblicistica dell'accordo stesso, ma richiede altresì di considerare i principi civilistici cui la norma citata rinvia: le regole sull'annullabilità del contratto (per incapacità della parte, per vizi del consenso e per conflitto di interessi) sono applicabili alla formazione del consenso del cittadino, mentre appaiono incompatibili con l'esercizio del potere amministrativo. Uno spazio importante per il rinvio ai principi civilistici si profila poi in relazione alla disciplina del rapporto scaturente dall'accordo. Se risulta inapplicabile l'art. 1373 c.c. sul recesso unilaterale, in ragione dell'esistenza di una disciplina espressa del recesso, sembra invece ammissibile il rinvio ai principi che impongono alle parti di comportarsi secondo buona fede e, con riferimento alle situazioni in cui vi sia un inadempimento degli obblighi assunti, a quelli in tema di risoluzione per inadempimento, per sopravvenuta impossibilità o eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione (Tar Lombardia, n. 193/2006), sempre facendo salvo il criterio della compatibilità». Non proprio analoga, e certamente più articolata, è la posizione di V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti* cit., pp. 407-408: «L'espressione "obbligazioni e contratti", sicuramente imprecisa, va intesa come quella che richiama il libro IV del codice, intitolato com'è noto alle "obbligazioni" ma contenente anche la disciplina dei contratti. È indubbiamente quest'ultima quella che principalmente viene in considerazione a proposito degli accordi in oggetto: ad esempio, in tema di accordo delle parti (artt. 1326 e ss.); in tema di condizioni (artt. 1353 e ss.), in tema di interpretazione (artt. 1362 e ss.), in tema di effetti del contratto, come quello che "ha forza di legge tra le parti" e non può "essere sciolto che per mutuo consenso" o per cause legali (artt. 1372 e ss.). E poi in tema di invalidità, la cui disciplina, circa la nullità (artt. 1418 e ss.), l'annullabilità (artt. 1425 e ss.), nonché la disciplina della risolubilità per impossibilità sopravvenuta, si sostituisce senz'altro a quella dell'invalidità dei provvedimenti amministrativi (già art. 26 *T.U. Cons. St.*) (dubbi in tema di rescindibilità, artt. 1447 e ss.; e di risolubilità per inadempimento, artt. 1453 e ss., già ritenute non applicabili agli accordi sostitutivi dell'espropriazione). Sul punto, si deve sottolineare che le parti dell'accordo non hanno nei confronti dell'Amministrazione il potere di impugnazione dell'accordo stesso davanti al giudice amministrativo per chiederne l'annullamento. Ma anche la disciplina generale delle obbligazioni (artt. 1173-1320) evidentemente si applica nei casi in cui gli accordi in oggetto siano costitutivi di obbligazioni: ciò che tuttavia è ovvio, e può essere predicato anche in ordine alle obbligazioni costituite da provvedimento amministrativo (salve le deroghe poste dalla disciplina di "contabilità pubblica", che operano anche nei casi in oggetto). La normativa codicistica ovviamente si applica in quanto compatibile, ciò che in concreto può risultare difficile e perplesso stabilire; ma si tratta comunque di un normale lavoro di interpretazione. La compatibilità va stabilita sia in termini generali (vi sono norme codicistiche da ritenere comunque inapplicabili agli accordi in oggetto: ad esempio, art. 1373 sul recesso unilaterale) sia con riferimento ai singoli tipi di accordi (come ad esempio, la disciplina della rescindibilità per lesione non si ritiene applicabile agli accordi sostitutivi dell'espropriazione, nei quali il prezzo massimo è predeterminato). La dizione "principi" usata dalla norma non ha un particolare significato tecnico: tali sono le norme stesse del codice di cui s'è detto, considerate (a giusto titolo) come la disciplina generale dell'attività negoziale. Ma ancora, e specularmente si direbbe, agli accordi (atti e successivi rapporti) può essere in qualche caso applicabile la disciplina relativa al provvedimento che essi sostituiscono (alcuni istituti in essa previsti), in quanto compatibili con l'accordo».

[43] Ed invero, come spiega F.G. SCOCA, *Gli accordi* cit., pp. 347-348, «Mentre 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 *ex* art. 11 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 (art. 11, comma 2). Sebbene il riferimento ai "principi" sia suscettibile di interpretazioni non univoche, una cosa va esclusa con sicurezza, ovvero che la disciplina codicistica si applichi in tutta la sua estensione, in ogni sua regola. L'accordo si colloca esclusivamente in seno all'esercizio di un'attività che l'amministrazione svolge in veste di autorità e che, salvo appunto una definizione consensuale, ha quale esito l'emanazione di un provvedimento, con la produzione unilaterale da parte dell'amministrazione di effetti

ISSN 2036-7821

Un altro elemento a sostegno della interpretazione che propende per la dimensione pienamente pubblicistica degli accordi è costituito dal co. 3 dell'art. 11, l'unico riferito esclusivamente agli accordi sostitutivi: esso dispone che questi «sono soggetti ai medesimi controlli previsti» per i provvedimenti. Il dettato normativo chiarisce in maniera inequivocabile che, quand'anche siano sostitutivi del provvedimento, gli accordi sono in via (sia pur non esclusiva, almeno) prevalente sottoposti al regime giuridico proprio di questo[44].

La ragion d'essere dei controlli, invero, è tipicamente pubblicistica, il che suona quale ennesima riprova che la negoziabilità di cui si sta parlando è ben diversa da quella propriamente civilistica, anche se, naturalmente, ne richiama lo spirito. Il limite generale della negoziazione nell'esercizio del potere sta nella ineludibilità del perseguimento dell'interesse pubblico: la P.A. può, sì, negoziare, ma solo allo scopo di rendere un miglior servizio al benessere della comunità.

E ciò vale per entrambi i tipi di accordi. La disposizione del co. 3 si riferisce solo a quelli sostitutivi, perché evidentemente per gli accordi endo-procedimentali il problema non si pone proprio: essi, infatti, si trasfondono in un provvedimento,

---

giuridici nella sfera altrui, a prescindere dal consenso del destinatario degli effetti medesimi. Negli accordi amministrativi è, infatti, il potere autoritativo che viene esercitato mediante atti bilaterali, laddove la volontà del privato non è necessaria per la confezione della fattispecie produttiva del precetto, o, se si preferisce, del regolamento di interessi. Gli accordi nascono, dunque, dalla fusione di potere (dell'amministrazione) e autonomia privata (del privato) e ciò ne caratterizza la natura. Da quanto detto deve trarsi un'ulteriore conseguenza sulla natura giuridica degli accordi, per la quale sono state prospettate varie e opposte ipotesi ricostruttive, parlandosi alternativamente di contratti di diritto privato, di contratti di diritto pubblico, o anche di atti bilaterali non negoziali. Il contratto è figura con propri caratteri fissati con precisione: la sua sostanza non si riduce all'accordo (o al consenso), ma comporta l'applicazione di una determinata disciplina legislativa. Riportare gli accordi dell'art. 11 alla generale figura del contratto avrebbe senso soltanto se ciò potesse comportare l'estensione agli accordi della disciplina tipica del contratto; ma come si è visto la legge ha disposto diversamente. In definitiva, nulla impedisce che gli accordi siano qualificati come contratti, ma la qualificazione, in presenza di una disciplina profondamente diversa e in relazione ad un oggetto del tutto particolare, quale è l'esercizio del potere pubblico, rischia di avere un rilievo meramente astratto, se non addirittura un valore soltanto terminologico». Secondo M. D'ALBERTI, *Lezioni* cit., p. 374, «Sono chiare le differenze rispetto alla disciplina dei moduli contrattuali. Agli accordi si applicano i soli "principi" del codice civile sulle obbligazioni e i contratti, non già tutte le regole privatistiche proprie dei rapporti contrattuali, sia pure con le deroghe» previste. «E l'applicazione dei principi è subordinata alla condizione della "compatibilità": quei principi devono essere ritenuti compatibili con l'assetto dei rapporti tra amministrazione e amministrato e con il perseguimento degli interessi pubblici. Arbitro della compatibilità è il giudice amministrativo che diviene, secondo l'espressione francese, *maître de sa jurisprudence*: può utilizzare il diritto privato, ma nei limiti che considera opportuni».

[44] Sul punto, D. SORACE, S. TORRICELLI, *Diritto delle amministrazioni pubbliche* cit., p. 356, ritengono che «La sottoposizione degli accordi a regole procedimentali comuni ai provvedimenti si completa con la previsione che "*gli accordi sostitutivi di provvedimenti sono soggetti ai medesimi controlli previsti per questi ultimi*" (art. 11, c. 3), mentre ovviamente restano sottoposti ai controlli loro propri anche i provvedimenti preceduti da accordi. I controlli in questione saranno quelli propri dei provvedimenti sostituiti, non quelli previsti anche per i contratti di diritto comune». Diversamente sembra opinare V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti* cit., p. 407, ad avviso del quale la disposizione «comporta evidentemente [soltanto] che l'accordo pur perfezionato come fattispecie alla stipulazione dell'atto scritto (e la volontà negoziale delle parti private cristallizzata e irretrattabile) non acquista efficacia se non una volta superata la fase del controllo».

ISSN 2036-7821

sicché giuridicamente finiscono per 'sposare' in maniera fisiologica la 'vita' degli atti amministrativi, con tutte le garanzie che l'ordinamento prescrive affinché questi ultimi siano al servizio dell'interesse pubblico[45].

Per quanto si è fin qui riferito, pare possibile affermare che il Legislatore non abbia in alcun modo 'ridotto' l'esercizio del potere amministrativo alla negoziazione civilistica. La definitiva conferma viene dal dettato dei commi 4 e 4-*bis*.

Giusta il co. 4, «Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse l'amministrazione recede unilateralmente dall'accordo, salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato». È ben noto che il potere amministrativo è, per sua natura, inesauribile: anche nell'ipotesi di accordo il Legislatore ha inteso disciplinare, sia pur in maniera peculiare, la rivisitazione dell'esercizio del potere[46]. Ora, non v'è ragione per sottrarre l'azione amministrativa condotta tramite accordi alla 'logica' che è propria dell'azione amministrativa in generale: il riesercizio del potere – o l'autotutela, che dir si voglia –, che significa operare sempre, in continuità, per ottenere il bene comune, vale anche con riferimento agli accordi. Tuttavia, la modalità consensuale dell'azione non può non influire sulla relativa disciplina. Ed infatti, in presenza di «sopravvenuti motivi di pubblico interesse», alla P.A. è consentito il recesso unilaterale dall'accordo, che costituisce uno strumento di autotutela che si aggiunge a quelli previsti in generale[47].

---

[45] Del resto, come osserva G. PERICU, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica. Sezione I: Le ipotesi ricostruttive. I modelli giuridici dell'attività consensuale*, in L. MAZZAROLLI e altri (a cura di), *Diritto amministrativo* cit., vol. II, pp. 283 ss., 286, «Almeno apparentemente, può sembrare che l'utilizzazione degli strumenti del diritto privato consenta l'elusione dei meccanismi di controllo funzionale e di rispetto del principio di legalità (inteso in senso lato), che invece dovrebbero rappresentare un vincolo irrinunciabile dell'azione amministrativa. Per converso il diritto privato ha la duttilità propria dell'azione dei privati ed il suo impiego massimizza l'efficienza dell'azione amministrativa, rispetto ad un agire vincolato all'impiego dei soli poteri giuridici normativamente previsti».

[46] Se la P.A. in un dato momento decide per un certo assetto di composizione fra interesse pubblico primario e interessi secondari, questo non necessariamente deve valere *sub specie aeternitatis*. Il suo potere essendo ontologicamente inesauribile, la P.A. ha, non solo il potere, ma il dovere di monitorare continuamente la realtà ed eventualmente tornare sui suoi passi: tale potere/dovere deriva dal suo essere espressione della sovranità popolare, la quale, se, da un lato, le conferisce la capacità di imporsi affinché operi per il bene comune, dall'altro, richiede di seguire in modo costante la evoluzione della realtà, di modo che (detto bene venga definito per come effettivamente si presenti, e dunque) la 'dimensione' istituzionale sia resa coerente con quella sociale.

[47] Ad avviso di M. D'ALBERTI, *Lezioni* cit., pp. 374-375, il «potere di recesso unilaterale dell'amministrazione nel pubblico interesse, previsto in via generale dalla legge sul procedimento», si configura come «una potestà pubblicistica. È significativa la differenza rispetto alla facoltà dell'amministrazione pubblica di recedere da un contratto: tale facoltà è ammessa nei soli "casi previsti dalla legge o da contratto" (art. 21-*sexies*, legge n. 241/1990); è necessario, dunque, il consenso delle parti, ovvero una previsione esplicita e apposita di una norma specifica. È chiaro che il recesso unilaterale da contratto è assimilabile a un diritto potestativo di natura privatistica, mentre il recesso unilaterale da accordo è frutto, come si è detto, dell'esercizio di una potestà pubblicistica dell'amministrazione». Secondo E. CASETTA, *Manuale* cit., pp. 581-582, «Ulteriore e rilevante aspetto […] della disciplina sostanziale degli accordi è costituito dalla previsione del potere in capo all'amministrazione di recedere unilateralmente, "salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali

ISSN 2036-7821

Anche di primo acchito si può capire che la causa del recesso unilaterale è del tutto simile, se non proprio identica, a quella che giustifica la revoca. La sopravvenienza di motivi di interesse pubblico – lo si è chiarito – sta a segnalare la necessità di modificare l'assetto degli interessi 'cristallizzato' nel provvedimento originario, per renderlo conforme a come esso si presenta oggi. Analogamente accade per l'assetto degli interessi che è stato formalizzato nell'accordo.

Epperò, l'ordinamento, mentre prevede che, laddove la P.A. torni nel merito di un suo provvedimento, può adoperare lo strumento della revoca, dispone invece che, laddove essa abbia concluso, per realizzare l'interesse pubblico, un accordo con soggetti privati, restando comunque il suo potere inesauribile, può (tornando sui suoi passi) recedere dall'accordo: ma per farlo deve indennizzare il privato dei danni che, in ragione di ciò, questi abbia sopportato[48].

In definitiva, il recesso si diversifica dalla revoca essenzialmente perché opera con riguardo ad atti consensuali: e infatti, pur restandosi nell'ambito, non dell'autonomia negoziale di diritto civile, bensì dell'esercizio del potere, la norma comunque coniuga questo con la prospettiva negoziale, diventando perciò del tutto compatibile l'indennizzo per compensare il pregiudizio subito dal privato, del quale bisogna tutelare l'affidamento derivante dall'aver stipulato un accordo con la P.A.[49]. Lo

---

pregiudizi verificatisi in danno del privato" (il termine indennizzo sta a dimostrare che l'attività dell'amministrazione è lecita, pur se può arrecare pregiudizio economico al privato). Il recesso dall'accordo corrisponde in parte alla revoca del provvedimento; nella misura in cui possa trovare applicazione l'art. 21-*quinquies*, l. 241/1990 appunto sulla revoca, detta norma potrebbe essere impiegata per il calcolo dell'indennizzo. Ai sensi dell'art. 11, il recesso è ammissibile soltanto "per sopravvenuti motivi di interesse pubblico", sicché si profila insufficiente, ai fini del legittimo recesso, una rinnovata – e differente, rispetto a quella originariamente effettuata – valutazione dell'interesse pubblico. A seguito della stipulazione dell'accordo scaturisce dunque un rafforzamento della situazione giuridica della parte privata rispetto a quella in cui essa verserebbe nell'ipotesi di azione unilaterale, caratterizzata da un più ampio potere di revoca. Il recesso incide, sciogliendoli, sui rapporti piuttosto che sugli atti (D'Alberti): l'atto originario non diviene illegittimo, ma illegittima o inopportuna è la permanenza del rapporto da esso costituito». Non è analoga l'opinione di M. CLARICH, *Manuale* cit., p. 256, il quale ritiene che «Il potere di recesso è […] riconducibile alla revoca per sopravvenuti motivi di pubblico interesse *ex* art. 21-*quinquies* l. n. 241/1990. Ad esso si accompagna l'obbligo di liquidare un indennizzo per gli eventuali danni subiti dal privato (comma 4)».

[48] Alla stregua, del resto, di quanto l'art. 21-*quinquies* prescrive (diversamente dal passato) anche per la revoca.

[49] La questione della negoziabilità del potere amministrativo si intreccia con quella dell'applicazione anche nel diritto amministrativo (o, in genere, nel diritto pubblico) del principio di buona fede. In proposito si v. F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2001, il quale, prendendo le mosse dall'obiezione sollevata dalla dottrina contro la vigenza del principio di buona fede nel diritto amministrativo, essendo la funzione del principio in parola assorbita «da quella esplicata dall'interesse pubblico», sostiene che «Comunque sia […] non esistono preclusioni contro la vigenza del principio di buona fede nel diritto amministrativo derivanti dalla natura di principio costituzionale non scritto della buona fede stessa» (p. 115). L'A., poco avanti, afferma che «Anche distinguendo […] fra norme finali, che identificano l'interesse pubblico da perseguire, e norme strumentali, che disciplinano il "modo" per raggiungerlo, e facendo rientrare la buona fede fra le norme strumentali, un "assorbimento" della buona fede nell'ambito dell'interesse pubblico non sembra logicamente configurabile: il rapporto fra norma strumentale e norma finale è di complementarietà, non di contraddizione» (p. 116).

ISSN 2036-7821

strumentario civilistico, insomma, viene dalla legge, in un certo senso, 'modellato' sulle esigenze conseguenti alla ontologia dell'interesse pubblico[50].
Con il co. 4-*bis* invece (anch'esso introdotto dall'art. 7, L. 15/2005), la richiamata definitiva conferma della funzionalizzazione degli accordi deriva dal fatto che la loro

[50] Secondo V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti* cit., pp. 409-410, «Occorre tenere ben presente che un punto fondamentale di discrimine tra il regime dei provvedimenti amministrativi e il regime negoziale sta proprio in ciò, che il negozio lega comunque le parti (è "legge" per loro, secondo la famosa espressione codicistica) e non consente a qualcuna di esse di sciogliersi unilateralmente dal vincolo, salvo che nei casi espressamente previsti (nei quali, per altro, come nel mandato, art. 1723, ciò risponde allo schema causale del negozio); e se una parte intende far valere una causa di invalidità del negozio, ciò deve fare in sede giurisdizionale. Viceversa il provvedimento amministrativo non produce analogo vincolo in capo al suo autore, anche se esso è costitutivo di un rapporto tra più soggetti. Vige anzi l'opposto principio […] della c.d. autotutela decisoria, che indica la capacità dell'Amministrazione di intervenire *ex post* sul provvedimento emanato e perciò sul rapporto da questo costituito per eliminarlo giuridicamente perché apparso, ad un riesame, siccome illegittimo, ovvero in contrasto con l'assetto concreto degli interessi pubblici. Evidentemente, l'accordo sostitutivo del provvedimento non avrebbe potuto essere senz'altro soggetto al regime dell'autotutela, salvo a vanificarne la stessa ragione d'essere; né, d'altro canto, avrebbe potuto esserne del tutto immune, lasciando l'Amministrazione priva di ogni capacità di intervento unilaterale sul rapporto anche in situazioni di necessità. Da qui la via di mezzo seguita dalla norma che contempla una forma di autotutela, ma tuttavia legata. E prevede infatti il *recesso unilaterale* per *sopravvenuti motivi di pubblico interesse*. Il recesso previsto dalla norma non corrisponde al recesso unilaterale di cui all'art. 1373. Questo "recesso" è in realtà una *revoca* del tutto corrispondente alla revoca del provvedimento amministrativo sostitutivo dell'accordo; esso corrisponde alla forma più tipica di revoca, che consente appunto l'eliminazione giuridica *ex nunc* dell'atto i cui effetti vengono a risultare in contrasto con interessi pubblici nel frattempo emersi. Se l'atto, come in genere avviene, è costitutivo di un rapporto, l'esercizio del potere di revoca produce la risoluzione del rapporto stesso. Il recesso può essere quindi prodotto non per originari vizi di merito dell'accordo (inopportunità *ab origine*) ma per un successivo contrasto venutosi a delineare tra il contenuto di questo (i suoi effetti) e un nuovo assetto degli interessi pubblici in gioco successivamente emerso. Il potere di autotutela decisoria è dunque in primo luogo legato nella sua causa: può esercitarsi solo per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, e non per altri motivi. Ed è perciò legato ancora nella sua struttura e forma e nei suoi effetti: si estrinseca nel c.d. recesso unilaterale, ascrivibile al modello della revoca per inopportunità sopravvenuta dell'atto e non in altri tipi. Sembrano da escludere altre forme di autotutela (v. però Cons. St., IV, 6.11.1998, n. 1448). Ma ancora, il potere di autotutela è legato per ciò che concerne uno dei suoi effetti espressamente previsto dalla norma: e cioè l'obbligo di indennizzare gli "eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato" ("pregiudizi in danno" è espressione curiosa e imprecisa: significa semplicemente *danno*, secondo la nozione tecnica di cui agli artt. 1218, 1223 e ss., 2043 e ss. *cod. civ.*). Tale espressa previsione di indennizzo riecheggia lo schema del recesso dell'Amministrazione nei contratti di appalto di lavori pubblici di cui all'art. 345, L. n. 2248/1865 all. F. Essa appare pienamente conforme alla *ratio* dell'accordo come alternativo al provvedimento: gli interessi del privato sono tutelati nell'assetto cristallizzato con l'accordo anche a fronte di sopravvenuti interessi pubblici in contrasto; ma in tal caso, è l'equivalente pecuniario ad essere garantito al privato. Resta il dubbio circa il modo della determinazione dell'indennizzo, se come mera copertura delle spese e dei costi sostenuti (secondo lo schema del cit. art. 345) ovvero anche come risarcimento del "mancato guadagno", "in quanto … conseguenza immediata e diretta" del fatto risolutivo, secondo lo schema dell'art. 1223 *cod. civ.* (che presuppone tuttavia l'inadempimento della parte). Le controversie in ordine all'esercizio del potere di "recesso unilaterale" (che è da ritenere potere amministrativo in senso proprio) sono ovviamente attribuite alla giurisdizione amministrativa (Cons. St., I, 17.9.1996 n. 3670). E lo sarebbero anche in assenza della espressa riserva di giurisdizione esclusiva prevista dalla norma. Resta dubbio se tale previsione attragga nella giurisdizione amministrativa anche le controversie concernenti l'indennizzo: la sussistenza del diritto all'indennizzo circa il danno subito e la quantificazione dello stesso. Il problema sembra ormai senz'altro superato, ragionando per analogia, una volta attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (con qualche dubbio di costituzionalità invero), le controversie circa l'indennizzo dei pregiudizi subiti per effetto della revoca di provvedimenti amministrativi (art. 21-*quinquies* *L. proc. amm.*)».

ISSN 2036-7821

stipulazione deve essere «preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento». Tale determinazione, infatti, è dalla norma prescritta esplicitamente a «garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa»[51].

Resta infine da riferire dell'assegnazione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie in materia di accordi[52]. È chiaro che questa ben si

[51] Come chiariscono D. SORACE, S. TORRICELLI, *Diritto delle amministrazioni pubbliche* cit., p. 355, «per quanto riguarda l'amministrazione è previsto che la stipulazione sia preceduta da una "*determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento*" e ciò, è precisato, "*a garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa*". Con l'atto in questione (la "determinazione") si intende palesemente realizzare la "*evidenza pubblica*", rendendo conoscibile e valutabile da chiunque l'intento di contrattare dell'amministrazione […]. La normativa di contrasto alla corruzione (art. 39, c. 2, l. n. 190/2012) prevede che siano pubblicate le proposte di trasformazione urbanistica per l'attuazione dello strumento urbanistico generale, relative ad accordi nei quali i privati si impegnano alla realizzazione di opere pubbliche ulteriori rispetto a quelle di urbanizzazione dovute oppure a cedere aree o volumi edificati per finalità di pubblico interesse a fronte di "*premialità edificatorie*". Attraverso queste garanzie di trasparenza, si rende più improbabile che contrattazioni ed accordi costituiscano per un'amministrazione l'espediente per sottrarsi più facilmente all'obbligo del rispetto delle regole». Analogamente ritiene F.G. SCOCA, *Gli accordi* cit., pp. 352-353: «La disposizione, oltre ad esplicitare una regola di condotta per l'amministrazione, già implicita, e attinente alla valutazione della proposta del privato alla luce dell'interesse pubblico, conferma la natura pubblicistica della fase di formazione degli accordi. Questi sono il risultato di valutazioni discrezionali e sono alternativi (in tutto o in parte) al provvedimento unilaterale. Il vincolo per l'amministrazione del perseguimento dell'interesse pubblico, espressamente richiamato tanto nel comma 1, quanto ora nel comma 4-*bis* dell'art. 11, dimostra come la scelta dello strumento consensuale corrisponda all'esercizio di un potere discrezionale, e precisamente dello stesso potere che avrebbe permesso la definizione unilaterale del procedimento. L'amministrazione deve valutare e motivare, alla stregua dell'interesse pubblico, non solo la *scelta di stipulare l'accordo*, come ora prevede il comma 4-*bis*, ma anche *quella di rifiutare la proposta avanzata* dal privato. Conseguentemente, la posizione del privato proponente è comunque giuridicamente protetta, non solo nell'esecuzione di un accordo già concluso, ma anche in ordine alla sua formazione, in quanto forma di partecipazione all'esercizio del potere. Il privato esercita in tal modo un interesse legittimo pretensivo, tutelabile di fronte al giudice amministrativo in caso di rifiuto o silenzio. Motivo di ulteriore riflessione suscita, sul piano della patologia dell'accordo, l'eventuale mancanza della determinazione motivata dell'amministrazione rispetto ad un accordo comunque stipulato. In primo luogo, è fisiologico che la determinazione pubblica segua la fase della trattativa, quando l'amministrazione abbia ricevuto, valutato ed eventualmente contrattato la proposta del privato e, quindi, sia stata raggiunta un'intesa sul contenuto dell'accordo. Tuttavia, mediante il predetto ordine tra determinazione dell'amministrazione e stipula, secondo la formulazione del comma 4-*bis*, sembra che il legislatore abbia voluto che l'accordo si perfezioni solo a seguito della formale determinazione "dell'organo competente ad emanare il provvedimento", e che detta determinazione costituisca l'unica legittima forma di manifestazione della volontà pubblica di adesione. D'altra parte, laddove l'amministrazione, dopo aver raggiunto l'intesa con il privato, non adotti la determinazione e non proceda alla stipula, dovrà certamente riconoscersi al (mancato) contraente privato la possibilità di attivare un sindacato di legittimità sull'inerzia o sul rifiuto dell'amministrazione medesima – ancor più incisivo di quello riconosciuto al mero istante –, nonché di conseguire l'eventuale esecuzione coattiva della stipula».

[52] Sebbene, infatti, il *Codice del processo amministrativo* (approvato con D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, d'ora in poi C.P.A.) abbia abrogato il co. 5 dell'art. 11 (che così recitava: «Le controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi di cui al presente articolo sono riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo»), l'abrogazione non ha eliminato la relativa prescrizione, questa rientrando oggi nella più generale definizione dell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo compiuta in maniera organica dal C.P.A. (all'art. 133). Come spiega V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti* cit., p. 406, «Risulta dunque completamente superata la precedente impostazione del sistema positivo, che in assenza di specifiche diverse previsioni normative, necessariamente riconduceva alla giurisdizione ordinaria la cognizione di qualsiasi modulo

ISSN 2036-7821

spiega con la loro natura: pubblicistica sì, ma comunque risultante dalla 'combinazione', a dir così, della discrezionalità amministrativa con il principio di autonomia negoziale, il che naturalmente genera difficoltà nel tracciare la linea di distinzione fra interessi legittimi e diritti soggettivi, che della giurisdizione esclusiva – come è noto – costituisce la vera e propria ragion d'essere.

Epilogando, anche alla luce dell'esame delle singole disposizioni dell'art. 11, è possibile concludere che esso si colloca nella prospettiva – se si vuole – 'tradizionale' della funzione amministrativa evocata dal co. 1. Militano indiscutibilmente in tal senso: la predisposizione, da parte del responsabile del procedimento, del «calendario di incontri» ai quali invitare, non solo il destinatario del provvedimento, ma anche gli «eventuali controinteressati» (co. 1-*bis*); la clausola («in quanto compatibili») che circoscrive l'applicabilità dei principi del Codice civile in materia di obbligazioni e contratti (co. 2); la sottoposizione degli accordi sostitutivi al regime dei controlli normalmente previsto per i provvedimenti (co. 3); la disponibilità anche successiva, da parte della P.A., dell'oggetto dell'accordo col privato, sulla base di una rinnovata valutazione dell'interesse pubblico, disponibilità che può sfociare nel recesso unilaterale dall'accordo (co. 4); la previa determinazione dell'organo competente sull'opportunità della stipula (co. 4-*bis*); e, infine, la riserva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie relative agli accordi (la previsione dell'originario co. 5, oggi trasfusa nel C.P.A.)[53].

Tutti questi appaiono come chiari sintomi dell'avvertita consapevolezza, da parte del Legislatore, della necessità di procedere, sì, all'indispensabile adeguamento

negoziale seguito dall'Amministrazione (assunto nell'ambito di un procedimento e quindi nell'esercizio di un potere amministrativo o viceversa senz'altro nell'ambito della capacità di diritto comune). E dette controversie sono da intendere come tutte quelle che possono instaurarsi a fronte degli accordi ("in materia di formazione, conclusione ed esecuzione" degli stessi, sottolinea la norma): sia per quanto concerne l'atto e il procedimento anteriore nonché le fasi negoziali anteriori (le trattative), sia per quanto concerne il rapporto costituito per effetto dell'atto medesimo. E d'altro canto, è appena il caso di ricordare che trattandosi di giurisdizione esclusiva non si può porre per l'individuazione delle controversie in oggetto un problema di distinzione delle situazioni soggettive lese».

[53] Secondo A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato* cit., pp. 444-446, «appare evidente che, nonostante la varietà delle ricostruzioni prospettate nel corso del tempo, la norma viene a delineare una disciplina giuridica comunque "*diversa*" da quella che caratterizza i contratti di diritto privato. Operano in tal senso molteplici dati testuali, prim'ancora che sistematici: la sottoposizione dell'accordo sostitutivo "ai medesimi controlli" del provvedimento sostituito; la previsione di un potere generale di scioglimento unilaterale "per sopravvenuti motivi di pubblico interesse"; l'estensione della giurisdizione amministrativa sulle vicende esecutive del rapporto; e, naturalmente, la previsione che affida allo stesso giudice amministrativo il compito di effettuare il giudizio di compatibilità sull'applicazione dei "principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti": tale ultimo profilo, in particolare, viene a contraddire le stesse esigenze di certezza, di stabilità, nonché di stretta tipizzazione delle deroghe legislative, necessariamente sottese all'utilizzo di uno strumento negoziale, anche nel settore pubblico. In ragione di tutti questi indici normativi, quindi, non paiono esservi dubbi sul fatto che ci troviamo dinanzi ad una disciplina che, pur essendo inserita in una chiara logica negoziale, introduce un regime non pienamente riconducibile a quel "diritto privato" evocato dall'art. 1, co. 1-*bis* e, quindi, ad esso necessariamente "alternativo" in virtù di una specifica disposizione di legge».

ISSN 2036-7821

dell'azione amministrativa alla realtà della società complessa contemporanea, senza però che ciò debba necessariamente implicare il sovvertimento dell'impianto istituzionale tradizionale, secondo cui l'ordinamento assegna alla P.A. il compito di determinare in concreto l'interesse pubblico specifico fissato in astratto dalla legge. L'analisi ragionata delle disposizioni normative, insomma, impone di inferire da esse che – nonostante parte della dottrina propenda per la loro riconduzione nel novero degli strumenti civilistici veri e propri – gli accordi fra P.A. e privati rientrino pienamente nella 'dimensione' pubblicistica: nessuno infatti può negare che il dettato della legge disponga, in maniera inequivoca, che essi sono strumentali alla partecipazione al procedimento amministrativo finalizzata alla co-determinazione in concreto dell'interesse pubblico specifico fra la P.A. e i soggetti portatori degli interessi con questo interagenti[54].

5. Gli accordi fra diverse PP.AA. tra finalità regolativa e finalità provvedimentale.

Oltre agli accordi con il privato appena esaminati, la L. 241/1990 disciplina anche – lo si è già ricordato – quelli fra PP.AA. L'art. 15 (che – diversamente dall'art. 11 – si colloca nel Capo IV della legge intitolato alla 'semplificazione') dispone anzitutto, al co. 1, che le PP.AA. «possono sempre concludere tra loro accordi», in particolare allo scopo di «*disciplinare* lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune», altrimenti dovendo impegnarsi in una conferenza di servizi (il cui esito positivo, di fatto, sortisce in un accordo): l'incipit della disposizione, infatti, recita «Anche al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 14», il quale disciplina appunto le conferenze. Il co. 2, poi, prevede che «Per detti accordi si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni previste dall'articolo 11, commi 2 e 3»[55].

Senza voler indugiare sull'istituto della conferenza, non si può non richiamarne la precipua vocazione funzionale, giacchè ciò è indispensabile al fine di comprendere l'ambito di applicazione delineato dall'art. 15 per gli accordi fra PP.AA., visto che,

[54] Sembra pertanto doversi pienamente condividere l'opinione di G. PALMA, *Itinerari di diritto amministrativo* cit., pp. 221-222, secondo il quale «Nella specie non sembra, infatti, che ricorra, in chiave dommatica, la figura del contratto, di comune circolazione nel diritto dei privati, né tampoco di contratto *sic et simpliciter*; nell'ipotesi che qui interessa si svela all'occhio attento, perlomeno così sembra, non tanto il ricorso al contratto, quanto piuttosto ad un congegno, ad un modulo organizzativo di assestamento degli interessi pubblici e privati, simile a quello contrattuale, il quale per altro imporrebbe ad intravedere nella specie la contrapposizione dialettica di due sfere di autonomia negoziale. Invece, ove attentamente si mediti, nessuna autonomia negoziale sembra emergere dal lato della pubblica Amministrazione, la quale, per destino istituzionale, è tenuta comunque a percorrere lo specifico itinerario procedimentale di esplicazione del potere azionato».

[55] Nell'illustrare il fenomeno degli «accordi tra Amministrazioni pubbliche per un miglior svolgimento dei loro compiti istituzionali», G. PERICU, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica* cit., vol. II, pp. 288-289, afferma: «Il frammentarsi nello Stato moderno delle funzioni e dei servizi pubblici e la loro conseguente attribuzione a soggetti pubblici distinti e, nel contempo, l'ineludibile esigenza di garantire alle collettività interessate, tramite gli enti che le rappresentano, una presenza effettiva nell'assunzione delle decisioni amministrative che le riguardano hanno determinato la necessità di un sempre più accentuato coordinamento, obiettivo che può sicuramente essere soddisfatto anche mediante accordi tra i soggetti pubblici di volta in volta coinvolti».

ISSN 2036-7821

secondo la disposizione, tali accordi possono aversi «al di fuori delle ipotesi» in cui viene indetta la conferenza di servizi[56].

In altre parole, l'area della, a dir così, 'interlocuzione' fra più PP.AA. può avere ad oggetto – *oltre che* la determinazione in concreto dell'interesse pubblico specifico esitante ad un procedimento amministrativo complesso, così da costringere i soggetti in esso coinvolti a 'sedersi intorno ad un tavolo' in modo da consentire, tramite la conferenza, una crasi dei suoi tempi – *anche* la definizione delle competenze che l'ordinamento attribuisce loro, laddove si tratti di *regolare* attività comuni.

La ragione della circoscrizione dell'ambito di applicazione degli accordi in parola, dunque, sembra risiedere nella specifica funzione che devono assolvere, funzione che, al tempo stesso, costituisce anche l'oggetto sul quale essi possono essere conclusi: sono assumibili – così espressamente stabilisce la norma – «per *disciplinare* lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune». Si presentano, insomma, come veri e propri accordi 'normativi', giacché al verbo evidenziato non può attribuirsi altro significato: *disciplinare* vuol dire, appunto, *regolare*.

Se, dunque, oggetto degli accordi di cui all'art. 15 è la definizione delle competenze (si tratta cioè di accordi che le PP.AA. sottoscrivono per ridefinire le regole concernenti le proprie competenze, laddove queste riguardino attività da svolgere «in collaborazione»)[57], non si può non ritenere che operano tanto sulla funzione quanto sulla struttura della P.A. In altre parole, influenzano sia l'azione (il versante funzionale) sia l'organizzazione (il versante strutturale) amministrative, e perciò, essendo capaci di modificare l'assetto regolativo – non solo funzionale (l'esercizio procedimentale della funzione), ma anche strutturale (le relazioni interorganiche ed

[56] Insomma, sia pur in estrema sintesi, occorre ricordare a qual fine la legge ha previsto l'istituto, altrimenti non riuscendosi a cogliere appieno in quali casi sia possibile praticare il disposto dell'art. 15. La conferenza di servizi viene concepita dal Legislatore al precipuo scopo di 'accorciare' i tempi di un procedimento, riunendo 'intorno ad un tavolo' i soggetti (amministrativi e non) in esso chiamati ad esprimersi (dalla legge di settore che lo regola), in modo da pervenire alla decisione finale superando la fisiologica consequenzialità dei vari atti endoprocedimentali che la legge prevede per la manifestazione delle competenze dei diversi organi coinvolti, al fine di determinare l'interesse pubblico concreto nel provvedimento. Sovente, invero, leggi di settore prevedono che nel procedimento vada acquisito il parere di un organo consultivo esterno alla struttura della P.A. agente (ovvero intese, concerti, nulla-osta, ecc.). La L. 241/1990, che – come è ben noto – accanto alla *garanzia di partecipazione* all'esercizio del potere (originaria causa ispiratrice della sua *ratio*), pose l'esigenza di *efficienza degli apparati amministrativi*, nel contemplare modelli più 'elastici', in grado di rispondere alle incessanti trasformazioni ed alla conseguente crescente complessità della realtà, introduce anche lo strumento della 'conferenza di servizi', concepita allo scopo di migliorare, in termini di rapidità, la formazione della volontà amministrativa in ciascuna fattispecie concreta.

[57] Ciò evidentemente non è nell'accordo con il privato di cui all'art. 11: in questo non si tratta di ridefinire la competenza, che resta indiscussa e indiscutibile (e, anzi, è proprio perché non v'è disponibilità dell'oggetto – l'interesse pubblico restando di dominio esclusivo dell'autorità amministrativa, seppure nelle forme di esercizio partecipato del potere – che, con riferimento all'accordo con il privato, non si può parlare di autonomia negoziale). Nell'accordo tra due o più PP.AA., invece, l'oggetto, pur essendo certamente pubblico, è in qualche modo nella disponibilità delle autorità negozianti: si tratta infatti di 'combinare' le loro rispettive competenze laddove si trovino coinvolte, per previsioni normative diverse, nell'esercitare potere su una medesima fattispecie.

ISSN 2036-7821

intersoggettive, sulle quali sono capaci d'incidere) – delle PP.AA. che li sottoscrivono, vanno qualificati come 'normativi'.

6. Riepilogo delle tipologie di esercizio negoziale del potere amministrativo.

Alla luce di quanto si è chiarito, dunque, bisogna ritenere che i due tipi di accordo, col privato e fra PP.AA., presentano una diversa natura. Potrebbe, sì, sostenersi che si è in presenza di un unico *genus*, nel seno del quale è possibile distinguere due grandi *species*; ma, con ogni evidenza, l'elemento determinativo del *genus*, quello che accomunerebbe le due *species*, sarebbe dato semplicemente dal fatto che in entrambi i casi si tratta di un atto negoziato[58].

Tuttavia, per le ragioni esposte (e pur riconoscendo la piena opinabilità dell'assunto), sembra preferibile propendere per la esistenza – più che di due *species* di un unico *genus*, il cui solo elemento qualificativo sarebbe la parola 'accordo' (a significare il fatto che indiscutibilmente si perviene ad una determinazione comune) – di due distinti *genus* di accordi: quelli tra la P.A. ed i privati, e quelli tra diverse PP.AA.

I loro rispettivi oggetto e funzione (oltre ai soggetti che lo sottoscrivono, naturalmente) consentono di affermare, con una buona dose di sicurezza, che al di là del nome hanno assai poco in comune: in effetti, quello con i privati è un accordo sottoscritto in vista, esclusivamente, della realizzazione della *funzione* amministrativa; quello tra diverse PP.AA., invece, è un accordo che influisce (seppur non esclusivamente) prevalentemente sulla *struttura* della P.A.

Con specifico riguardo alla seconda tipologia, volendo delineare schematicamente il quadro complessivo delle possibilità riconosciute alle PP.AA. quando queste si trovino ad interagire fra loro, esso potrebbe rappresentarsi con un insieme più generale, costituito dal *genus* 'accordi fra pubbliche amministrazioni', nel cui ambito è dato riconoscere due sottoinsiemi, due *species* segnate da una diversa natura giuridica dell'accordo: di soluzione procedimentale, o di fonte normativa. Il primo di questi sottoinsiemi appare, a sua volta, scomponibile in altri sottosottoinsiemi, a seconda che si versi in una delle ipotesi di *conferenza di servizi* previste dall'art. 14, L. 241/1990[59]; oppure si versi nella ipotesi dell'*accordo di programma*, contemplata

[58] Come si può facilmente intuire, è più facile che a sposare questa tesi sia quella parte della dottrina che propende per considerare gli accordi *tout court* (che siano disciplinati dall'art. 11 ovvero dall'art. 15 non v'è differenza) quali contratti di diritto pubblico. In proposito, però, va sottolineato che, mentre gli accordi tra PP.AA. sono, sin dall'inizio del secolo scorso, meno problematicamente considerabili quali l'unica plausibile ipotesi di contratti di diritto pubblico (visto che, per ritenerli identificativi di questi ultimi, non si presentano rilevanti problemi); viceversa, non è affatto pacifico, e anzi sembra doversi escludere, che gli accordi tra P.A. e privati, benché espressamente codificati dalla legge, possano rientrare in questa categoria.

[59] Ed invero, la conferenza può essere indetta quando lo si «ritenga opportuno per effettuare un esame contestuale degli interessi pubblici coinvolti in un procedimento amministrativo, ovvero in più procedimenti amministrativi connessi, riguardanti medesime attività o risultati», anche se ciò era, per così dire, 'sfuggito' alla regolazione legislativa di settore (art. 14, co. 1); oppure per superare rallentamenti procedurali dovuti alla necessità di rispettare i 'passaggi' successivi formalmente previsti da questa («quando la conclusione positiva del

ISSN 2036-7821

dall'art. 34, D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, recante «*Testo Unico degli Enti Locali*» (ma, originariamente, dall'art. 27, L. 8 giugno 1990, n. 142, recante «*Ordinamento delle autonomie locali*»)[60]. Il secondo, invece, corrisponde agli accordi 'regolativi' di cui all'art. 15, L. 241/1990[61].

Riepilogando in sintesi, ad una qualsiasi P.A. (in quanto tale, perciò, titolare di un interesse pubblico legislativamente fissato) la legge offre due *chances*.

Essa può scegliere di andare all'incontro con altre PP.AA. per la *ri*definizione dell'interesse pubblico – laddove si trovi in presenza di fattispecie contrassegnate dalla intersecazione fra interessi facenti capo a diversi soggetti amministrativi (col limite che essi debbano essere dotati di capacità esponenziale nei confronti di detti interessi) comunque in qualche misura competenti nelle fattispecie contrassegnate da «attività di interesse comune» –, utilizzando lo strumento dell'accordo di cui all'art. 15, L. 241/1990. In tal caso l'accordo deve assimilarsi ad una vera e propria fonte giuridica, perché caratterizzato dalla capacità di regolazione del potere, e perciò di *determinazione* (e non di *esplicazione*) della funzione.

Più limitatamente la P.A. può, invece, indire una conferenza di servizi (che sfoci, o no, in un accordo): *a*) quando la scansione formale del procedimento sia priva di un'articolazione formalizzata di altri interessi pubblici, ma l'autorità procedente abbia comunque rilevato la opportunità di confrontarsi all'unisono con i soggetti titolari di quelli compresenti nella fattispecie concreta sulla quale essa ha competenza a provvedere, allo scopo di «effettuare un esame contestuale» di detti interessi; *b*) quando, viceversa, la scansione procedimentale preveda, già nella legge di settore, «pareri, intese, concerti, nulla osta», ecc. (art. 14, co. 2); *c*) quando, infine, l'autorità amministrativa (ma in questo caso solo se essa sia esponenziale di un ente

procedimento è subordinata all'acquisizione di più pareri, intese, concerti, nulla-osta o altri atti di assenso, comunque denominati, resi da diverse amministrazioni», art. 14, co. 2).

[60] In questa ipotesi la conferenza viene indetta al fine di «verificare la possibilità di concordare l'accordo di programma» da parte di Regioni, Province o Comuni, i quali, per «la definizione e l'attuazione di opere, di interventi o di programmi di intervento», trovandosi a dover agire in maniera «integrata e coordinata», decidano di promuovere «la conclusione di un accordo di programma» (art. 34, co. 1 e 3, TUEL).

[61] Il fondamento storico-istituzionale, e perciò anche la prevalente rilevanza funzionale, degli istituti dell'accordo di programma e della conferenza di servizi segnano la netta differenza fra questi e gli accordi di cui all'art. 15, L. 241/1990. Sembra diversamente opinare V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti* cit., p. 413, il quale ritiene doversi collocare gli accordi di programma fra gli accordi di cui all'art. 15: «La principale figura legislativamente prevista di questi accordi tra Amministrazioni […] è il c.d. accordo di programma». Analogamente pare esprimersi E. CASETTA, *Manuale* cit., p. 584, «Gli accordi tra amministrazioni sono impiegati come strumenti per concordare lo svolgimento di attività in comune in un contesto in cui la frammentazione dei poteri richiede costantemente misure di raccordo e di semplificazione. Non a caso, la norma che stabilisce il potere di concludere accordi tra le amministrazioni è inserita nel capo relativo alla semplificazione procedimentale, a differenza di quella di cui all'art. 11, l. 241/1990, facente parte del capo sulla partecipazione al procedimento amministrativo. Si tratta dell'art. 15, l. 241/1990, il quale […] prevede in generale che le amministrazioni pubbliche possano sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune».

ISSN 2036-7821

territoriale) voglia «verificare la possibilità di concordare l'accordo di programma»[62]. In tutti tali casi la conferenza (e l'eventuale accordo che ne potrebbe scaturire) esprime una nuova – più efficace e rapida – modalità procedimentale, comunque finalizzata, però, alla 'mera' *esplicazione* di una funzione, e dunque di un potere, la cui *determinazione* è oggetto della previsione di una fonte giuridica che non è in discussione.

In definitiva, mentre nel caso di cui all'art. 15 ci si trova in presenza di una disposizione legislativa che considera la necessità, in alcune situazioni coinvolgenti interessi la cui titolarità spetta insieme a differenti soggetti amministrativi (situazioni nella società complessa contemporanea assai frequenti), di procedere in modo collaborativo ad una nuova *identificazione* dell'interesse pubblico (e cioè a ridefinirne la *identità*), e dunque delle modalità stesse di esplicazione del potere e della funzione. Negli altri casi si tratta, invece, entro più ristretti confini (ma non meno significativamente nella società complessa), di ridurre i tempi di un procedimento volto alla sola *entificazione* dell'interesse pubblico (e cioè a definire, nell'esercizio di discrezionalità amministrativa, la materiale, appunto, *entità*, di questo), l'impianto genetico del quale, peraltro, è stato già identificato da una fonte giuridica: in altre parole, si tratta di costringere alla 'contemporaneità' l'esercizio di una parte della funzione amministrativa che, nella legge di settore, si trova di regola scandita in più momenti formali disposti in successione temporale.

7. La vera e propria attività di diritto civile della P.A. e l'evidenza pubblica.

Ben diverso da quello della negoziabilità dell'esercizio del potere, e cioè della capacità di stipulare accordi di diritto pubblico, è il tema della capacità di diritto civile che l'ordinamento riconosce alla P.A. Questa, pressoché da sempre, può agire adoperando, oltre allo strumentario che le è proprio (quello tipicamente amministrativistico), quello tipicamente privatistico, ciò rientrando nel capitolo che per consolidata tradizione va sotto il nome di 'attività di diritto civile della P.A.', oggi in gran parte disciplinata dal D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (più di recente modificato e integrato dalla L. 29 luglio 2021, n. 108, di conversione del D.L. 31 maggio 2021, n. 77), recante il «*Codice dei contratti pubblici*»[63]. Ma anche qui v'è una parte dell'azione che si manifesta quale espressione di potere.

---

[62] Sebbene l'art. 34 del TUEL non adoperi la stessa locuzione, e parli, bensì, più genericamente, di «una conferenza».

[63] E, in particolare, l'«*Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*». Sul Codice, fra le tante, si v., da ultimo, le riflessioni critiche di A. MASSERA e F. MERLONI, *L'eterno cantiere del Codice dei contratti pubblici*, in *Dir. Pub.*, 2021, pp. 587 ss. Non è inutile ricordare che, giusta il co. 1 dell'art. 1, il «codice disciplina i contratti di appalto e di concessione delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere, nonché i concorsi

ISSN 2036-7821

Si tratta allora di richiamare nuovamente la differenza fra *discrezionalità* ed *autonomia negoziale*, dovendosi velocemente ragionare: sul rapporto che le lega in relazione all'attività contrattuale della P.A.; sulle circostanze in presenza delle quali essa può ricorrere all'uso dei contratti; sui limiti entro i quali può farlo; e sulle garanzie di diritto pubblico stabilite dall'ordinamento per l'uso di tali strumenti da parte della P.A., la stipula dovendo essere in ogni caso preceduta dall'esercizio di un potere amministrativo.

Nemmeno si può, peraltro, tralasciare del tutto il profilo delle regole che presiedono alla stipula ed alla esecuzione del contratto, e quello, infine, delle conseguenze giuridiche sul contratto determinate dal riesercizio del potere (ovvero dalla decisione del giudice amministrativo) che esiti nella caducazione del provvedimento di aggiudicazione.

Discrezionalità ed autonomia negoziale. Come è pacifico, la cura dei compiti assegnati alla P.A. dall'ordinamento si può svolgere sia mediante attività materiali (la erogazione di prestazioni), sia mediante atti giuridici. Questi ultimi possono essere tanto di diritto pubblico quanto di diritto privato, giacché il bene comune è conseguibile anche attraverso il secondo[64].

A meno di non voler seguire acriticamente un credo ideologico (che legittimamente ciascuno è libero di professare), il conseguimento del bene comune non necessariamente passa per (ovvero implica) la nozione giuridica di interesse

---

pubblici di progettazione». L'ambito soggettivo di applicazione della disciplina si è progressivamente esteso, oggi includendo anche i ccdd. 'organismi di diritto pubblico'. L'art. 3, infatti, nel disporre che «Le "amministrazioni aggiudicatrici" sono: le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti» (co. 25), specifica che per «organismo di diritto pubblico» s'intende «qualsiasi organismo, anche in forma societaria» che sia «istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale», che sia «dotato di personalità giuridica», e «la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico» (co. 26). Come precisa M. D'ALBERTI, *Lezioni* cit., p. 361, «Il concetto di "organismo di diritto pubblico", elaborato a livello comunitario, superando la nozione interna di ente pubblico, consente di imporre anche ad alcuni soggetti di natura formalmente privata, che così vengano qualificati, il rispetto della disciplina dell'evidenza pubblica».

[64] Come spiega A.M. SANDULLI, *Manuale* cit., pp. 734-735, «Oltre che nelle forme del diritto pubblico (e cioè mediante atti amministrativi), l'Amministrazione può operare […] in quelle del diritto comune, e cioè mediante negozi di diritto civile. Così avviene allorquando l'Amministrazione accetta, a es., una donazione o una successione testamentaria; allorquando stipula contratti per procurarsi beni (contratti di compra-vendita, di mutuo, di fornitura di arredi, equipaggiamento, vestiario, ecc., di locazione) o servizi (contratti di appalto, ecc.), per alienare beni patrimoniali, per stipulare rapporti di lavoro di diritto civile, per consentire ad altri il godimento di beni o di servizi da essa gestiti in regime di diritto comune (p. es., locazione di beni patrimoniali disponibili, servizi municipali, elettricità, assicurazioni, credito e risparmio); allorquando conclude transazioni […]; riconosce un proprio debito assunto eccezionalmente fuori delle forme contrattuali […], ecc. Ed è da ritenere che siano negozi di diritto civile anche quelli che la dottrina tradizionale suole configurare come contratti "di diritto pubblico", se ed in quanto ad essi sia da riconoscere effettivamente natura contrattuale».

ISSN 2036-7821

pubblico: il bene comune si può realizzare anche mediante l'attività di diritto civile della P.A., che in se stessa (non è funzionalizzata, e cioè) non esprime l'esercizio di un potere[65]. Viceversa, l'interesse pubblico in senso tecnico non può essere perseguito altrimenti che nelle forme giuridiche proprie del diritto amministrativo[66].

In ciò sta la differenza fra autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa: mentre la prima si fonda sulla libertà dei contraenti in ordine all'oggetto, al contenuto e al fine del negozio che intendono stipulare, la seconda si caratterizza per la predeterminazione, ad opera della legge, di tali elementi costitutivi dell'atto amministrativo, e segnatamente della finalità, l'interesse pubblico specifico. Ad ogni modo, stante il principio di legalità, è la fonte che ne disciplina l'attività a stabilire quali siano le modalità che la P.A. deve assumere nella sua azione. E, almeno di regola, il diritto positivo dispone che, anche nelle ipotesi in cui prevede che la P.A. possa ricorrere allo strumentario civilistico, l'azione giuridica di questa debba sempre contemplare una fase preliminare da svolgersi secondo i dettami pubblicistici[67].

---

[65] Secondo M. D'ALBERTI, *Lezioni* cit., p. 377, «non c'è dubbio che la sfera del diritto comune ha assunto proporzioni inimmaginabili un secolo fa. Le regole privatistiche sono divenute pienamente compatibili con il perseguimento dei fini pubblici».

[66] Non sembra pienamente coincidente l'opinione di G. CORSO, *Manuale* cit., p. 431, secondo il quale «le pubbliche amministrazioni sono sempre tenute a soddisfare interessi pubblici. Non sono, invece, obbligate sempre a farlo mediante l'uso di poteri pubblicistici e l'adozione di provvedimenti amministrativi. Interessi pubblici possono essere curati anche con strumenti di diritto privato: il terreno necessario per realizzare un'opera pubblica può essere comprato dall'ente pubblico oltre che espropriato, una pianificazione urbanistica di dettaglio può essere attuata attraverso una lottizzazione convenzionata anziché con un piano particolareggiato, e il servizio sanitario nazionale può erogare le sue prestazioni non solo attraverso gli ospedali pubblici, ma anche attraverso le cliniche private (prima convenzionate, oggi accreditate: art. 8, comma 5, D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 modif. con D.Lgs. 7 dicembre 1993, n. 512). Che l'interesse pubblico possa essere perseguito attraverso strumenti di diritto privato costituisce oggi un principio costituzionale. La Costituzione […] indica come doverosi certi compiti pubblici (e li qualifica quindi come interessi pubblici) – sanità, istruzione, previdenza, assistenza, etc. – ma riconosce nello stesso tempo ai privati la libertà o il diritto di perseguirli. In questo modo ammette che interessi pubblici possano essere soddisfatti da soggetti privati, e quindi con strumenti di diritto privato».

[67] In proposito V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti* cit., pp. 249-250, così si esprime: «l'idea che l'amministrazione si svolga per regola secondo moduli d'azione di diritto pubblico, e solo in via di marginale eccezione secondo il diritto privato, si è solidamente impiantata nel nostro ordinamento già dalla fine del XIX secolo (nel momento in cui si compiva la costruzione del "sistema del diritto amministrativo") ed è stata seguita sin quasi alla fine del secolo successivo. Anche laddove il risultato pratico, perseguito con l'azione giuridica dell'Amministrazione (l'assunzione di un impiegato, la concessione a terzi di una *utilitas* di un bene pubblico) sia senz'altro realizzabile mediante strumenti privatistici (la locazione, l'affitto, l'appalto), questi vengono sostituiti da strumenti retti dal diritto pubblico (provvedimento di assunzione al pubblico impiego in luogo del contratto, concessione amministrativa in luogo dell'affitto, etc.) il cui utilizzo viene tendenzialmente ritenuto vincolante per le Amministrazioni. L'uso dello strumento negoziale nell'azione amministrativa diviene perciò l'eccezione, agibile soltanto laddove espressamente previsto dalla legge. Il diritto pubblico, come evidenziato da *Cammeo*, via via diviene il diritto comune nei rapporti tra individuo e Stato; rapporti che "debbono presumersi regolati dal diritto pubblico, se non v'è espressa o chiara ragione in contrario". D'altra parte, la disciplina dei contratti delle pubbliche Amministrazioni (strumento diffusissimo nella pratica) è stata costruita facendo precedere per regola la stipulazione del contratto da un procedimento amministrativo (esercizio di potere amministrativo, cui si applica la disciplina pubblicistica […]: il c.d. procedimento di aggiudicazione). Così che anche quello spazio di attività

ISSN 2036-7821

Del resto, pur versandosi in quelle circostanze in cui il ruolo dell'interesse pubblico è dalla fonte limitato alla fase preliminare, l'azione della P.A. è comunque chiamata a svolgere un compito pubblico, sebbene ciò si realizzi, per una parte consistente, secondo le modalità giuridiche tipiche del diritto comune. Ed è di tutta evidenza che, essendo ciascuna P.A. dotata di personalità giuridica, ad ognuna di esse non può non essere dall'ordinamento riconosciuta in via generale la capacità (giuridica e di agire) che è propria di una qualunque persona giuridica (fatte salve, naturalmente, le eventuali disposizioni specifiche di segno contrario)[68].

amministrativa nel quale le pubbliche Amministrazioni operano mediante negozi di diritto comune (e non mediante atti amministrativi), spazio amplissimo invero sul piano pratico, a sua volta viene ricondotto, per una parte consistente della disciplina relativa, al diritto pubblico, restando in esso la disciplina negoziale confinata al momento ultimo della stipulazione negoziale e al regime dell'esecuzione (e anche qui con eccezioni e deroghe). Talché una applicazione vera e piena della disciplina negoziale alle attività di amministrazione è ridotta a specie abbastanza marginali e ai casi in cui è consentito giungere alla stipulazione dei contratti senza passare per il previo procedimento di aggiudicazione (le c.d. trattative private, appunto!)».

[68] Come chiarisce A.M. SANDULLI, *Manuale* cit., pp. 735-736, «Nel nostro diritto positivo sembra vigente il principio per cui le persone giuridiche – e tra esse anche quelle di diritto pubblico – godono, nel campo del diritto civile, della stessa capacità giuridica delle persone fisiche (quella che si suole indicare come capacità generale di diritto comune), salvo naturalmente in ordine alle posizioni soggettive che per loro natura sono proprie ed esclusive delle persone fisiche (posizioni inerenti ai rapporti di famiglia e di successione legittima, allo stato di minorenne, di inabilitato, di interdetto, ecc.). Per cui quelle norme giuridiche – esplicite o implicite (spesso ricavabili dalle finalità istituzionali dell'ente) –, le quali – nel limitarne (positivamente o negativamente) le attribuzioni – escludono che un ente pubblico possa porre in essere certi negozi di diritto civile, vanno considerate come eccezioni a un principio generale e non sono da intendere, in via di principio, come norme destinate a escludere la capacità giuridica dell'ente in ordine ai relativi rapporti e la capacità di agire in ordine ai relativi negozi, bensì piuttosto come mere norme imperative, l'osservanza delle quali viene a condizionare la validità dei negozi e l'inosservanza delle quali può essere fonte di responsabilità degli agenti verso l'Amministrazione». Anche secondo G. CORSO, *Manuale* cit., pp. 432-433, alla «considerazione di fondo, che riguarda la piena fungibilità tra diritto privato e diritto amministrativo ai fini della soddisfazione degli interessi pubblici (salvi i casi in cui – per la indisponibilità del privato ad addivenire al contratto – sia necessario ricorrere allo strumento autoritativo), ne va aggiunta un'altra, che riguarda per un verso il regime giuridico dell'ente pubblico e per altro verso la sua struttura di azienda. La persona giuridica pubblica è, innanzitutto, persona giuridica: soggetto dell'ordinamento generale munito della capacità di agire che è propria di tutte le persone giuridiche, ossia della stessa capacità di agire della persona fisica, con l'esclusione di quei poteri, di quei diritti e di quelle situazioni giuridiche che postulano la fisicità della persona […]. L'ente pubblico è titolare delle sole competenze amministrative che la legge ad esso conferisce (principio di legalità); mentre dispone di tutti i poteri privatistici che sono propri delle persone giuridiche, salvi quelli che la legge espressamente esclude. C'è un altro aspetto che va segnalato. L'apparato pubblico è una organizzazione che, al pari di ogni altra organizzazione, ha bisogno di risorse (*inputs*) per raggiungere i fini che ad esso sono assegnati e conseguire i risultati voluti (*outputs*): risorse umane […], risorse finanziarie […], risorse materiali […]. Qualcuna di queste risorse viene acquisita mediante strumenti pubblicistici […]. Altre sono ottenute con contratti […]. Il contratto è lo strumento principale del quale l'amministrazione si avvale per acquisire le risorse strumentali allo svolgimento delle attività finali». L'A. conclude che «il ricorso allo strumento privatistico o allo strumento pubblicistico, da parte delle pubbliche amministrazioni, dipende anche dalle circostanze, dal clima culturale, dalle tendenze prevalenti nell'ordinamento, dal pendolo sempre oscillante fra pubblico e privato. In misura maggiore o minore le pubbliche amministrazioni si avvalgono del diritto privato sia per svolgere le attività *finali* che per svolgere le attività *strumentali*».

ISSN 2036-7821

In buona sostanza, ciò sta a significare che, come su qualunque altra persona giuridica, anche su una P.A. possono gravare obbligazioni, le quali vengono talora definite – ma, a ben vedere, impropriamente – 'obbligazioni pubbliche'[69].

La cd. 'evidenza pubblica'. Ogni P.A., dunque, può stipulare contratti. Nel farlo essa segue, per gran parte ma non totalmente, le regole del diritto civile, giacché se, per un verso, dispone della capacità giuridica e di agire propria di una qualunque persona giuridica; per altro verso, non può non garantire il conseguimento del bene comune, il che impone di circoscrivere ad un ambito limitato, essenzialmente quello della stipulazione e della esecuzione del contratto, l'applicabilità del principio di parità fra le parti contraenti, restandone esclusa, perciò, la fase precedente[70].

[69] In proposito, infatti, E. CASETTA, *Manuale* cit., pp. 591-592, così afferma: «Con riferimento alle obbligazioni a carico dell'amministrazione […], si parla talora in dottrina di obbligazioni pubbliche. Tale accezione appare però ambigua, atteso che le obbligazioni, comunque sorte, sono sottoposte alla disciplina privatistica». L'A., a seguire, precisa che «Il termine "obbligazioni pubbliche" può dunque essere impiegato soltanto a fini descrittivi, per indicare cioè la natura pubblica del soggetto alle quali si riferiscono: esse gravano infatti su enti pubblici». Sembra esprimersi analogamente M. D'ALBERTI, *Lezioni* cit., p. 357, ad avviso del quale «In alcune ipotesi», i moduli contrattuali adoperati dalla P.A. «possono avere un oggetto pubblico, come avviene nel caso delle concessioni di beni pubblici o di servizi pubblici. Il fatto che siano contratti ad oggetto pubblico non significa però che siano contratti di diritto pubblico. L'oggetto è pubblico poiché è indisponibile per i privati (si pensi al bene demaniale), ma la disciplina del contratto è fatta delle regole privatistiche del codice civile, con alcune deroghe. In ogni caso, dunque, ci si trova in presenza di contratti di diritto privato speciale, con graduazioni diverse della specialità».

[70] Come spiega E. CASETTA, *Manuale* cit., p. 593, «Gli enti pubblici godono della capacità giuridica di diritto privato e, dunque, […] possono utilizzare gli strumenti di diritto comune – e, quindi, pure il contratto – per svolgere la propria azione e per conseguire i propri fini. In particolare, l'amministrazione ha la capacità giuridica di stipulare contratti di diritto privato, fatte salve le eccezioni stabilite dalla legge; essa, però, può agire utilizzando gli strumenti privatistici soltanto nei casi in cui vi sia attinenza con le finalità pubbliche (si pensi al caso dell'acquisto da parte di un ente che cura interessi ambientali di un macchinario che non ha alcuna utilità per i compiti dell'ente medesimo). L'attività contrattuale, che è uno degli strumenti più diffusi mediante i quali l'amministrazione persegue interessi pubblici, è disciplinata in primo luogo dal diritto privato, ma è altresì sottoposta a regole di diritto amministrativo». Analogamente si esprime M. IMMORDINO, *I contratti della pubblica amministrazione*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo* cit., Parte 5, *Amministrazione consensuale*, pp. 360 ss., 360-361: «Come ogni soggetto dell'ordinamento, le amministrazioni (art. 11 c.c.) godono di capacità giuridica generale, sicché possono stipulare qualunque tipo di contratto disciplinato dal codice civile, nominato (per es.: compravendita di cosa futura, *ex* art. 1472), innominato (*leasing*, *factoring*) o misto (*project financing*), risultante, cioè, dalla combinazione di contratti diversi (si pensi anche ai contratti di appalti misti per lavori e servizi, oppure per servizi e forniture) […]. Esse, tuttavia, non godono di autonomia privata in senso pieno, dal momento che anche l'attività contrattuale, al pari dell'attività amministrativa provvedimentale, deve essere sempre funzionalizzata alla cura di interessi della collettività. Il diritto privato, al quale i contratti dell'amministrazione sono assoggettati, risulta, di conseguenza, condizionato da elementi pubblicistici. Elementi ai quali spetta, in definitiva, risolvere quello che tradizionalmente costituisce il problema di fondo dell'attività contrattuale dell'amministrazione: garantire, cioè, anche nell'ambito dei rapporti consensuali, tra soggetti posti su un piano di tendenziale parità, quel vincolo di fine che è immanente a tutta l'azione amministrativa. E garantire, altresì, che tale attività si svolga nell'osservanza dei principi costituzionali di legalità, imparzialità e buon andamento e di concorrenza. A questo scopo si è venuto nel tempo consolidando un complesso regime dei contratti nei quali è parte una pubblica amministrazione, in cui regole speciali integrano o sostituiscono regole codicistiche. Si tratta, in particolare, di norme di diritto amministrativo ed europeo, volte a regolare quelle procedure ormai comunemente chiamate di evidenza pubblica e, segnatamente, la deliberazione a contrattare, la scelta del contraente, l'aggiudicazione, i pareri, i controlli, le approvazioni sui contratti conclusi». L'impostazione pro-concorrenziale della disciplina dei contratti pubblici è messa in rilievo anche da M. CLARICH, *Manuale* cit., p. 427, il

ISSN 2036-7821

In altre parole, la P.A. ben può (e addirittura, forse, deve) stipulare contratti laddove necessiti di conseguire un introito (ad esempio, vendendo o dando in locazione un bene che è nella sua appartenenza: i ccdd. *contratti attivi*), ovvero di acquisire beni o servizi (ad esempio, comprando o prendendo in locazione un bene che è nell'altrui appartenenza: i ccdd. *contratti passivi*), seppur secondo una procedura complessa, perché articolata in almeno due grandi fasi, l'una fino alla stipula e l'altra dopo di essa, sotto il prevalente dominio, rispettivamente, del diritto amministrativo e del diritto civile[71].

Come è risaputo, la richiamata esigenza pubblicistica, che va sotto il nome di *evidenza pubblica*, segnala, appunto, quelle procedure che la P.A. è tenuta a seguire, al fine di garantire il rispetto dell'interesse pubblico specifico[72] (sovente consistente anche in quello alla tutela della concorrenza[73]), nella fase che, per gran parte, precede (di regola) la stipula del contratto[74].

---

quale, inoltre, ricorda che «le direttive europee privilegiano un approccio meno formalistico, più flessibile e più aperto a momenti di confronto tra l'amministrazione e le imprese […] e che attribuisce a quest'ultima maggiori spazi di discrezionalità. Nella visione europea un qualche margine di discrezionalità, lungi da essere considerato con sospetto, consente all'amministrazione di invitare alla contrattazione le imprese ritenute più affidabili e di valutare meglio in concreto le offerte valorizzando gli elementi qualitativi delle medesime».

[71] Come ricorda A.M. SANDULLI, *Manuale* cit., pp. 740-741, i contratti della P.A. «sono essenzialmente quelli (attivi) mediante i quali la pubblica Amministrazione si procura entrate (vendite, locazioni attive), nonché quelli (passivi) mediante i quali essa si procura beni e servizi (compere, forniture, locazioni passive, appalti di opere)». L'art. 3, co. 1, lett. dd), D.Lgs. 50/2016, definisce i «"contratti" o "contratti pubblici", i contratti di appalto o di concessione aventi per oggetto l'acquisizione di servizi o di forniture, ovvero l'esecuzione di opere o lavori, posti in essere dalle stazioni appaltanti».

[72] M. D'ALBERTI, *Lezioni* cit., pp. 357-358, chiarisce che «La disciplina dell'evidenza pubblica regola quel particolare procedimento amministrativo volto a limitare e a conformare secondo parametri oggettivi l'autonomia contrattuale della pubblica amministrazione nella fase di scelta del contraente e di determinazione del contenuto contrattuale. Si è quindi in presenza di un procedimento amministrativo parallelo che si affianca al momento privatistico di stipulazione, approvazione ed esecuzione del contratto. La necessità di separare questi due "momenti" – pubblicistico e privatistico – è stata tradizionalmente connessa soprattutto all'esigenza di ridurre il rischio di decisioni arbitrarie da parte dell'amministrazione nell'individuazione del contraente. La finalità è stata quella di assicurare che per ciascun contratto venisse scelta la migliore controparte possibile per l'amministrazione, soprattutto in un'ottica di risparmio della spesa pubblica: l'interesse da preservare, quindi, era principalmente quello finanziario dell'amministrazione e, non a caso, la normativa che ha tradizionalmente disciplinato l'evidenza pubblica era collocata nell'ambito della legislazione in materia di contabilità pubblica (r.d. n. 2440/1923 e regolamento di contabilità n. 827/1924). Analoga tendenza aveva caratterizzato la disciplina adottata nell'ordinamento francese, cui il legislatore italiano si è ispirato».

[73] Come evidenzia M. D'ALBERTI, *Lezioni* cit., pp. 358-359, «Con l'avvento del diritto comunitario si è assistito ad una trasformazione della *ratio* della disciplina dell'evidenza pubblica: soprattutto a partire dagli anni Ottanta del Novecento, infatti, ha iniziato a farsi strada l'idea che la normativa in materia di appalti pubblici concernente la procedura di scelta del contraente dovesse essere diretta a tutelare anche la *libera concorrenza tra imprese* aspiranti al contratto operanti all'interno dei paesi membri. Non più, quindi, una normativa nazionale volta a tutelare soltanto l'interesse finanziario dei singoli Stati, ma una normativa comune ai diversi Stati membri della Comunità finalizzata anche e soprattutto alla costruzione di un *mercato aperto e concorrenziale*» (i corsivi sono di chi scrive).

[74] Secondo M. GOLA, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica. Sezione II: I contratti dello Stato e degli enti territoriali tra principi di contabilità pubblica ed esigenze di armonizzazione comunitaria*, in L. MAZZAROLLI e altri (a cura di), *Diritto amministrativo* cit., vol. II, pp. 328 ss., 333, l'evidenza pubblica «è una qualificazione che identifica il procedimento di formazione dei contratti di cui sono contraenti le p.A., e in particolare l'*iter* necessario per la

ISSN 2036-7821

A dire il vero, l'ambito di applicazione della evidenza pubblica non è da intendersi rigidamente: come fa osservare autorevole dottrina, infatti, per un verso, può ben darsi che nella fase preliminare alla stipula (in prevalenza sotto l'egida del diritto amministrativo) si manifestino momenti ispirati all'autonomia negoziale; per altro verso, seppur in maniera marginale, nella fase successiva alla stipula (in prevalenza sotto l'egida del diritto civile) sussistono aspetti di chiara matrice pubblicistica (quali sono, ad esempio, i controlli concernenti l'esecuzione e la estinzione del contratto)[75].

La scelta del contraente. La fase che precede la stipula di ogni contratto della P.A. – oggi anche quella che nei provvedimenti di concessione caratterizza la scelta del concessionario, che anticipa il contratto-disciplinare regolante il rapporto concessorio[76] –, in quanto pubblicistica è disciplinata in maniera tale che venga

validità della formazione della volontà espressa dall'Amministrazione contraente precedente alla stipulazione del contratto. A questo proposito è bene sottolineare che, con riferimento all'attività contrattuale, l'articolazione nelle fasi c.d. dell'evidenza pubblica serve a rendere manifesto il passaggio necessario per garantire la *continuità* tra funzione amministrativa e autonomia di negoziazione, mentre più difficilmente può essere vista in una prospettiva sostanziale da intendere, in parallelo con le fasi procedimentali destinate a produrre un provvedimento amministrativo, come luogo di confronto di tutti gli interessi, pubblici e privati, coinvolti nella decisione dell'Amministrazione. L'evidenza pubblica serve sì a garantire un più corretto confronto, ma non tra interessi […] bensì tra mezzi e risorse strumentalmente offerti alla capacità di scelta della stessa Amministrazione agente». Pur se non perfettamente coincidente, sembra analoga la spiegazione del fenomeno offerta da M. IMMORDINO, *I contratti della pubblica amministrazione* cit., pp. 361-362, ad avviso della quale «L'espressione 'evidenza pubblica' sta ad indicare proprio che i contratti in cui è parte una pubblica amministrazione si caratterizzano per il fatto che viene dato un particolare rilievo ad alcuni momenti dell'attività contrattuale, che si concretizzano in procedimenti amministrativi, che precedono o seguono la stipulazione del contratto […]. L'evidenza pubblica consiste, quindi, in una complessa procedura che comporta una difformità di grande rilievo rispetto all'attività contrattuale di diritto comune. Essa costituisce una categoria procedimentale sostanzialmente applicabile a tutti i contratti dell'amministrazione».

[75] Ed invero, M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo* cit., vol. II, pp. 363-364, spiega che «Il contratto ad evidenza pubblica consta […] di due procedimenti paralleli: l'uno è il procedimento di formazione della volontà contrattuale quale disciplinato, con alcune varianti, dalle norme di diritto privato; l'altro è un procedimento amministrativo che si sviluppa tra l'autorità che intende concludere e/o ha concluso il contratto (l'autorità contrattante) e l'autorità che su di essa esercita il controllo. In tale procedimento l'autorità contrattante spiega le ragioni di pubblico interesse per le quali vuol addivenire o è addivenuta a quel contratto avente quel certo contenuto, e perché vuol scegliere o sceglie o ha scelto quella controparte; la seconda controlla i giudizi, le decisioni e le procedure a cui la prima intende addivenire o è addivenuta. I due procedimenti si svolgono parallelamente, come si dice correntemente; ma ciò va inteso nel senso che si svolgono per episodi successivi or dell'uno or dell'altro procedimento. Talora, concluso il contratto, l'autorità che lo ha concluso e che è divenuta parte del contratto (l'autorità contraente) è sottoposta ad ulteriori controlli, per l'esecuzione, e per la fase finale di chiusura del rapporto contrattuale: anche questi ulteriori procedimenti amministrativi sono volti a dar evidenza alle ragioni di pubblico interesse per le quali si sono adottate certe decisioni, e a controllarle. Questa essendo la struttura del contratto ad evidenza pubblica, si può comprendere perché esso si concreta […] in una procedura, con più precisione in una struttura procedimentale, applicabile a qualsiasi contratto. Nelle normazioni positive esso ha applicazione limitata, anche se all'origine lo si concepì come una procedura di carattere generale».

[76] Secondo Cons. Stato, Ad. Plen., 9/11/2021, n. 18, le norme nazionali che prevedono la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative «sono in contrasto con il diritto eurounitario, segnatamente con l'art. 49 TFUE e con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE. Tali norme, pertanto, non devono essere applicate né dai giudici né dalla pubblica amministrazione». Ora, «al fine di evitare il significativo impatto socio-economico che deriverebbe da una decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni in essere, di

ISSN 2036-7821

garantito il rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa (*ex* art. 97 Cost.)[77]. La procedura ha inizio con un atto amministrativo mediante il quale la P.A. assume la cd. 'determinazione a contrattare'[78], evidentemente esplicitando le ragioni di interesse pubblico che motivano la decisione, conformemente ai precetti contenuti nei relativi capitolati[79], ed

---

tener conto dei tempi tecnici perché le amministrazioni predispongano le procedure di gara richieste e, altresì, nell'auspicio che il legislatore intervenga a riordinare la materia in conformità ai principi di derivazione europea, le concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative già in essere continuano ad essere efficaci sino al 31 dicembre 2023, fermo restando che, oltre tale data, anche in assenza di una disciplina legislativa, esse cesseranno di produrre effetti, nonostante qualsiasi eventuale ulteriore proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell'ordinamento dell'U.E.».

[77] A tal proposito G. CORSO, *Manuale* cit., pp. 434-435, – dopo aver ricordato che «L'autonomia contrattuale, riconosciuta negli ordinamenti liberali, si manifesta in tanti modi, tre dei quali sono essenziali. La libertà di contrarre (e quindi anche di non contrarre, ossia di non concludere il contratto); la libertà di scegliere la controparte (vendo a Tizio, ma non a Caio); la libertà di pattuire le condizioni contrattuali (vendo a Tizio per dieci, ma pretendo da Caio cento, se vuol comprare)» – afferma che «Su tutti e tre i piani l'autonomia dell'amministrazione è limitata», precisando a seguire che «Se l'autorità o il funzionario sono liberi di scegliere il contraente si corre il rischio che la scelta cada sull'"amico" o sul "compare": ossia su una persona che andrebbe a rendere una prestazione (un servizio, una fornitura) a un prezzo più alto del prezzo di mercato o acquisterebbe un bene dell'amministrazione a un prezzo più basso di quello che l'amministrazione stessa otterrebbe in una libera contrattazione […]. Da qui una regola che risale alla normativa di contabilità varata alle origini dello Stato italiano: la regola che tende a sottrarre all'amministrazione e ai suoi agenti la scelta del contraente, affidandola invece a meccanismi oggettivi, quali sono […] l'asta pubblica e la licitazione privata».

[78] E. CASETTA, *Manuale* cit., p. 615, rammenta che «La determinazione a contrattare può essere soggetta a controlli e pareri. Essa, inoltre, è considerata tradizionalmente atto amministrativo interno, non rilevante per i terzi e, come tale, non impugnabile»; sebbene, subito dopo, non manchi di avvertire che «Siffatta tradizionale qualificazione deve però essere rimeditata alla luce di alcune aperture giurisprudenziali (v. in particolare Cons. Stato, sez. V, n. 454/1995) che riconoscono una posizione giuridica strumentale a quei terzi estranei alla trattativa privata che siano interessati ad ottenere l'annullamento della determinazione di procedervi, onde giovarsi della successiva indizione di una gara pubblica».

[79] Come è ben noto, i *capitolati* (o *capitoli d'oneri*) – i quali, pur presentando una controversa natura giuridica, possono comunque considerarsi come una importante fonte integrativa della disciplina dei contratti della P.A. – sono quei 'documenti' che contengono i precetti che una qualunque P.A. si dà per auto-regolare la propria capacità contrattuale. Essi «per ogni genere di contratti possono dividersi, ove sia necessario, in generali e speciali e sono approvati da ciascun ministero» (così espressamente recita l'art. 45, co. 1, del R.D. 827/1924). Quelli *generali* «contengono le condizioni che possono applicarsi indistintamente ad un determinato genere di lavoro, appalto o contratto, e le forme da seguirsi per le gare»; quelli *speciali*, invece, attengono ai singoli contratti, giacché – come stabilisce la norma – «riguardano le condizioni che si riferiscono più particolarmente all'oggetto proprio» di ciascuno di essi (art. 45, co. 2, R.D. 827/1924), così finendo per conformare ogni specifico rapporto negoziale. M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo* cit., vol. II, p. 357, così illustra l'istituto: «I capitolati sono degli atti contenenti dei precetti stilati come clausole contrattuali, che le amministrazioni adottano in via preventiva per disciplinare il contenuto dei contratti di un certo tipo o anche di un solo contratto. Più che altro "capitolato" sta ad indicare la provenienza, che è della pubblica amministrazione, dell'atto contenente proposizioni prescrittive da valere come clausole contrattuali. Occorre usare un linguaggio così astratto, perché nella pratica amministrativa ormai i capitolati hanno assunto figure». Con riguardo al loro contenuto, è prescritto che in essi siano «determinate la natura e l'importanza delle garenzie che i concorrenti devono produrre per essere ammessi agl'incanti, e per assicurare l'adempimento dei loro impegni; come pure le clausole penali e l'azione che l'amministrazione può esercitare sopra le cauzioni nel caso d'inadempimento ai detti impegni, non che il luogo in cui l'aggiudicatario, il suo fideiussore o l'approbatore garante del fideiussore, devono eleggere il domicilio legale» (art. 45, co. 3, R.D.

ISSN 2036-7821

individuando le modalità di scelta degli operatori economici e delle offerte (artt. 32, co. 2, *Codice dei contratti pubblici*, e 192, TUEL).
A seguire la P.A. deve manifestare la volontà di servirsi del mercato emanando un bando di gara[80] con il quale invita i soggetti interessati a partecipare alla procedura

827/1924). Ai sensi dell'art. 32, co. 14-*bis*, D.Lgs. 50/2016, «I capitolati e il computo estimativo metrico, richiamati nel bando o nell'invito, fanno parte integrante del contratto». La loro natura giuridica – lo si è ricordato – è stata per lungo tempo controversa, e in buona sostanza è tuttora dibattuta: si discuteva (e si discute) se essi costituissero vere e proprie fonti dell'ordinamento generale, ovvero semplici norme interne di ciascun ordinamento particolare della P.A., che in quanto tali la vincolano, ma non fanno altrettanto per il contraente privato fintanto che non le abbia sottoscritte come clausole contrattuali. Può dirsi che, almeno in linea di massima, sia prevalsa (e prevalga) questa seconda tesi. Si ritiene cioè che, di regola, rispetto alla P.A., i capitolati abbiano il valore di norme interne, la loro violazione costituendo perciò soltanto un sintomo del vizio di eccesso di potere; nei confronti del privato contraente, invece, che i precetti in essi contenuti valgano quali clausole contrattuali che hanno efficacia giuridica solo se, e nella misura in cui, vengono trasferite nel contratto e sottoscritte (il contraente che non le ha sottoscritte non potrà, dunque, rivendicarne la mancanza di rispetto da parte della P.A.). Naturalmente, un peso decisivo per definirne la natura va attribuito alla forma giuridica dell'atto che approva il capitolato: laddove l''involucro' che lo contiene presenti quella propria dei regolamenti, evidentemente, sembra doversi riconoscere al capitolato natura normativa, con tutte le conseguenze che da ciò derivano quanto alla loro applicabilità ed interpretazione. Come riferisce M. IMMORDINO, *I contratti della pubblica amministrazione* cit., p. 365, «Controversa è stata la natura giuridica – se contrattuale o normativa – dei capitolati. Il tema è di rilievo, considerato che alla qualificazione (contrattuale o normativa) degli stessi è condizionata la necessità o meno, ai fini della loro applicazione, di un espresso richiamo nel contratto. Inoltre, la natura, normativa o contrattuale, loro riconosciuta influisce anche sulle regole d'interpretazione che saranno, a seconda della qualificazione accolta, quelle relative agli atti normativi o quelle codicistiche (art. 12 preleggi e artt. 1362 ss. c.c.). La tesi prevalente riconosce ai capitolati generali adottati dal Ministro competente natura regolamentare, e natura negoziale agli altri capitolati generali. Quanto ai capitolati speciali adottati dalle singole amministrazioni se ne afferma ormai concordemente la natura contrattuale, in quanto atti contenenti condizioni generali dello specifico contratto». Analogamente ritiene M. GOLA, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica. Sezione II: I contratti dello Stato e degli enti territoriali* cit., p. 338, secondo la quale per i capitolati speciali «è acquisita la natura contrattuale, mentre più dibattuta è stata in dottrina e giurisprudenza la natura dei capitolati generali, in dubbio tra la qualifica contrattuale e quella regolamentare. Dalla classificazione accolta discenderà o meno, per la loro applicazione, la necessità di un espresso richiamo nel contratto. Oggi prevale la considerazione dei capitolati generali approvati con d.p.r. come atti aventi natura regolamentare, mentre non è del tutto pacifica la definizione giuridica degli altri capitolati generali, sia pure con una prevalenza per la lettura negoziale».

[80] Che consiste in un atto amministrativo in cui sono trasposti i contenuti della determinazione a contrattare, nonché lo schema del contratto che s'intende stipulare. Come insegna M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo* cit., vol. II, pp. 384-385, «Il bando di gara presenta un aspetto interno ed un aspetto esterno. Sotto l'aspetto interno è un atto riproduttivo e integrativo della deliberazione di contrarre: riproduce il progetto di contratto […] rendendolo *schema di contratto*: lo integra con le sue clausole di attuazione, che eventualmente fossero state omesse (p. es. tempi di consegna, clausole tributarie, clausole sulle documentazioni), nonché delle clausole ordinatorie della gara, che nelle deliberazioni di contrattare non si stabiliscono, per il loro carattere esecutivo. La redazione del bando di gara si concreta quindi in un atto giuridico a se stante, esterno o interno così come per la deliberazione di contrattare; nella pratica può accadere che esso sia qualcosa di più di una semplice riproduzione e integrazione della deliberazione di contrattare e del progetto di contratto, divenendo un atto che potrebbe dirsi di sviluppo completativo dell'una o dell'altro». Il bando costituisce la *lex specialis* della gara; e tuttavia, non essendo riconosciuto quale atto normativo (sebbene l'opinione non sembri integralmente condivisibile: in proposito sia consentito rinviare a G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Jovene, Napoli, 2003, *passim*), quando un soggetto interessato a partecipare si veda illegittimamente escluso da una prescrizione contenuta nel bando, lo deve tempestivamente impugnare dinanzi al giudice amministrativo entro i termini di decadenza, altrimenti non potendo più far valere, una volta che la gara si sia conclusa, le illegittimità in parola. Il bando, inoltre, in quanto atto amministrativo, è sia annullabile, sia revocabile, in sede di riesercizio del

ISSN 2036-7821

competitiva[81]. Il *Codice dei contratti pubblici* in attuazione delle direttive U.E., prevede due criteri di aggiudicazione: quello del *prezzo più basso*, basato su una valutazione di mera convenienza economica, e quello della *offerta economicamente più vantaggiosa*, basato, invece, sulla valutazione anche di altri aspetti, di carattere qualitativo[82].

---

potere; ma, naturalmente, ciò è possibile solo fintanto che non sia stato stipulato il contratto, ovvero non sia intercorsa l'approvazione dell'aggiudicazione (nei casi in cui l'approvazione tiene luogo del contratto). È opportuno ricordare che, come rileva M. D'ALBERTI, *Lezioni* cit., pp. 365-366, «La normativa comunitaria ha imposto che al bando sia data la massima pubblicità anche mediante la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea. Il bando costituisce il presupposto indispensabile per garantire che la gara si svolga nel rispetto dei principi di imparzialità, correttezza, trasparenza e concorrenzialità: di qui la necessità che lo stesso sia formulato in maniera chiara e, soprattutto, sia idoneo a fornire agli operatori economici tutte le informazioni utili per poter presentare l'offerta migliore e poter concorrere, quindi, "ad armi pari" all'aggiudicazione del contratto (requisiti di partecipazione, documentazione da presentare, importo, durata, criterio di aggiudicazione prescelto). Il bando, infatti, vincola la stazione appaltante e la commissione aggiudicatrice della gara, che non potranno discostarsi da esso, rispettivamente, nella verifica dei requisiti di partecipazione e nello svolgimento delle operazioni di selezione e di valutazione delle offerte presentate».

[81] Come si è ricordato, oggi anche le concessioni, di regola, sono conferite all'esito di una gara. M. D'ALBERTI, *Lezioni* cit., p. 371, spiega che «La disciplina delle concessioni, prima assai scarna, trova ora una sua maggiore consistenza. Assume rilievo, in particolare, la tutela della concorrenza. È un fatto positivo, perché le concessioni sono state sempre veri e propri nemici della libera concorrenza: spesso conferite senza gara; con riconoscimento di diritti esclusivi ai concessionari; di lunga o lunghissima durata; con attribuzione ai concessionari di poteri pubblici rilevanti; con la possibilità per i concessionari di appaltare lavori o servizi in larga misura senza procedure competitive. Ora il quadro normativo cambia sensibilmente. Le concessioni sono aggiudicate in base ai principi generali di concorrenza e non discriminazione (art. 173, comma 1, che richiama l'art. 30, d.lgs. n. 50/2016). Vi è un principio che limita la durata delle concessioni al periodo di tempo strettamente necessario al recupero degli investimenti da parte del concessionario, periodo individuato in base ad un criterio di ragionevolezza (art. 168). I titolari, pubblici o privati, di concessioni già in essere e non conferite con gara sono obbligati, ricorrendo determinati presupposti, ad affidare una quota pari all'80% dei contratti di lavori, servizi e forniture mediante procedure ad evidenza pubblica: la quota da attribuirsi con tali procedure era, in base al precedente codice, prima del 40%, poi del 60%. La restante parte può essere affidata in via diretta e realizzata da società *in house*, in caso di concessionari pubblici, ovvero da società controllate o collegate, in caso di concessionari privati; l'ANAC è competente a stabilire le modalità per la verifica del rispetto di tali limiti (art. 177). Infine, per le concessioni autostradali, salve eccezioni tassative, è vietata la proroga (art. 178, comma 1). È un quadro molto più favorevole alla concorrenza».

[82] Come precisa M. D'ALBERTI, *Lezioni* cit., pp. 369-370, «Quanto […] ai criteri di aggiudicazione, il Codice ne ha delineati due: il criterio del prezzo più basso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 95, d.lgs. n. 50/2016). Nel primo caso, la scelta dell'offerta è condizionata ad una valutazione di mera convenienza economica: la discrezionalità dell'amministrazione nella scelta del contraente è, quindi, del tutto assente, posto che si tratterà di individuare meccanicamente quale delle offerte presenti il massimo ribasso rispetto all'importo base espresso nel bando di gara. Nel secondo caso, invece, la commissione giudicatrice dovrà tenere conto non solo della convenienza economica dell'offerta, ma anche di ulteriori criteri di valutazione di carattere qualitativo che siano stati preventivamente esplicitati nel bando di gara: tra cui, ad esempio, la qualità, il pregio tecnico, le caratteristiche estetiche, funzionali, ambientali o sociali (art. 95, comma 6, d.lgs. n. 50/2016). Nonostante la sussistenza di un incomprimibile ed inevitabile margine di discrezionalità tecnica in capo alla commissione giudicatrice, anche in queste ipotesi si assiste ad una progressiva attenuazione della libertà di scelta nella fase di valutazione, posto che l'ordinamento esige la rigorosa predeterminazione – già in sede di pubblicazione del bando – dei criteri valutativi di scelta e del relativo "peso" da attribuire a ciascuno di essi da parte della commissione (art. 95, comma 8, d.lgs. n. 50/2016). Rispetto al passato, la codificazione del 2016 ha superato il principio di equiordinazione dei criteri di aggiudicazione, esprimendo una netta preferenza per l'offerta economicamente più vantaggiosa, che diventa il criterio generale e residuale, laddove viceversa l'utilizzo del prezzo più basso è ammesso soltanto in alcune tassative ipotesi e richiede una specifica motivazione nei

ISSN 2036-7821

Quanto alle modalità di scelta del contraente, oltre alla circoscritta possibilità di procedere mediante affidamento diretto[83], il Codice individua le seguenti: la procedura aperta e la procedura ristretta[84]; la procedura competitiva con

documenti di gara (art. 95, commi 4-5, d.lgs. n. 50/2016). A conferma della dequotazione dell'aspetto monetario, si prevede che l'elemento relativo al costo può assumere la forma di un prezzo o costo fisso, sulla base del quale gli operatori economici competeranno solo in base a criteri qualitativi (art. 95, comma 7, d.lgs. n. 50/2016)».

[83] Ad esempio, giusta l'art. 32, co. 2, D.Lgs. 50/2016, «nella procedura di cui all'art. 36, co. 2, lettera a) e b), la stazione appaltante può procedere ad affidamento diretto tramite determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga, in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali, ove richiesti» (va ricordato, peraltro, che – giusta l'art. 51, D.L. 77/2021 – il disposto dell'art. 36, co. 2, è fino al 30 giugno 2023 derogabile).

[84] La procedura aperta e la procedura ristretta in linea di massima corrispondono, rispettivamente, all'asta pubblica e alla licitazione privata, entrambe previste dalle tradizionali norme di contabilità pubblica. Come spiega E. CASETTA, *Manuale* cit., p. 616, «L'asta pubblica è il pubblico incanto aperto a tutti gli interessati che posseggano i requisiti fissati nel bando, mentre la licitazione privata è la gara caratterizzata dal fatto che ad essa sono invitate a partecipare soltanto le ditte – in questo senso è "privata" – che, in base ad una valutazione preliminare, sono ritenute idonee a concludere il contratto (v. artt. 38 e 39, r.d. 827/1924). Da quanto premesso deriva che nell'asta pubblica e nella licitazione privata l'amministrazione predefinisce compiutamente lo schema negoziale, lasciando per così dire in bianco solo il nome del contraente e il prezzo, senza che il privato possa negoziare i contenuti del contratto. Si tratta di due modelli di gara analoghi, fatto salvo il profilo della individuazione dei partecipanti alla gara». L'A. poco avanti spiega che «Il d.lgs. 50/2016, uniformandosi alle indicazioni comunitarie, e relativamente ai contratti passivi, parla invece […] di procedura aperta o ristretta previa pubblicazione di un bando o avviso di indizione di gara, di partenariato per l'innovazione, di procedura competitiva con negoziazione, di dialogo competitivo e di procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara […]. La struttura della gara, simile nelle due ipotesi più frequenti (procedura aperta e procedura ristretta), è caratterizzata dalla presenza del bando di gara nel primo caso e, nel secondo, dall'invito, indirizzato solo agli interessati. Tali atti debbono indicare le caratteristiche del contratto, il tipo di procedura seguita per l'aggiudicazione, i requisiti per essere ammessi, i termini e le modalità da seguire per la presentazione delle offerte» (p. 617). Ed invero, l'art. 60, co. 1, D.Lgs. 50/2016, dispone che «Nelle procedure aperte, qualsiasi operatore economico interessato può presentare un'offerta in risposta a un avviso di indizione di gara. Il termine minimo per la ricezione delle offerte è di trentacinque giorni dalla data di trasmissione del bando di gara. Le offerte sono accompagnate dalle informazioni richieste dall'amministrazione aggiudicatrice per la selezione qualitativa». Invece, giusta l'art. 61, co. 1, «Nelle procedure ristrette qualsiasi operatore economico può presentare una domanda di partecipazione in risposta a un avviso di indizione di gara contenente i dati di cui all'allegato XIV, parte I, lettera B o C a seconda del caso, fornendo le informazioni richieste dall'amministrazione aggiudicatrice ai fini della selezione qualitativa»; inoltre, «A seguito della valutazione da parte delle amministrazioni aggiudicatrici delle informazioni fornite, soltanto gli operatori economici invitati possono presentare un'offerta. Le amministrazioni aggiudicatrici possono limitare il numero di candidati idonei da invitare a partecipare alla procedura in conformità all'articolo 91. Il termine minimo per la ricezione delle offerte è di trenta giorni dalla data di trasmissione dell'invito a presentare offerte» (art. 61, co. 3). Secondo G. CORSO, *Manuale* cit., p. 439, «Nella procedura ristretta (la vecchia licitazione privata) la stazione appaltante pubblica un avviso di gara, in base al quale le imprese interessate chiedono di partecipare. A questo punto vengono diramati gli inviti a partecipare, con possibilità di escludere alcuni di quelli che hanno fatto richiesta quando l'opera, la fornitura o il servizio siano particolarmente difficili o complessi: purché nel bando siano indicati i criteri oggettivi e non discriminatori di esclusione e sia indicato un numero minimo e, possibilmente anche massimo dei candidati da invitare (art. 61)».

ISSN 2036-7821

negoziazione[85]; la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando[86]; il dialogo competitivo[87] e il partenariato per l'innovazione[88].

Aggiudicazione della gara. Stipula, approvazione, controllo ed esecuzione del contratto. Quanto all'aggiudicazione, l'organo competente «secondo l'ordinamento della stazione appaltante» approva la relativa proposta «nel rispetto dei termini» previsti dall'ordinamento in parola, decorrenti dal ricevimento della proposta di aggiudicazione» (art. 33, co. 1, *Codice dei contratti*)[89]. La «eventuale approvazione del contratto stipulato» – che «è sottoposta ai controlli previsti dai rispettivi ordinamenti delle stazioni appaltanti» – «avviene nel rispetto dei termini e secondo procedure analoghe a quelle di cui al comma 1» (co. 2). In base a quanto dispone, invece, l'art. 32, co. 6, «L'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta» dell'aggiudicatario, essa diventando «efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti» (co. 7).

Una volta che l'aggiudicazione sia divenuta efficace, «e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione deve aver luogo entro il termine di sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario» (art. 32, co. 8)[90]. D'altra parte, «Il contratto non può comunque essere stipulato prima di

[85] L'art. 62, co. 1, *Codice dei contratti pubblici*, così stabilisce: «Nelle procedure competitive con negoziazione qualsiasi operatore economico può presentare una domanda di partecipazione in risposta a un avviso di indizione di gara contenente le informazioni di cui all'allegato XIV, parte I, lettere B o C, fornendo le informazioni richieste dall'amministrazione aggiudicatrice per la selezione qualitativa».

[86] Giusta l'art. 63, co. 1, *Codice dei contratti pubblici*, la 'procedura negoziata' può svolgersi anche senza previa pubblicazione di un bando di gara, ma solo «Nei casi e nelle circostanze indicati» dalla legge e «le amministrazioni aggiudicatrici» sono tenute a dar «conto con adeguata motivazione, nel primo atto della procedura, della sussistenza dei relativi presupposti».

[87] La modalità, mutuata dall'ordinamento europeo, del cd. 'dialogo competitivo' non trova corrispondenza nella storia della legislazione italiana di contabilità pubblica, e, forse anche per questo, sembra non incontrare grande successo nella pratica: l'art. 3, co. 1, lett. vvv), prevede che il dialogo competitivo è «una procedura di affidamento nella quale la stazione appaltante avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura, al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati sono invitati a presentare le offerte; qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare a tale procedura».

[88] Secondo il disposto dell'art. 65, co. 1, *Codice dei contratti pubblici*, «Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori possono ricorrere ai partenariati per l'innovazione nelle ipotesi in cui l'esigenza di sviluppare prodotti, servizi o lavori innovativi e di acquistare successivamente le forniture, i servizi o i lavori che ne risultano non può, in base a una motivata determinazione, essere soddisfatta ricorrendo a soluzioni già disponibili sul mercato, a condizione che le forniture, servizi o lavori che ne risultano, corrispondano ai livelli di prestazioni e ai costi massimi concordati tra le stazioni appaltanti e i partecipanti».

[89] Come spiega E. CASETTA, *Manuale* cit., p. 627, «In senso proprio, l'aggiudicazione è l'atto amministrativo con cui viene accertato e proclamato il vincitore da parte del soggetto che presiede la celebrazione dell'asta o la commissione di valutazione».

[90] Inoltre, nel caso che «la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, ovvero il controllo di cui all'articolo 12, comma 3, non avviene nel termine ivi previsto, l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto». La disposizione prosegue precisando che «All'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate. Nel

ISSN 2036-7821

trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione» (co. 9)[91].

Relativamente alla efficacia del contratto stipulato, essa com'è ovvio viene subordinata all'«esito positivo dell'eventuale approvazione e degli altri controlli previsti dalle norme proprie delle stazioni appaltanti» (art. 32, co. 12). Va ricordato, infine, che la esecuzione del contratto – la quale, giusta l'art. 32, co. 13, «può avere inizio solo dopo che lo stesso è divenuto efficace, salvo che, in casi di urgenza, la stazione appaltante ne chieda l'esecuzione anticipata, nei modi e alle condizioni previste al comma 8»[92] – segue in via prevalente la disciplina civilistica. Anche nella fase di esecuzione, peraltro, possono ricorrere momenti in cui si manifestano esigenze di tipo pubblicistico[93].

Le conseguenze del riesercizio del potere nella evidenza pubblica e gli effetti dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione sul contratto stipulato con il privato. Resta da spiegare se, ed eventualmente in che misura, il riesercizio del potere amministrativo – anch'esso, nell'attività di diritto civile, intersecandosi con l'autonomia negoziale – interferisca sui contratti stipulati dalla P.A. (fermo restando, evidentemente, che i contratti in parola si possono 'estinguere' secondo la disciplina del Codice civile, o, comunque, secondo quel che stabilisce lo stesso contratto: così come, forse un po' pleonasticamente, dispone l'art. 21-*sexies*, L. 241/1990, ai sensi del quale «Il recesso unilaterale dai contratti della pubblica amministrazione è ammesso nei casi previsti dalla legge o dal contratto»).

---

caso di lavori, se è intervenuta la consegna dei lavori in via di urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori, ivi comprese quelle per opere provvisionali».

[91] Come chiarisce M. D'ALBERTI, *Lezioni* cit., p. 363, «L'amministrazione è tenuta a stipulare il contratto, con l'operatore privato selezionato a seguito della gara, nel termine di sessanta giorni dall'aggiudicazione divenuta efficace e comunque, salvo talune eccezioni, non prima di trentacinque giorni dalla comunicazione della stessa, così da garantire il diritto delle altre imprese non aggiudicatarie di ricorrere dinanzi al giudice amministrativo contro il provvedimento di aggiudicazione (è il cosiddetto termine di *standstill* sostanziale: art. 32, commi 8-10). Inoltre, se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato per i venti giorni successivi alla notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado (*standstill* processuale) (art. 32, comma 11; sul punto si veda TAR Lazio, Roma, Sez. II-*bis*, n. 5055/2018)». Quanto alla forma, la norma prevede che «Il contratto è stipulato, a pena di nullità, mediante atto pubblico notarile informatico, ovvero, in modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, in forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante della stazione appaltante o mediante scrittura privata» (art. 32, co. 14).

[92] Come riferisce M. IMMORDINO, *I contratti della pubblica amministrazione* cit., p. 382, «L'esecuzione del contratto stipulato può essere subordinata ad approvazione da parte dell'organo competente, nonché agli ulteriori controlli previsti dalle norme proprie delle stazioni appaltanti (art. 32, comma 12). L'approvazione è configurabile come *condicio iuris* di efficacia del contratto e conclude il procedimento di formazione del consenso dell'amministrazione».

[93] Una volta divenuto efficace, il contratto – come chiarisce M. IMMORDINO, *I contratti della pubblica amministrazione* cit., p. 382 – «può essere eseguito nel rispetto delle regole di dirito comune, data la sua natura privatistica».

ISSN 2036-7821

Non v'è dubbio, infatti, che, trattandosi di provvedimenti amministrativi, gli atti che precedono la stipula sono annullabili, in sede di autotutela, per la inesauribilità della cura dell'interesse pubblico che sottende e giustifica ogni potere amministrativo[94].
Naturalmente, una siffatta indiscutibile esigenza – data la particolarità del caso, che vede implicata l'autonomia negoziale del contraente privato, il quale perciò non può essere considerato alla stregua di semplice destinatario di un provvedimento amministrativo – deve essere necessariamente combinata con il principio di tutela dell'affidamento che garantisce il contraente privato risultato aggiudicatario della gara. Ciò impone alla P.A. uno speciale rigore nell'esplicitare le ragioni che giustificano il provvedimento di secondo grado, formalmente nel corpo della motivazione dell'atto[95].
Bisogna ora interrogarsi sugli effetti dell'annullamento di uno dei provvedimenti che precedono, e in buona sostanza fondano, il contratto, e segnatamente, in particolare, quello di aggiudicazione, e ciò a prescindere dal fatto che l'annullamento sia stato decretato in sede di riesercizio del potere, amministrativa giustiziale, o giurisdizionale amministrativa. In altre parole, bisogna domandarsi quale sorte tocchi al contratto una volta che sia stato annullato il provvedimento di aggiudicazione. E la risposta non può essere altra che, in linea di massima, l'annullamento del provvedimento 'travolge' il contratto, pregiudicandone la validità e mettendone a rischio il perdurare della efficacia.
A questo proposito, invero, si deve ricordare che l'art. 121, co. 1, C.P.A., stabilisce che, nei quattro casi esplicitamente individuati, «Il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto», e che, nel farlo, deve

[94] Diversamente opina A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato* cit., p. 429, secondo cui «una volta conclusasi la procedura negoziale – durante la quale, peraltro, non sono stati esercitati poteri discrezionali in senso stretto – non dovrebbe esservi più spazio per porre in essere interventi in autotutela incidenti sul regime amministrativo presupposto, posto che quest'ultimo ha esaurito la propria funzione nel momento in cui ha garantito la trasparenza e ha assicurato la giustiziabilità della scelta da parte dei concorrenti: e la decisione sulla validità del contratto e sulla eventuale incidenza dei vizi intervenuti nella fase propedeutica è affidata al giudice del contratto e, solo eccezionalmente, al giudice amministrativo, nei limiti dei presupposti stabiliti dalla legge». Nella opinione dell'A., «la fase propedeutica alla stipula del contratto – nonostante sia sottoposta ad un regime amministrativo – è comunque funzionale a garantire il miglior esercizio dell'autonomia negoziale da parte dei pubblici poteri all'interno delle dinamiche di mercato, nel rispetto dei limiti legislativi e degli altri obblighi imposti dall'ordinamento. Anche per questo, l'applicazione del regime amministrativo deve essere limitata ad assicurare le specifiche esigenze di trasparenza e di tutela dei terzi e, comunque, non deve costituire il presupposto (o l'occasione) né per assicurare uno spazio di controllo funzionale sull'intera operazione negoziale, né per assicurare un perpetuo "condizionamento" della fase pubblicistica su quella privatistica: una volta stipulato il negozio, infatti, si esaurisce la stessa *ratio* sottesa all'adozione dello statuto pubblicistico, dovendo le vicende del rapporto seguire necessariamente i principi, le regole e soprattutto la logica del diritto privato».

[95] M. IMMORDINO, *I contratti della pubblica amministrazione* cit., p. 384, rammenta che «Gli atti del procedimento di formazione del consenso, in quanto provvedimenti, possono altresì essere sospesi o annullati dal giudice amministrativo». L'A., subito a seguire, tiene a precisare che «La giurisprudenza riconosce l'esistenza di posizioni di interesse legittimo anche in capo ai soggetti partecipanti alla gara informale che precede solitamente la trattativa privata».

ISSN 2036-7821

precisare, «in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto, se la declaratoria di inefficacia è limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o opera in via retroattiva»[96].

Ciò nondimeno il co. 2 della stessa disposizione precisa che «Il contratto resta efficace, anche in presenza delle violazioni di cui al comma 1 qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti»[97].

Si pone poi una ulteriore questione: da chi possa essere esperita una eventuale azione di annullamento del contratto dinanzi al giudice ordinario. Secondo un consolidato

[96] I casi stabiliti dalla norma sono i seguenti: «a) se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163; b) se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti e questo abbia determinato l'omissione della pubblicità del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163; c) se il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito dall' articolo 11, comma 10, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, qualora tale violazione abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e sempre che tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento; d) se il contratto è stato stipulato senza rispettare la sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva, ai sensi dell' articolo 11, comma 10-*ter* , del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, qualora tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento». Va ricordato, inoltre, che l'art. 122 stabilisce che «Fuori dei casi indicati dall'articolo 121, comma 1, e dall'articolo 123, comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta».

[97] Il co. 2 prosegue specificando che «Tra le esigenze imperative rientrano, fra l'altro, quelle imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale. Gli interessi economici possono essere presi in considerazione come esigenze imperative solo in circostanze eccezionali in cui l'inefficacia del contratto conduce a conseguenze sproporzionate, avuto anche riguardo all'eventuale mancata proposizione della domanda di subentro nel contratto nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo di rinnovare la gara. Non costituiscono esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto, che comprendono fra l'altro i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto stesso, dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, dal cambio dell'operatore economico e dagli obblighi di legge risultanti dalla dichiarazione di inefficacia». Nella giurisprudenza amministrativa sembra configurarsi come maggioritario l'orientamento per il quale, «Dopo l'entrata in vigore delle disposizioni attuative della direttiva comunitaria 2007/66/CE, ora trasfuse negli artt. 121 e 122 del codice del processo amministrativo, in caso di annullamento giudiziale dell'aggiudicazione di una pubblica gara, spetta al giudice amministrativo il potere di decidere discrezionalmente (anche nei casi di violazioni più gravi) se mantenere o meno l'efficacia del contratto nel frattempo stipulato; il che significa che l'inefficacia non è conseguenza automatica dell'annullamento dell'aggiudicazione, che determina solo il sor gere del potere in capo al giudice di valutare se il contratto debba o meno continuare a produrre effetti». In altre parole, in difetto della dichiarazione di inefficacia del contratto da parte del G.A. «il contratto deve ritenersi valido ed efficace pur in presenza di annullamento dell'aggiudicazione» (così Cons. Stato, Sez. III, 5544/2011).

ISSN 2036-7821

orientamento della giurisprudenza civile, la titolarità di siffatta azione spetta soltanto alla P.A., solo questa potendo vantare in proposito un interesse giuridicamente rilevante. A ben riflettere, però, le cose non sembrano stare esattamente così, giacché – come appare di tutta evidenza – anche i concorrenti esclusi illegittimamente, ovvero risultati illegittimamente perdenti nella aggiudicazione della gara, presentano un interesse meritevole di tutela, laddove, ottenuto l'annullamento del provvedimento che li ha pregiudicati, non possano vedersi compiutamente soddisfatti nel caso che l'illegittimo aggiudicatario concluda indenne la esecuzione del contratto, senza cioè che questo venga in alcun modo intaccato dall'annullamento del provvedimento che lo giustifica[98].

Resta da dire, in conclusione, della questione concernente la giurisdizione competente a conoscere delle controversie insorgenti nel campo dell'attività di diritto civile della P.A., relativamente sia agli atti di ritiro dei provvedimenti che precedono il contratto, sia a quest'ultimo. Nell'avvertire che in materia gli orientamenti della dottrina e – quel che più conta – della giurisprudenza, sono in continua e costante evoluzione, e perciò tutto fuorché pacificamente univoci, è necessario ricordare, in estrema sintesi, che, in via di principio, il discrimine fra giurisdizione del giudice ordinario e giurisdizione del giudice amministrativo si basa sulla differenza della natura della situazione giuridica soggettiva che si assume lesa, che riflette la differenza della natura degli atti oggetto della controversia, e quindi la diversa fase in cui questi si collocano: quella – per gran parte, preliminare – della evidenza pubblica, e quella – per gran parte, successiva – della stipula ed esecuzione del contratto.

Secondo l'art. 133, co. 1, lett. *e*), C.P.A., peraltro, sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie: «1) relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative; 2) relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, nell'ipotesi di cui all'articolo 115 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché quelle relative ai provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi

[98] Sulla scorta di tale dubbio si è affacciata nella giurisprudenza del Consiglio di Stato la tesi secondo cui, una volta annullato il provvedimento di aggiudicazione, la sorte del contratto sarebbe sempre segnata, esso dovendosi considerare automaticamente caducato. Sulla questione, però, si è avuta una ulteriore evoluzione – come si è riferito poc'anzi – per effetto della previsione di cui agli artt. 121 e 122, C.P.A.

ISSN 2036-7821

ai sensi dell'articolo 133, commi 3 e 4, dello stesso decreto»[99]. Restano, dunque, alla competenza del giudice ordinario soltanto le controversie in cui si faccia questione puramente di responsabilità contrattuale.

8. Osservazioni conclusive: la compatibilità della 'attitudine' negoziale della P.A. con l'esercizio del potere fra superamento dei pregiudizi ideologici e rischio di (o inclinazione a) soggiacervi.

All'esito dell'analisi compiuta sembra potersi conclusivamente osservare che l'*attitudine* negoziale della P.A. costituisce indiscutibilmente la prevalente *tendenza* della legislazione, nazionale ed europea, indicando al tempo stesso la sempre più spiccata *propensione* all'utilizzo di modalità consensuali nelle varie azioni amministrative, al principale scopo di soddisfare obiettive esigenze di efficientizzazione[100].

Tali tendenza e propensione, tuttavia, devono inevitabilmente coniugarsi con la necessaria compatibilità dell'attitudine negoziale – sia pur in modo diverso a seconda che si manifesti nel perimetro degli accordi di diritto pubblico, o in quello dell'attività contrattuale della P.A. – con il conseguimento dell'interesse pubblico, cui è ontologicamente funzionalizzato l'esercizio del potere[101].

---

[99] Come si è ricordato, ovviamente, il D.Lgs. 163/2006 è oggi sostituito dal D.Lgs 50/2016.

[100] Le riassume efficacemente A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale* cit., p. 478, secondo il quale «tali esigenze sono state rinvenute nella necessità di evitare lo sperpero di pubblico denaro, nella tutela della concorrenza, nonché nella necessità di garantire alcuni margini di flessibilità nell'esecuzione del rapporto negoziale, anche per assicurare un rafforzamento dei controlli sulle controparti private».

[101] Certo, è possibile – come riferisce G. COMPORTI, *La strana metafora della «terra di nessuno»: le adiacenze possibili tra diritto pubblico e diritto privato alla luce dei problemi da risolvere* cit., pp. 534-535 – che «un organismo straordinario nato per fronteggiare un'emergenza in deroga a tutti gli assetti esistenti, e immerso in un amplissimo (anche se non completo) vuoto istituzionale e normativo, in modo da agire il più liberamente possibile senza essere condizionato da schemi e partiture preesistenti, [abbia] potuto trovare la sua strada e definire un modello di azione incentrato sulla ricerca del costante attrito con i fatti e del dialogo con tutti gli attori competenti a interloquire, in modo da assicurare, anche attraverso la sperimentazione di tecniche d'avanguardia, la ponderata considerazione e trattazione di tutti i profili e valori fondamentali in gioco». Tuttavia, appare francamente improponibile che si possa istituire un organismo del genere fuori dalla assoluta eccezionalità della vicenda (la ricostruzione del crollato ponte di Genova) che ne ha favorito la genesi. Può anche sembrare «ozioso spendere energie per sezionare il modello in esame tra ciò che è pubblico e ciò che è privato, o mettere a punto una ipotetica scala di misurazione dell'ordine di importanza dei due comparti, apparendo probabilmente più interessante capire come la necessità, svincolata da tutte le sovrastrutture ideologiche e concettuali, induca alla scoperta di evolutive combinazioni delle figure esistenti rivelando opportunità nuove e non immaginabili di impiego delle stesse». Ciò nondimeno, sebbene sia auspicabile che, «a fronte dell'inesistenza nel mondo reale di zone non contaminate dalla pressione e dall'intreccio di interessi rivali», non ci si nasconda «dietro immaginari confini o ragionando di improbabili primati», disponendosi invece «nella condizione più ragionevole per intervenire», allo scopo di porsi nella quale occorre «piuttosto affinare il coraggio di immergersi senza esitazione nelle pozzanghere esistenziali che costellano il nostro cammino e sporcarsi le mani con la nuda realtà dei fatti che costituiscono i problemi» in modo tale da «forgiare gli strumenti adatti a migliorare la nostra condizione». Purché tutto ciò si faccia in maniera tale che gli effetti ridondino beneficamente nella vita reale della stragrande maggioranza dei cittadini-utenti, e non garantiscano soltanto la *fair competition* fra i produttori, la leale competizione a difesa degli esclusivi interessi di questi ultimi.

ISSN 2036-7821

Del resto, non sembra da sottovalutare che il processo storico nel quale s'inscrive la crescente 'apertura', per così dire, verso la consensualità dell'agire pubblico è connotato in via principale dallo scopo, non di negare o superare l'autorità, bensì di democratizzarla in maniera progressivamente compiuta. In altre parole, quella che qui si è inteso denominare 'attitudine' negoziale si presenta come una delle strade (non la sola) da percorrere per rendere la P.A. sempre più permeabile rispetto ai bisogni reali della società, senza però che ciò comporti uno snaturamento tale da alterarne il tratto genetico: il suo DNA – la indubitabile funzionalizzazione all'interesse pubblico –, insomma, resta, non può che restare, intangibile[102].

Occorre perciò non smettere di rammentare che il progressivo ampliamento del ricorso alla concorrenza quale principio ispiratore e paradigmatico dell'attività negoziale mai può 'tradire' la teleologia ultima dell'azione pubblica (che ci si riferisca agli atti autoritativi epifania indiscussa di esercizio del potere, ovvero alla stipula di contratti in senso tecnico cui però è inevitabilmente sempre preordinata una fase pubblicistica, è irrilevante) [103]. La leale competizione fra i produttori privati di beni e servizi di interesse pubblico, invero, deve essere comunque praticata (non nel solo ed esclusivo interesse di questi, bensì) in maniera strumentale al conseguimento del bene comune[104]. La tutela della concorrenza, cioè, che pur costituisce un obiettivo virtuoso e meritevole d'esser perseguito in sé, ed ormai da tempo formalmente

[102] È vero – come osserva G. COMPORTI, *La strana metafora della «terra di nessuno»: le adiacenze possibili tra diritto pubblico e diritto privato alla luce dei problemi da risolvere* cit., pp. 550-551 – che «In un ambiente regolatorio sempre più caratterizzato dalla compresenza di frammenti disciplinari diversi, parlare di funzionalizzazione o finalizzazione dell'attività, per quanto possa servire talvolta "per giustificare alcune forme di specificità" […], non può anche divenire un espediente argomentativo per assicurare una larvata forma di pubblicizzazione delle tecniche di cura degli interessi a soddisfazione necessaria [come l'A., adoperando il lessico di G. Rossi, denomina gli interessi pubblici], potendo significare solo mettere l'accento sulla tensione che caratterizza il modo (professionale e responsabile) di porsi dell'amministrazione verso la scoperta e selezione delle scelte ritenute necessarie per risolvere i problemi sul tappeto. Senza che ciò ridondi anche nell'evocazione di una dotazione di strumenti decisori univocamente connotati dal punto di vista dogmatico e capaci di condizionare *ex ante* e guidare in termini contenutistici l'azione amministrativa fino al suo esaurimento». Epperò, nemmeno sembra accettabile l'esatto contrario, e cioè consegnarsi integralmente – con una buona dose di ideologica, se non proprio fideistica, fiducia – all'assunzione di strumenti rigorosamente negoziali.

[103] Al riguardo M. D'ALBERTI, *Lezioni* cit., p. 26, osserva che «Il nesso fra diritto amministrativo e mercati non diminuisce neppure nell'ultimo decennio del XX secolo, pur caratterizzato da un accentuato neoliberalismo economico. Le liberalizzazioni di vari settori economici – che riducono o eliminano alcune misure pubbliche incidenti sulle imprese, come le concessioni o le autorizzazioni amministrative, ed erodono posizioni di monopolio – non comportano affatto la fine della regolazione pubblica: ad esempio, le misure pubbliche cosiddette asimmetriche assumono un ruolo fondamentale per stabilire obblighi a carico delle imprese ex monopoliste a favore delle nuove entranti, *a garanzia effettiva della concorrenza*» (il corsivo è di chi scrive).

[104] M. D'ALBERTI, *Lezioni* cit., pp. 358-359, nell'avvertire che «il settore degli appalti pubblici riveste un'importanza economica notevole, rappresentando una quota consistente del prodotto interno lordo medio degli Stati dell'Unione europea», sostiene che, «trattandosi di una fetta così rilevante della spesa pubblica dei vari paesi, è indispensabile *garantire una concorrenza effettiva* a livello europeo per promuovere l'efficienza, il contenimento dei costi e l'innovazione. In questa prospettiva, quindi, la normativa comunitaria in materia di appalti intende *garantire a tutti gli operatori economici interessati* la possibilità di partecipare alle gare in condizioni di parità con le imprese dello Stato in cui l'appalto è bandito» (i corsivi sono di chi scrive).

ISSN 2036-7821

codificato[105], con riguardo all'azione amministrativa non può mancare di ottenere la fornitura di beni e servizi in qualità migliore ed a costi inferiori per i cittadini-utenti: l'interesse pubblico da perseguire sta nel garantire a tutti i cittadini – segnatamente alla stragrande maggioranza di essi, e non ai più forti e capaci – alcune utilità che strutturano la loro condizione di appartenenza alla comunità di riferimento.

Insomma, nel caso della produzione di beni e servizi di pubblica utilità, la morfologia giuridica dell'interesse pubblico alla tutela della concorrenza assume chiaramente una connotazione *strumentale* e non *finale*, a questo proposito risultando di importanza non secondaria la questione della verifica della effettiva capacità di soddisfare in maniera efficace i bisogni dei cittadini-utenti in relazione a tre indefettibili parametri: la qualità, i costi e la relativa 'semplicità' di lettura del quadro regolativo di riferimento.

Resta quindi fondamentale la finalità, il mezzo adoperato per conseguirla non potendo ritenersi del tutto indifferente. Non è affatto scontato, invero, che uno strumento nato per realizzare interessi privati risulti sempre perfettamente fungibile nel perseguimento dell'interesse pubblico[106]: se l'utilizzo degli strumenti privatistici consente di compromettere il perseguimento dell'interesse pubblico, è necessario trovare 'accorgimenti' che siano in grado di adattarli, così da evitare che la natura dello strumento prenda il sopravvento, lasciando di fatto declinare la finalità da pubblica a privata[107].

---

[105] Lo stesso *Codice dei contratti pubblici*, infatti, prevede che le disposizioni in esso contenute «sono adottate nell'esercizio della competenza legislativa esclusiva statale in materia di *tutela della concorrenza*, ordinamento civile, nonché nelle altre materie cui è riconducibile lo specifico contratto» (art. 2, co. 1, corsivo di chi scrive).

[106] Se infatti è innegabile quanto rileva G. COMPORTI, *La strana metafora della «terra di nessuno»: le adiacenze possibili tra diritto pubblico e diritto privato alla luce dei problemi da risolvere* cit., p. 548, e cioè che l'«interesse pubblico non può essere più rappresentato quale astratta e quasi mitologica forma di ipostatizzazione di determinati assetti organizzativi del potere pubblico, come tale capace di tradursi in tecniche necessariamente speciali e autoritative di trattazione dei rapporti soggettivi», e che esso debba essere «oggettivamente colto come risultante concreta del confronto tra fatti e bisogni/esigenze vitali che si svolge nel corso del procedimento amministrativo, e che si attinge attraverso il combinato e dosato utilizzo di istituti e tecniche differenti». Tuttavia, appare altresì difficilmente controvertibile che mai bisogna sottovalutare il rischio – segnalato in premessa – che l'utilizzo degli strumenti nati per soddisfare finalità private, per un miglior conseguimento dell'interesse pubblico, finisca poi per fuorviarne l'effettivo perseguimento.

[107] Non sembra dello stesso avviso A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale* cit., secondo il quale la prospettiva del diritto privato «concepito come *diritto comune* di tutti i rapporti giuridici fondati sul consenso – anche qualora coinvolgano la pubblica amministrazione» (pp. 483-484) non è tale da «negare la specificità della funzione, anche costituzionale, ricoperta dall'amministrazione nell'ordinamento, ma consente di dare adeguato rilievo e valore alla "neutralità" tecnica degli strumenti a cui la stessa può ricorrere per il miglior perseguimento degli interessi pubblici che le sono affidati» (p. 485). Secondo G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto* cit., p. 297, invece, «bisogna ribadire con fermezza che non è affatto vero che una disciplina integralmente privatistica sia per ciò solo più "democratica" e tuteli maggiormente la posizione del contraente privato. Affermazioni generali (e generiche) di tal fatta sono, infatti, non solo atecniche, ma anche necessariamente erronee, perché trascurano di considerare che tutto dipende da come sia costruita – a livello normativo e nella applicazione pratica – la singola fattispecie. E così, per fare solo un esempio, val la pena di ricordare che l'esercizio di un diritto potestativo (il recesso *ex* art. 1373 c.c., lo *ius variandi*, come previsto negli appalti di lavori pubblici, ecc.) è uno strumento ben più

ISSN 2036-7821

Il nitido sbilanciamento in atto per l'attitudine negoziale – anche nella trattazione manualistica –, a dire il vero, appare non di rado derivante da un pregiudizio ideologico inverso rispetto a quello della tradizione[108]: in favore non più del privilegio (ingiustificato) per il soggetto pubblico, bensì del privilegio (altrettanto ingiustificato) per il mercato e le sue regole, implacabili nel garantire i più abili e potenti, piuttosto che i meno periti e deboli[109].

---

autoritario e autoritativo di un corrispondente provvedimento unilaterale: perché di fronte al primo – se effettivamente esistente – non vi sono strumenti di tutela, né posizioni soggettive da far valere, diverse dalla pura e semplice soggezione».

[108] Lo stesso A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale* cit., p. 480, auspica e in un certo senso preconizza – ovviamente in termini di politica del diritto, e non di scienza giuridica – «*de iure condendo*, l'utilità di specifici interventi legislativi finalizzati a rimuovere o a modificare alcune previsioni che, oltre a non essere giustificate dal punto di vista delle concrete esigenze della funzione amministrativa, continuano a costituire un ostacolo alla piena applicazione del diritto privato e, soprattutto, sono foriere di notevoli incertezze giurisprudenziali». Così argomentando, peraltro, l'A. finisce per mostrare che il ragionamento proposto sembra in qualche modo anch'esso risentire di un pregiudizio ideologico, proprio quello che intende scongiurare (o almeno superare), dichiarando in premessa di voler «verificare l'eventuale persistenza, nella scienza giuridica contemporanea, di quelle ragioni ideologiche – o "metagiuridiche" – che, soprattutto agli albori della formazione del sistema, hanno contribuito ad ostacolare una piena applicazione del diritto privato all'attività consensuale delle amministrazioni pubbliche» (p. XVIII).

[109] Insomma, si tratta di capire chi sia più capace (ovvero abbia effettivamente l'intenzione) di difendere questi ultimi: se gli imprenditori (più o meno grandi) o gli «agrimensori di Palazzo Spada», usando la sprezzante locuzione adoperata da G. COMPORTI, *La strana metafora della «terra di nessuno»: le adiacenze possibili tra diritto pubblico e diritto privato alla luce dei problemi da risolvere* cit., p. 583. Secondo l'A. non vi sono «nel mondo reale zone franche, immuni dalla pressione (e considerazione) degli interessi rivali che si agglomerano intorno alle vicende esistenziali, e governate soltanto dal primitivo ingaggio del più forte. Non esistono, del pari, confini rigidi che separano, ma solo mobili frontiere vivacemente frequentate da una molteplicità di figure che, in un andirivieni continuo da (e tra) ambienti e situazioni diverse, imparano a dialogare e a scambiarsi reciprocamente punti di vista, mentalità, regole e prassi operative. Esistono, piuttosto, tecniche distinte di gestione degli interessi e dei conflitti, i cui nuclei essenziali sono anche irriducibili e non confondibili tra loro, ma che possono ben combinarsi in vario modo sul terreno neutrale, multipolare e dinamico dei rapporti giuridici che si instaurano tra soggetti coinvolti nella ricerca di soluzioni a determinate problematiche. Aperto all'innovazione e maggiormente incline allo sviluppo di una evolutiva ed effettiva grammatica dei diritti e delle libertà è quel sistema che, consapevole della ricchezza offerta dalla disponibilità e combinazione di strumenti diversi per la comprensione e trattazione della complessità dell'esistente e per la scoperta dell'ignoto, riesce a mettere i suoi attori in condizione di sperimentare e dosare le tecniche in relazione alle decentrate ed evolutive esigenze del caso, secondo copioni adattivi rispondenti alla razionalità intrinseca dei contesti e dei fatti, piuttosto che a esogene e astratte logiche di equilibrio tra poteri» (pp. 583-585). Sembra, in poche parole, la descrizione di un panorama idilliaco (un mondo, forse un po' troppo ingenuamente, accreditato di una vocazione altruistica): certo, in sé la tecnica – anche quella giuridica – è neutrale. Ma può dirsi altrettanto del suo uso? E poi, si tratta soltanto di tecnica? Quando si discute di diritti e libertà, invero, occorrerebbe chiarire a quali soggetti essi vengano riferiti. I diritti e le libertà degli imprenditori non possono essere equiparati a quelli dei cittadini-utenti: è per realizzare l'interesse di questi ultimi che esiste la P.A. Si dirà: ma è maldotata e 'scalcagnata', strutturalmente incapace di realizzare le opere pubbliche. È vero. Ma – a parte il fatto che bisognerebbe spiegare perché si sia provveduto alla sistematica demolizione del consolidato *know how* della sua tradizione – quelle opere restano pubbliche: non è dunque discutibile che spetti comunque alla P.A. 'governare' (attraverso regolazione e controlli) i 'processi' per la loro realizzazione nell'interesse dei cittadini-utenti. Bisogna pertanto «attuare la tanto attesa politica di *investimento nelle amministrazioni*. Gli obiettivi sono ormai noti e apparentemente condivisi: il *reclutamento rapido di quadri tecnici* di elevata qualificazione e la *digitalizzazione* degli atti e delle procedure relative a tutta la vita dei contratti pubblici» (così A. MASSERA e F. MERLONI, *L'eterno cantiere* cit., pp. 629-630).

ISSN 2036-7821

Si tratta di leggere, di volta in volta, il dettato normativo senza mai perdere di vista i valori predicati dalla Costituzione: dalla uguaglianza sostanziale alla finalizzazione all'utilità sociale della proprietà e dell'impresa. In altre parole, o la concorrenza applicata all'azione della P.A. si dimostra in concreto effettivamente foriera di un miglioramento nella produzione di beni e nella resa di servizi di interesse pubblico (in termini sia di qualità, sia di contenimento dei costi per i cittadini-utenti), oppure il relativo principio si rivela utile per soddisfare soltanto gli interessi dei produttori, ciò risultando incoerente con i valori ed i principi fondamentali consacrati dalla Carta.

ISSN 2036-7821