
Margherita ramajoli

Gli accordi tra amministrazione e privati ovvero della costruzione di una disciplina tipizzata

in **Diritto Amministrativo**, fasc.4, 2019, pag. 674

Sommario: 1. L'alternativa tra modelli pubblicistici e modelli privatistici di azione amministrativa. — 2. L'alternativa tra modello d'esercizio del potere amministrativo mediante provvedimento e modello d'esercizio del potere amministrativo mediante accordo. — 3. Il condizionamento pubblicistico operato dal legislatore. — 4. Il condizionamento pubblicistico operato dal giudice amministrativo. — 5. Considerazioni finali.

1. *L'alternativa tra modelli pubblicistici e modelli privatistici di azione amministrativa.* — Per lungo tempo l'agire amministrativo è stato qualificato unicamente per il suo riferimento soggettivo: originariamente era del tutto indifferente lo strumento giuridico, vuoi di diritto pubblico, vuoi di diritto privato, impiegato per la soddisfazione del fine istituzionale della cura in concreto degli interessi della collettività (1).

Solo a partire dal secondo Ottocento il provvedimento amministrativo si trova a esprimere “l'essenza stessa di una gestione esecutiva del potere” (2).

In questa logica l'atto unilaterale diviene strumento di giuridicizzazione dell'attività amministrativa al fine di soddisfare un'esigenza di garanzia, tipica dello Stato di diritto, e strumento di giustiziabilità dell'amministrazione, consentendo di far valere la pretesa a una pubblica amministrazione legittima (3).

Durante questa fase di evoluzione del diritto amministrativo sono privilegiate costruzioni provvedimentali anche per fenomeni agevolmente riconoscibili — e fino a quel momento riconosciuti — come contrattuali.

L'esempio più noto è fornito dalle concessioni di beni e servizi pubblici (4). Le motivazioni alla base della concezione provvedimentale delle concessioni di beni e servizi pubblici sono varie, visto che esigenze di garanzia dei terzi e regime speciale di supremazia risultano intrecciati all'interno del modello estrinsecantesi nel provvedimento amministrativo. In particolare, inquadrare le concessioni come atti amministrativi unilaterali è servito a radicare la cognizione delle relative controversie in capo al giudice amministrativo, ad assicurare la tutela giurisdizionale dei privati aspiranti alla medesima concessione, ma anche a giustificare l'attribuzione in capo alla pubblica amministrazione di un generale potere di revoca, al di là dei casi in cui esso fosse previsto dal disciplinare di concessione, e al tempo stesso a garantire un controllo di legittimità sulla consistenza dei motivi di interesse pubblico posti a fondamento della revoca stessa (5).

Da qui l'impostazione tradizionale che su un piano generale è stata lapidariamente espressa da Cammeo: "il diritto pubblico è il diritto comune, ordinario per i rapporti fra individuo e Stato" e "i rapporti fra individui e Stato debbono presumersi regolati dal diritto pubblico, se non v'è espressa o chiara ragione in contrario" (6).

Tuttavia la storia del diritto e la comparazione giuridica stanno a dimostrare che non vi è un unico modello necessitato di svolgimento della funzione amministrativa identificabile con il modello provvedimentale integralmente disciplinato dal diritto pubblico.

La storia è caratterizzata da un movimento ciclico, per cui atti originariamente qualificati come privati vengono poi configurati come provvedimenti per poi tornare ai giorni nostri a essere inquadrati tra gli atti negoziali. Si pensi, oltre alle già menzionate concessioni di beni e servizi pubblici, agli atti del datore di lavoro pubblico (7).

Va comunque riconosciuto (sia pure incidentalmente, perché trattasi di tema che condurrebbe troppo lontano) che questi passaggi dall'ambito pubblicistico all'ambito privatistico e viceversa non sono indolori, ma portano con sé ambiguità e incertezze, come dimostrato dal perplesso sindacato esercitato dal giudice ordinario sugli atti attualmente privati in materia di pubblico impiego (8).

Al pari della storia del diritto anche la comparazione giuridica aiuta a comprendere come la cura concreta degli interessi pubblici non richieda necessariamente il ricorso al modello provvedimentale. Uno sguardo ad altri Paesi, specie di *common law*, mostra come in alcuni ordinamenti giuridici l'avvalimento di istituti del diritto civile da parte della pubblica amministrazione per il raggiungimento dei propri obiettivi rappresenti la modalità normale di svolgimento dell'attività amministrativa (9).

Inoltre in altri ordinamenti, come in quello francese, da sempre il provvedimento e il contratto sono stati concepiti come strumenti pari ordinati d'azione amministrativa e in quanto tali conosciuti dal giudice amministrativo (10).

Ma non sono solo gli sguardi storici o comparatistici a fornire la consapevolezza che il provvedimento amministrativo sia un importante, ma non l'esclusivo modello di azione amministrativa. È stato acutamente chiarito che la Carta costituzionale non impone un preciso modulo di svolgimento delle funzioni amministrative.

Nella Costituzione “della concezione del potere come quella situazione che evoca l'idea dell'autorità, non v'è traccia” e la costruzione del potere come “modulo tipico dell'azione amministrativa” è una vicenda tutta giurisprudenziale e dottrinale. L'attività delle pubbliche amministrazioni è un fenomeno unitario, sia che si svolga secondo moduli propriamente procedimentali, sia che impieghi moduli negoziali. I modelli civilistici sono strumenti neutri, idonei a essere utilizzati per la cura concreta degli interessi della collettività, in alternativa ai modelli pubblicistici oppure in modo accessivo rispetto a questi ultimi (11).

Se si vuole rinvenire un determinato statuto costituzionale dell'amministrazione esso va ravvisato essenzialmente nell'osservanza dei principi di imparzialità e di buon andamento (12).

Ma il vincolo costituzionale al rispetto da parte della pubblica amministrazione dei principi di legalità, imparzialità, buon andamento e pienezza di tutela giurisdizionale non comporta come logica conseguenza la costituzionalizzazione di una sorta di principio di necessità della forma giuridica pubblica per l'amministrazione e per i suoi atti. In altri termini, il rispetto di tali principi non è assicurato solamente dal modulo pubblicistico d'azione amministrativa (13).

Salvo alcune eccezioni, comunque importanti (14), esiste una potenziale interscambiabilità tra strumenti di diritto pubblico e strumenti di diritto comune, quanto a effetti giuridici e risultati pratici.

Di conseguenza l'amministrazione, quando intende calarsi nella concretezza dei singoli rapporti giuridici con i privati, trova a propria disposizione un ricco armamentario di strumenti per la tutela concreta degli interessi generali, in cui diritto pubblico e diritto privato si correlano tra loro in vario modo.

Un secondo passaggio logico s'impone. Il problema dell'alternatività tra diritto pubblico e diritto privato nell'azione amministrativa va sdrammatizzato, perché le differenze di regime giuridico tra modulo pubblicistico e modulo privatistico, concepibili in astratto, risultano "ridimensionate nella realtà dell'ordinamento positivo" (15).

Infatti quando l'attività amministrativa si svolge secondo il modulo negoziale, quest'ultimo subisce rilevanti modifiche rispetto all'originaria matrice civilistica. Ovunque l'attività negoziale della pubblica amministrazione è soggetta a principi pubblicistici e disposizioni procedurali "esorbitanti" rispetto alla disciplina comune, resi necessari per la tutela di quelle esigenze di pubblico interesse che innervano indistintamente tutta l'attività amministrativa (16).

Tant'è che si è affermato che dovrebbe parlarsi non tanto di attività di diritto privato della pubblica amministrazione, quanto piuttosto d'attività giuridica della pubblica amministrazione sottoposta a una disciplina in parte pubblicistica e in parte privatistica (17), e il diritto privato dell'amministrazione è stato considerato come un diritto privato speciale (18).

Tuttavia restano fondamentali differenze tra modulo pubblicistico e modulo privatistico d'azione amministrativa. Nel nostro ordinamento giuridico prova delle diversità di regime sostanziale tra modulo pubblicistico e modulo privatistico è data dalla competenza giurisdizionale per le relative controversie. Difatti, nel caso di azione amministrativa mediante modulo pubblicistico, ossia mediante esercizio del potere, sussiste sempre e in ogni caso la giurisdizione amministrativa, che può essere generale di legittimità, ma è necessariamente speciale esclusiva qualora

l'esercizio del potere si svolga non in via unilaterale (artt. 7, comma 1, e 133, lett. a, c.p.a.). Invece l'attività della pubblica amministrazione mediante modulo privatistico è, frammentariamente, sottoposta a una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo per quanto riguarda le procedure di affidamento, mentre le vertenze relative all'esecuzione del contratto spettano alla cognizione del giudice ordinario (art. 133, lett. e, c.p.a.) (19).

Pertanto, alla luce del diritto positivo non solo il modello d'azione tramite provvedimento, ma anche il modello d'azione tramite contratto posseggono una sufficiente determinatezza al punto da assurgere a vere e proprie tipologie giuridiche, conservando nel corso del tempo connotati minimi indefettibili (20).

2. L'alternativa tra modello d'esercizio del potere amministrativo mediante provvedimento e modello d'esercizio del potere amministrativo mediante accordo.

— La dialettica tra pubblico e privato non è declinabile unicamente come alternativa tra il modulo pubblicistico — ovvero il modulo dell'esercizio del potere — , da un lato, e il modulo negoziale, dall'altro lato. La dialettica tra pubblico e privato si articola anche, nell'ambito del modulo pubblicistico, come alternativa tra l'esercizio del potere tramite provvedimento, da un lato, e l'esercizio del potere tramite accordo, dall'altro lato. Come ha puntualmente osservato Cerulli Irelli, “questione diversa da quella dell'utilizzo del modulo negoziale come alternativo al modulo dell'esercizio del potere è quella dell'utilizzo di moduli consensuali nell'ambito del procedimento amministrativo, secondo lo schema da taluno denominato con la terminologia in uso in Germania contratto di diritto pubblico” (21).

In quest'ipotesi il modulo convenzionale tra pubblica amministrazione e privati, pur rientrando in via di principio nell'area del negozio, costituisce una possibile modalità per la conclusione del procedimento amministrativo ovvero per la definizione di alcuni elementi del provvedimento amministrativo e perciò “si iscrive senz'altro nel modulo di esercizio del potere”. Sul piano dogmatico l'accordo è collocabile all'interno di una fattispecie procedimentale e quindi di un rapporto di diritto pubblico ed è del tutto distinto dai moduli di diritto comune che si pongono come alternativi all'esercizio del potere e al procedimento (22). Gli accordi, in quanto inseriti all'interno di un procedimento amministrativo “costituiscono pur sempre espressione di un potere discrezionale della stessa pubblica

amministrazione”, sono dunque “moduli convenzionali di esercizio del potere amministrativo” (23).

In Italia il superamento del dogma della necessaria unilateralità dell'esercizio del potere amministrativo è avvenuto a livello di riflessione dottrinale prima che a livello di diritto positivo. O meglio, la riflessione dottrinale ha cercato di passare da alcune esperienze sperimentate in via di prassi o in via legislativa ma limitate ad ambiti di diritto amministrativo speciale (in particolare, nel settore edilizio e nel settore urbanistico) all'enucleazione di una tipologia giuridica generale di accordo amministrativo (24).

È stato soprattutto Nigro a sostenere l'idea che l'accordo tra amministrazione e privati sia uno strumento ordinario di amministrazione, in quanto alternativo al provvedimento per l'esercizio della funzione amministrativa. L'accordo va “visto e compreso non già come una rottura del procedimento, come una soluzione eccezionale ed anomala dei problemi aperti dall'iniziativa di procedimento, ma come uno sbocco alternativo all'atto e come questo direttamente e coerentemente discendente dallo sviluppo dello stesso procedimento, nel cui complesso dispiegarsi ... si pongono le premesse e si creano le condizioni per la formazione di quella consensualità che l'accordo porta alle sue naturali conseguenze” (25).

Sempre Nigro, questa volta nella veste di promotore dell'originario schema di disegno di legge dal quale sarebbe sorta, ampiamente rimaneggiata, la legge n. 241/1990, aveva formulato “il principio della contrattualità”, motivando espressamente le ragioni del *favor* per la conclusione di accordi. Recita l'art. 5 dello schema di disegno di legge che l'amministrazione “favorirà la conclusione di accordi fra di essa e gli interessati, senza pregiudizio dei diritti dei terzi” “allo scopo di accelerare lo svolgimento dell'azione amministrativa e disciplinare con maggiore stabilità e precisione i comportamenti propri e dei privati oltre che i diritti e doveri reciproci” (26).

Indubbi e vari sono i vantaggi insiti nell'utilizzo dell'accordo nelle relazioni tra pubblica amministrazione e privati: l'accordo consente, in virtù della formazione bilaterale delle decisioni, di ottenere “un equilibrio sull'assetto degli interessi altrimenti non raggiungibile per via autoritativa”, e, in particolare, mentre l'accordo sostitutivo “fornisce ad entrambe le parti un'utilità maggiore di quella della mera

adozione del provvedimento finale altrimenti non vi sarebbe alcun motivo pratico di stipulare l'accordo che finirebbe con l'essere un doppione del normale canale autoritativo", l'accordo preliminare "mira alla prevenzione del contenzioso e realizza una posizione mediana fra posizioni altrimenti inconciliabili, aventi ad oggetto il contenuto del provvedimento (non l'esito genericamente favorevole del procedimento)" (27) ; assicura "atipicità di contenuti decisionali, interdipendenza e continuità di atti" (28) ; ha in sé la garanzia della sua esecuzione in quanto deve essere realizzato dagli stessi soggetti che lo hanno voluto, mentre l'uso di metodi autoritativi comporta il rischio della disobbedienza e il dovere dell'esecuzione forzata autoritaria e d'ufficio (29).

Inoltre l'accordo, in quanto modulo di diritto pubblico, coniuga potenzialmente in sé i vantaggi degli strumenti pubblicistici e i vantaggi degli strumenti privatistici. Così esso risulta idoneo a garantire i terzi verso l'esercizio del potere, estende e rafforza l'ambito della tutela giurisdizionale, sia sul versante soggettivo, aprendo l'accesso alla tutela a tutti i titolari di interessi protetti e non alle sole parti del rapporto, sia sul versante dell'oggetto della cognizione riservata al giudice, che penetra all'interno dei processi decisionali (30).

3. *Il condizionamento pubblicistico operato dal legislatore.* — Il legislatore della legge n. 241/1990 ha accantonato, oltre al principio di contrattualità, anche un'ulteriore idea di Nigro, che probabilmente avrebbe mutato volto e percezione dell'attività amministrativa e quindi pure degli accordi pubblicistici. Si tratta dell'indicazione in base alla quale l'attività amministrativa "si ispira al principio della libertà delle forme" (31).

Il mancato superamento del formalismo e della tipicità dell'agire amministrativo ha portato con sé, tra l'altro, il problema di individuare la disciplina giuridica degli accordi tra pubblica amministrazione e privati, introdotti in via generale dalla legge sul procedimento amministrativo. Tale disciplina, valevole sia per gli accordi procedurali, sia per gli accordi sostitutivi, è stata dettata dal legislatore essenzialmente mediante alcune mere indicazioni di massima.

È noto che agli accordi tra amministrazione e privati si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili (art. 11, comma 2, della legge n. 241/1990). Questa

clausola di compatibilità significa “soltanto che le norme generali del codice in materia di obbligazioni e contratti sono applicabili agli accordi amministrativi in quanto non contrastanti con le disposizioni specifiche relative a questi o alle obbligazioni in essi dedotte; così come le medesime norme generali sono applicabili a tutti i contratti nella misura in cui le stesse non contrastino con disposizioni particolari dedicate a singoli tipi contrattuali” (32).

L'esito dell'opzione generale espressa dal comma 2 dell'art. 11 è un regime giuridico caratterizzato dalla compresenza di elementi di diritto amministrativo ed elementi di diritto civile. Ma, come già sopra sottolineato, la combinazione tra regole pubblicistiche e regole privatistiche non è un'esclusiva dell'istituto, in quanto essa caratterizza trasversalmente tutta l'attività amministrativa. A prescindere da una disposizione di legge come l'art. 1, comma 1-*bis*, della legge n. 241/1990 (33), il cui significato, il cui campo di applicazione e la cui effettività risultano di non immediata comprensione, l'attività propriamente contrattuale della pubblica amministrazione è solo in parte sottoposta alle regole del diritto civile, visto che è pubblicisticamente condizionata da molte disposizioni e istituti — che attualmente trovano precipitato concreto nel codice dei contratti pubblici — intesi ad assicurare vuoi la funzionalizzazione agli interessi della collettività, vuoi la tutela dei terzi.

Tuttavia, nonostante la contrapposizione tra modello pubblico e modello privato d'azione amministrativa debba sicuramente essere sdrammatizzata, è dubbia l'esistenza di una tipologia giuridica sufficientemente precisa di accordo tra amministrazione e privati. Concepire l'accordo come un istituto giuridico dotato di una propria autonomia presuppone che l'accordo stesso possieda un ben definito regime giuridico, non confondibile con altri regimi e in particolare con quello provvedimento unilaterale; in secondo luogo, presuppone che il relativo regime giuridico abbia un margine di resistenza oltrepassato il quale si sconfini in altri distinti istituti.

Ora, la già menzionata opzione espressa dal comma 2 dell'art. 11, secondo cui i principi del codice civile sono applicabili in quanto compatibili e quindi in mancanza di un'apposita disciplina pubblicistica, produce un'immediata conseguenza: il legislatore prima e il giudice amministrativo poi sono stati chiamati, sia pure a differenti livelli, a cimentarsi con la costruzione della disciplina dell'istituto. In altri termini, nel caso degli accordi la mescolanza tra diritto pubblico e diritto privato è in

buona parte da creare e con essa la precisazione di una tipologia giuridica che corrisponda all'accordo amministrativo. Operazione tutt'altro che agevole, stante il collocarsi dell'accordo a metà strada tra il provvedimento e il contratto: “a causa dei profili di stampo giuspubblicistico che si accompagnano allo strumento dichiaratamente contrattuale, (gli accordi) rappresent(a)no un istituto di complessa ricostruzione” (34).

Dunque la disciplina degli accordi è il risultato sia di alcune — circoscritte — prese di posizione legislative, sia di concrete scelte giurisprudenziali che mirano a trascendere i casi di specie.

Per quanto riguarda le prime, il legislatore ha voluto dettare espliciti segmenti di disciplina spiccatamente pubblicistica per gli accordi amministrativi, senza però fornire un'integrale regolamentazione all'istituto (35).

Così, ad esempio, il contenuto dell'accordo non può discostarsi dal quello del provvedimento sostituito in tutto o in parte da esso e l'efficacia dell'accordo sostitutivo richiede il superamento della fase del controllo in quanto l'accordo è soggetto ai medesimi controlli previsti per il provvedimento sostituito (art. 11, commi 1 e 3) (36).

In secondo luogo il legislatore fin da subito ha inteso introdurre un'ipotesi di giurisdizione esclusiva per tutte le controversie in materia non solo di formazione e di conclusione, ma anche di esecuzione del rapporto, in cui dovrebbe essere meno marcato l'esercizio di un potere discrezionale della pubblica amministrazione (originariamente art. 11, comma 5, della legge n. 241/1990, ora art. 133, comma 1, lett. a, n. 2, c.p.a.) (37).

Di conseguenza, stante il diverso criterio di riparto della giurisdizione previsto dal legislatore in materia di contratti pubblici, per i quali la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo investe le sole controversie relative alla fase dell'evidenza pubblica, ricadendo invece quelle sull'esecuzione nella giurisdizione del giudice ordinario, ascrivere un determinato rapporto convenzionale al modello degli accordi oppure a quello contrattuale significa anche ricondurre le controversie relative alle pretese di una corretta esecuzione del rapporto originato dalle convenzioni alla giurisdizione amministrativa oppure a quella ordinaria (38).

Nel corso del tempo il legislatore ha provveduto a rafforzare lo statuto pubblicistico degli accordi, rendendo il suo regime sempre più simile a quello proprio del provvedimento amministrativo. Rientra in questa logica la previsione di un obbligo di motivazione degli accordi, oltretutto formulato in maniera tale da rendere evidente il parallelismo con la motivazione dell'atto unilaterale (ultimo alinea del comma 2, aggiunto dalla legge n. 190/2012) (39).

Quanto alla previsione secondo cui la stipula dell'accordo debba essere preceduta da una determinazione dell'organo competente per l'adozione del provvedimento "a garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa" (comma 4-*bis*, aggiunto dalla legge n. 15/2005), essa è stata ritenuta in contrasto con il "principio della fungibilità fra contratto e provvedimento" e nello specifico caso dell'accordo integrativo "produce come conseguenza che quest'ultimo si collocherà tra un provvedimento precedente e un provvedimento successivo" in modo "del tutto barocco" (40). Si è poi osservato che a seguito di questa modifica tutti gli accordi "regrediscono al vecchio modello *a doppio grado*, in cui era il provvedimento il punto di emersione del giuridicamente rilevante, abbastanza servente restando la successiva fase negoziale" (41).

Emblema dell'intenzione legislativa di posizionare la disciplina degli accordi in un ambito spiccatamente pubblicistico è il modo in cui è stato regolamentato l'eventuale scioglimento dal vincolo derivante dall'accordo.

Per quanto attiene alla disciplina privatistica pura, il negozio giuridico si caratterizza per legare le parti (art. 1372 c.c.), cui non è permesso sciogliersi unilateralmente dal vincolo salvo i casi espressamente previsti dalla legge, e l'efficacia degli atti negoziali non può essere rimossa, salvo accordo tra le parti, se non in virtù di un provvedimento giurisdizionale (42).

Completamente diverso è il regime vigente per quanto riguarda la disciplina pubblicistica che si manifesta tramite provvedimento amministrativo. La pubblica amministrazione dispone sempre del potere di rivalutare quanto già disposto, di riprendere in considerazione precedenti provvedimenti della cui validità oppure della cui opportunità essa abbia ragione di dubitare, assumendo se del caso misure in ordine a siffatti provvedimenti; ciò che, con termine non propriamente

tecnico, prende il nome di autotutela amministrativa (43).

Nel disciplinare l'accordo il legislatore ha così voluto coniugare il fatto che l'accordo stesso non avrebbe potuto essere sottoposto integralmente al regime dell'autotutela, "salvo vanificarne la stessa ragion d'essere" (44), con il fatto che esso non avrebbe neppure potuto esserne completamente immune, visto che l'impegno assunto dall'amministrazione tramite un accordo non può risultare vincolante in termini assoluti, in quanto pur sempre relativo all'esercizio di pubbliche potestà (45).

Di qui la previsione di quella che con un fortunato neologismo Cerulli Irelli ha definito autotutela legata, e cioè d'un recesso unilaterale della pubblica amministrazione dall'accordo in ragione di sopravvenuti motivi di interesse pubblico (art. 11, comma 4) (46). Si tratta di un recesso molto diverso dal recesso unilaterale contemplato all'art. 1373 c.c., essendo un provvedimento di secondo grado su un atto preesistente "legato" nella sua causa (all'esclusivo ricorrere di pubblici interessi sopraggiunti) e nei suoi effetti (comportando in capo all'amministrazione un obbligo d'indennizzo del danno subito dal privato).

Tuttavia, oltre a questa specifica forma di autotutela, il legislatore non ha voluto introdurre espressamente altre forme di intervento unilaterale successivo nei confronti dell'accordo. In tal senso deve avere giocato un ruolo il fatto che ricorrendo allo strumento dell'accordo il potere amministrativo si trova limitato e condizionato dalla presenza di situazioni di diritto soggettivo in capo alla parte privata, fondate sul contenuto convenzionale del procedimento prescelto.

4. *Il condizionamento pubblicistico operato dal giudice amministrativo.* — La ritrosia legislativa ha reclamato l'intervento della giurisprudenza, chiamata a pronunciarsi creativamente su aspetti nevralgici della disciplina degli accordi.

Così il giudice amministrativo, partendo dal già menzionato presupposto che l'impegno assunto dalla pubblica amministrazione non possa risultare vincolante in termini assoluti, dal momento che riguarda l'esercizio di pubbliche potestà, ha riconosciuto in capo all'amministrazione sia un generale potere di modifica unilaterale sia un potere d'annullamento d'ufficio dell'accordo. A detta del Consiglio di Stato infatti l'esercizio del potere di recesso normativamente previsto "non

esaurisce il novero di possibili modalità di esercizio del *ius poenitendi* rispetto alla fattispecie caratterizzata dalla conclusione dell'accordo" (47).

Per quanto riguarda la *potestas variandi*, la giurisprudenza include all'interno dello *ius poenitendi* lo *ius variandi*, per cui "legittimamente l'Amministrazione, in presenza di un interesse pubblico sopravvenuto, ha la facoltà di introdurre nuove previsioni" (48). Ciò senza rinegoziare con i privati le clausole da modificare, alterando così in via unilaterale l'equilibrio dell'accordo (49).

Ma soprattutto secondo la giurisprudenza "non può dubitarsi della possibilità per l'amministrazione di adottare altresì provvedimenti di annullamento d'ufficio al ricorrere dei presupposti di cui all'articolo 21-*nonies* della l. 241 del 1990" (50). La giurisprudenza amministrativa estende così all'accordo l'integrale regime pubblicistico del provvedimento "a prescindere dal mancato espresso richiamo da parte del legislatore" (51).

Non solo. La giurisprudenza abbraccia pure la ricostruzione dell'annullamento d'ufficio meno garantista per il privato, ritenendo che per l'esercizio del relativo potere non occorra neppure l'esplicitazione delle ragioni di interesse pubblico sottese all'adozione del provvedimento di ritiro allorché venga in rilievo l'interesse pubblico a non determinare un ingiustificato esborso di risorse a carico della finanza pubblica (52).

Questa costruzione pretoria del regime giuridico degli accordi amministrativi suscita perplessità sia avendo riguardo al rispetto del principio di legalità, sia considerando il possibile snaturamento del modello tipologico dell'accordo, i cui tratti privatistici si fanno viepiù recessivi fino quasi a scomparire. Dovrebbe costituire nucleo ineliminabile della disciplina degli accordi il fatto che l'amministrazione nel momento in cui aderisce all'accordo esaurisce il suo potere discrezionale a circostanze immutate e il vincolo scaturente dall'accordo stesso è superabile unicamente per sopravvenute esigenze d'interesse pubblico. Il modello tipologico dell'accordo necessariamente deve poggiare sulla serietà del vincolo e sull'affidamento della controparte alla sua stabilità (53).

Anche in altre occasioni la giurisprudenza ha interpretato l'espressione normativa per cui agli accordi si applicano, "ove non diversamente previsto, i principi del

codice in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili” valorizzando, piuttosto che il profilo della libera negoziazione, “la tradizionale posizione di supremazia” della pubblica amministrazione (54) e “la irriducibile natura autoritativa del potere esercitato, sia pure con moduli negoziali” (55).

Ad esempio, la penale richiesta a titolo di sanzione per l'inosservanza delle pattuizioni convenzionali è stata inquadrata non alla stregua della clausola penale di cui all'art. 1382 c.c., bensì come sanzione a salvaguardia del raggiungimento delle finalità di pubblico interesse sottese all'esercizio del potere. In questa logica, la penale assolve il compito “non già di *rafforzamento* del vincolo contrattuale e dunque della garanzia di corretto adempimento delle obbligazioni assunte”, essendo solo eventuale la sua funzione di liquidazione preventiva del danno da inadempimento, bensì di “tutela del raggiungimento dell'interesse pubblico perseguito” (56).

Anche in questa ipotesi l'inquadramento integralmente pubblicistico della disciplina compiuto dal giudice amministrativo comporta conseguenze concrete. Il riconoscimento di una natura sanzionatoria della penale esclude l'applicabilità dell'art. 1384 c.c., che consente al giudice di diminuire la penale stessa “se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l'ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento”. Secondo il giudice infatti “qualora si intendesse fare applicazione del principio di riduzione equitativa della penale anche per le sanzioni”, il giudice “interverrebbe, per un verso, sul contenuto precettivo della norma che prevede la sanzione”, “per altro verso, eserciterebbe indebitamente un potere discrezionale attribuito all'amministrazione” (57).

Sempre in quest'ottica la giurisprudenza ha ritenuto, con riferimento agli accordi c.d. orizzontali, ossia tra distinte pubbliche amministrazioni (art. 15 della legge n. 241/1990), che l'assoluto difetto di competenza in cui sarebbe incorso uno dei soggetti pubblici stipulanti determini la nullità dell'accordo. La soluzione adottata si fonda sull'applicazione diretta dell'art. 21-*septies* della legge sul procedimento amministrativo, disposizione però espressamente ed esclusivamente riferita ai provvedimenti amministrativi (58).

Il rinvio ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, contenuto

nel comma 2 dell'art. 11, viene letto in maniera ribaltata, mentre non si dovrebbe “di volta in volta trovare una giustificazione all'applicazione di regole di diritto privato in deroga alla disciplina propriamente amministrativa, ma è semmai l'applicazione di quest'ultima in deroga al diritto comune a dover essere supportata da oggettive e non altrimenti appagabili ragioni di funzionalizzazione” (59).

5. *Considerazioni finali.* — Il metodo tipologico ha un senso nella misura in cui permette di verificare la coerenza della disciplina di un istituto, la quale però non è mai riconducibile alla somma delle disposizioni legislative, né tanto meno può essere data da astratte costruzioni dogmatiche, ma dipende in ultima analisi dall'applicazione giurisprudenziale di quelle disposizioni (60).

Ora proprio l'applicazione giurisprudenziale evidenzia che l'accordo non corrisponde a una specifica tipologia, in quanto è pressoché completamente assimilato alla tipologia del provvedimento amministrativo. Il combinato disposto di un legislatore avaro di indicazioni puntuali (61) e di una giurisprudenza incline a introdurre regole pubblicistiche a prescindere da un mancato espresso richiamo normativo, anziché applicare in via complementare e integrativa la disciplina privatistica per i profili non coperti da quella pubblicistica, impedisce agli accordi amministrativi di assurgere a figura generale. Con la rilevante conseguenza pratica che la fattispecie contemplata all'art. 11 è scarsamente utilizzata come fondamento di diritto positivo a sé stante per concludere accordi tra amministrazioni e privati (62).

Certamente non è facile conciliare la cura dell'interesse pubblico con un serio vincolo contrattuale. Certamente, su un piano ancora più generale, “la dialettica tra diritto amministrativo-diritto comune e il problema di individuare i confini tra le due discipline dell'azione amministrativa, la possibile alternatività tra i due tipi di strumenti, la prevalenza reciproca dell'uno sull'altro nello complessa casistica amministrativa, se si affrontano in maniera meno superficiale di quanto appare nel dibattito corrente, risulta assai più articolata e perplessa” (63).

Ma proprio per questo, se l'accordo amministrativo ambisce ad essere un *tertium genus* tra provvedimento e contratto, sufficientemente caratterizzato e sufficientemente appetibile per i privati, occorre che la relativa disciplina giuridica rispecchi la sua natura mista. Se negli accordi, specie in quelli sostitutivi, coesiste

la medesima capacità che avrebbe avuto il provvedimento sostituito di costituire, modificare, estinguere poteri o facoltà della parte privata, con l'assunzione d'obbligazioni di diritto civile, al cui adempimento entrambe le parti sono reciprocamente vincolati, il condizionamento pubblicistico dell'accordo non può essere mai totale, bensì limitato a quelle parti in cui i rapporti tra i contraenti dell'accordo sono, per legge o per pattuizione convenuta, disciplinate in maniera particolare rispetto al contratto di diritto civile.

Abstract

Alla luce del diritto positivo non solo il modello d'azione tramite provvedimento, ma anche il modello d'azione tramite contratto posseggono una sufficiente determinatezza al punto da assurgere a vere e proprie tipologie giuridiche, conservando nel corso del tempo connotati minimi indefettibili. Invece è dubbia la sussistenza di una ben precisa tipologia giuridica di accordo amministrativo. Concepire l'accordo amministrativo come un istituto giuridico dotato di una propria autonomia presuppone che l'accordo stesso abbia un regime giuridico definito, non confondibile con altri regimi e in particolare con quello provvedimentale; in secondo luogo, presuppone che il relativo regime giuridico abbia un margine di resistenza oltrepassato il quale si sconfini in altri distinti istituti. Tuttavia il combinato disposto di un legislatore avaro di indicazioni puntuali e di una giurisprudenza incline a introdurre regole pubblicistiche a prescindere da un mancato espresso richiamo normativo, anziché applicare in via complementare e integrativa la disciplina privatistica per i profili non coperti da quella pubblicistica, impedisce agli accordi amministrativi di assurgere a figura generale. Con la rilevante conseguenza pratica che la fattispecie contemplata all'art. 11 è scarsamente utilizzata come fondamento di diritto positivo a sé stante per concludere accordi tra amministrazioni e privati.

Considering positive law, administrative activity through administrative acts and administrative activity through contracts have a clear framework, distinguishing in specific legal types with indefectible elements. Conceiving the administrative agreement as a distinctive legal category presupposes that the agreement itself has a defined legal regime, different from other regimes and, particularly, from the one of administrative acts. Furthermore, it assumes that the agreement's rules could not apply in any other case. Nevertheless, the provisions in the law lack of punctual indications and the jurisprudence applies public provisions regardless of

an explicit reference to legislation, instead of considering private law as a supplement and complement in the interpretation. Therefore, administrative agreements cannot become a general legal type and article 11 is scarcely used as the legal basis to conclude agreements between administrations and private parties.

Note:

(*) Il saggio è destinato agli Scritti in onore di Vincenzo Cerulli Irelli.

(1) Cfr. M. Nigro, Convenzioni urbanistiche e rapporti fra privati (problemi generali), in Atti del Convegno sul tema Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati, Milano, 1978, ora anche in Scritti giuridici, tomo II, Milano, 1996, 1303 ss., 1308, che definisce tale periodo come “l'epoca preistorica del diritto amministrativo italiano (normativa e scienza, soprattutto quest'ultima)”; in questo senso altresì L. Mannori e B. Sordi, Storia del diritto amministrativo, Roma-Bari, 2001, X; M. S. Giannini, voce Atto amministrativo, in Enc. dir., vol. IV, Milano, 1959, 157 ss.; B. G. Mattarella, L'imperatività del provvedimento amministrativo, Padova, 2000, 11 ss.; A. Moliterni, Amministrazione consensuale e diritto privato, Napoli, 2016, 2 ss.

(2) Ancora L. Mannori e B. Sordi, Storia del diritto amministrativo, cit., X. Cfr. altresì F. Levi, voce Legittimità (dir. amm.), in Enc. dir., vol. XXIV, Milano, 1974, 124 ss.

(3) G. Pericu, Attività amministrativa. Premesse introduttive e principi costituzionali, in L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F. A. Roversi Monaco e F. G. Scoca (a cura di), Diritto amministrativo, vol. II, III ed., Bologna, 2001, 1214 ss.

(4) M. D'Alberti, Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni, Napoli, 1981; A. Moliterni, Amministrazione consensuale, cit., 37 ss., e ampia bibliografia ivi riportata.

(5) R. Villata e M. Ramajoli, Il provvedimento amministrativo, II ed., Torino, 2017, 10 ss.

(6) F. Cammeo, Corso di diritto amministrativo, Padova, 1960, ristampa a cura di G. Miele, 51-52.

(7) Sul punto cfr. S. Battini, Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni, Padova, 2000.

(8) Da ultimo cfr. B. Cimino, Il giudice del lavoro che “rema contro”, in Riv. trim. dir. pubbl., 2019, 199 ss., e la giurisprudenza ivi analizzata.

(9) G. Falcon e B. Marchetti (a cura di), Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa. Problemi e prospettive, Padova, 2013.

(10) Cfr. V. Cerulli Irelli, Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali, in questa Rivista, 2003, 217 ss., 221, che sottolinea come invece in Italia il fatto che il contratto della pubblica amministrazione sia stato attratto nell'ambito della giurisdizione ordinaria abbia impedito che "attecchisse" l'idea che esso potesse essere strumento di amministrazione al pari del provvedimento.

(11) Così V. Cerulli Irelli, L'amministrazione "costituzionalizzata" e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa, Torino, 2019, rispettivamente 89 e 86; Id., Note critiche, cit., 244.

(12) Ancora V. Cerulli Irelli, Diritto amministrativo e diritto comune: principi e problemi, in Studi in onore di Giuseppe Guarino, vol. I, Milano, 1998, 553 ss., spec. 563 ss.

(13) Per la sostanza costituzionale della problematica e per le tesi maggiormente orientate sul versante privatistico cfr., oltre ai vari contributi di V. Cerulli Irelli già citati nelle note precedenti, anche A. Orsi Battaglini, Gli accordi sindacali nel pubblico impiego, Milano, 1982, 54 ss.; Id., Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici, in Giorn. dir. lav. rel. ind., 1993, 470-471; Id., Alla ricerca dello Stato di diritto, Milano, 2005, spec. 115 ss., 154 ss.; C. Marzuoli, Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione, Milano, 1982, 109; Id., Un diritto "non amministrativo"?, in Dir. pubbl., 2006, 133 ss., spec. 147; A. Corpaci, Regime giuridico e fonti di disciplina dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni, in Riv. giur. lav., 2010, 468-469, 471-472.

(14) Si allude qui all'area dell'azione amministrativa in cui è necessario l'uso dell'autorità per il raggiungimento dei risultati pratici desiderati. Sul punto cfr. A. Romano, Riflessioni dal Convegno: autoritarità, consenso e ordinamento generale, in AIPDA, Annuario 2011. L'atto autoritativo, Napoli, 2012, 363 ss., spec. 364 ss.; V. Cerulli Irelli, Note critiche, cit., 245 ss., che sottolinea anche come il principio di economicità consenta la sostituzione dello strumento pubblicistico con quello privatistico solo se quest'ultimo non comporti ulteriori oneri per la pubblica amministrazione.

(15) V. Cerulli Irelli, Note critiche, cit., 242; Id., Diritto amministrativo e diritto comune, cit., 574; cfr. altresì R. Ferrara, Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione, Milano, 1985, 137 ss.

(16) Si tratta del fenomeno noto come evidenza pubblica dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione (M. S. Giannini, Istituzioni di diritto amministrativo, Milano, 1981, 463 ss.). Per quanto riguarda gli ordinamenti stranieri cfr. E. Ferrari (a cura di), I contratti della pubblica amministrazione in Europa, Torino, 2003; G.

Greco (a cura di), *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Milano, 2010.

(17) G. Pericu, *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, in L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F. A. Roversi Monaco e F. G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol. II, cit., 1305.

(18) V. Cerulli Irelli, *L'amministrazione "costituzionalizzata"*, cit., 130. Ma cfr. altresì F. Trimarchi Banfi, *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 35 ss.; A. Benedetti, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, 1999, spec. 133 ss.

(19) Questa diversità di giurisdizioni è ben valorizzata da ultimo da Cass., sez. un., 12 aprile 2019, n. 10377.

(20) Il modello tipologico sancisce il passaggio dalla pura constatazione di dati positivi alla loro interpretazione, dalla ricerca empirica all'adozione di schemi generali di analisi. Come ha precisato C. Beduschi, *Tipicità e diritto. Contributo allo studio della razionalità giuridica*, Padova, 1992, 8, nel procedimento di tipizzazione "si manifesta una forma di razionalità che non lavora sui concetti, ma instaura concetti; che non è sistema, ma crea le premesse del sistema; che non ha bisogno di postulare un ordine, ma che sa instaurare l'ordine". Sul metodo tipologico in ambito giuridico si vedano anche, sempre del medesimo Autore, *Tipologia e diritto*, in *Studi Parmensi*, vol. XXX, 1981, 41 ss., ora anche in *Scritti scelti*, a cura di L. Nogler e G. Santucci, Trento 2017, 29 ss.; nonché, applicato a differenti settori del diritto, T. Ascarelli, *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Problemi giuridici*, tomo I, Milano, 1959, 75 ss.; Id., *Il problema preliminare dei titoli di credito e la logica giuridica*, ivi, 165 ss.; Id., *Tipologia della realtà, disciplina normativa e titoli di credito*, ivi, 185 ss.; G. Pericu, *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa, parte prima*, Milano, 1967, 57 ss.; G. De Nova, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, spec. 120 ss.; G. Orrù, *I criteri extra-legali di integrazione del diritto positivo nella dottrina tedesca contemporanea*, in *Jus*, 1977, 375 ss.; L. Nogler, *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1990, 182 ss., spec. 201 ss.; G. Proia, *Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitorie*, in *Argomenti dir. lav.*, 2002, 95 ss.; S. Valaguzza, *L'accordo di programma: peculiarità del modello, impiego dei principi del codice civile e applicazione del metodo tipologico*, in questa *Rivista*, 2010, 395 ss.; A. Cassatella, *Il sindacato di legittimità sulle decisioni amministrative in materia migratoria*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 816 ss.

(21) Sempre V. Cerulli Irelli, Note critiche, cit., 223. Sulle tante tesi (panprivatistica, dell'autonomia ristretta, del contratto di diritto pubblico, prevalentemente pubblicistica) formulate ai fini dell'inquadramento dell'accordo amministrativo si rinvia, per tutti, a E. Bruti Liberati, voce Accordi pubblici, in Enc. dir., Aggiornamento, vol. V, Milano, 2001, 1 ss.; G. Greco, Accordi amministrativi, cit., 86 ss.; sulle possibili declinazioni della dicotomia pubblico-privato cfr. G. Napolitano, Pubblico e privato nel diritto amministrativo, Milano, 2003. La tesi pubblicistica degli accordi amministrativi è stata fatta propria originariamente dalla Corte costituzionale nella nota sentenza del 5 luglio 2004, n. 204, poi dal legislatore con l'art. 7 c.p.a. e infine ancora ribadita dalla Corte costituzionale con la sentenza 15 luglio 2016, n. 179.

(22) V. Cerulli Irelli, Principii del diritto amministrativo, vol. II, Torino, 2005, 167.

(23) Così Corte costituzionale, n. 179/2016, cit., chiamata a pronunciarsi su una questione di diritto processuale; in particolare la sentenza ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 133, comma 1, lett. a e f, del c.p.a., nella parte in cui, secondo il diritto vivente, ricomprende, nelle materie di giurisdizione esclusiva da esso stesso indicato, le controversie nelle quali sia la pubblica amministrazione, e non l'amministrato, ad adire il giudice amministrativo (dal momento che "sebbene gli artt. 103 e 113 Cost. siano formulati con riferimento alla tutela riconosciuta al privato nelle diverse giurisdizioni, da ciò non deriva affatto che tali giurisdizioni siano esclusivamente attivabili dallo stesso privato, né che la giustizia amministrativa non possa essere attivata dalla pubblica amministrazione").

(24) Anche se già la legge 25 giugno 1865, n. 2359, sulle espropriazioni per causa di utilità pubblica aveva previsto accordi amichevoli tra l'amministrazione espropriante e i proprietari dei beni da espropriarsi (art. 28). Sulla non assoluta innovatività dell'istituto degli accordi in ragione delle previsioni contenute nella legge del 1865 in tema di esproprio cfr. A. Romano, Riflessioni dal convegno: autoritarità, consenso e ordinamento generale, in L'atto autoritativo. Annuario AIPDA 2011, Napoli, 2012, 363 ss., 381. Per quanto riguarda la riflessione scientifica, è soprattutto a partire dagli anni Trenta del secolo scorso che la dottrina italiana si è cimentata con la categoria dei contratti di diritto pubblico (G. Miele, La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo, Roma, 1931; A. Amorth, Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato, in Arch. dir. pubbl., 1938, 1 ss., ora anche in Scritti giuridici, vol. I, Milano, 1999, 277 ss.). Sul sorgere della questione e sul relativo susseguente dibattito cfr. F. Ledda, Il problema del contratto nel diritto amministrativo, Torino, 1962; A. Masucci,

Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali. Il contratto di diritto pubblico, Napoli, 1988; G. Greco, Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto, Torino, 2003, 9 ss.; A. Moliterni, Amministrazione consensuale, cit., 40 ss.; del tutto particolare la posizione assunta da G. Falcon, Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri, Milano, 1984.

(25) Così M. Nigro, Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge), in F. Trimarchi (a cura di), Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione, Milano, 1990, 3 ss., 18.

(26) Art. 5 dello schema di disegno di legge contenente "Disposizioni dirette a migliorare i rapporti fra cittadino e pubblica amministrazione nello svolgimento dell'attività amministrativa", pubblicato integralmente in F. Trimarchi (a cura di), Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione, cit., 177 ss.; come è noto, la formulazione definitiva della legge n. 241/1990 non reca traccia del principio del favor per la conclusione del contratto ad oggetto pubblico, a differenza di quanto avviene nell'ordinamento tedesco, ove "un rapporto giuridico di diritto pubblico può essere costituito, modificato o estinto da un contratto in quanto non sia vietato da disposizione di legge, per cui "l'autorità può, invece di emanare un atto amministrativo, concludere un contratto di diritto pubblico, con colui che potrebbe essere destinatario dell'atto amministrativo" (par. 54 della legge federale tedesca sul procedimento amministrativo del 1976, su cui La legge tedesca sul procedimento amministrativo (Verwaltungsverfahrensgesetz), a cura di D.-U. Galetta, Milano, 2002).

(27) Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2636.

(28) G. Pastori, L'amministrazione per accordi nella recente progettazione legislativa, in F. Trimarchi (a cura di), Il procedimento amministrativo, cit., 77 ss., 85.

(29) V. Cerulli Irelli, L'accordo nella sistemazione e nella attrezzatura del territorio, in A. Masucci (a cura di), L'accordo nell'azione amministrativa, Roma, 1988, 63 ss., 64; in senso analogo G. Pericu, Attività amministrativa, cit., 1289.

(30) In questo preciso senso V. Cerulli Irelli, L'amministrazione "costituzionalizzata", cit., 95.

(31) Così l'art. 1, comma primo, dello schema originario di disegno di legge contenente disposizioni "Disposizioni dirette a migliorare i rapporti fra cittadino e pubblica amministrazione nello svolgimento dell'attività amministrativa", cit.; la proposizione è stata eliminata dagli uffici della Presidenza del Consiglio e la

soppressione è stata giudicata ovviamente grave da M. Nigro, Il procedimento amministrativo, cit., 8.

(32) M. Renna, Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo, in questa Rivista, 2010, 27 ss., 34; nello stesso senso cfr. G. Greco, Accordi, cit., 147 ss.; G. Manfredi, Accordi e azione amministrativa, Torino, 2001, 106 ss.

(33) Secondo cui la pubblica amministrazione, "nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente"; su questa problematica disposizione legislativa cfr. F. Trimarchi Banfi, L'art. 1 comma 1-bis della l. n. 241 del 1990, in Foro amm.-CdS, 2005, 947 ss.; A. Travi, Autoritatività e tutela giurisdizionale: quali novità?, in M. A. Sandulli (a cura di), Riforma della l. 241/1990 e processo amministrativo, Quaderno n. 2 della rivista Foro amm.-Tar, Milano, 2006, 17 ss.; G. Manfredi, La difficile attuazione del comma 1-bis dell'art.1 della legge n.241 del 1990, in Diritto e processo amm., 2010, 185 ss.

(34) Così Tar Milano, sez. II, 8 gennaio 2019, n. 36.

(35) Lamenta che il modello di amministrazione consensuale sia stato introdotto dal nostro legislatore "solo per principia apicesque, senza cioè accompagnarlo da una meticolosa ... regolazione di dettaglio" P. L. Portaluri, Sugli accordi di diritto amministrativo, in Riv. giur. ed., 2015, 147 ss.

(36) Su questo specifico profilo cfr. M. Dugato, Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti, Milano, 1996, spec. 196 ss.

(37) La distinzione rispetto al modello privatistico puro sotto il profilo della giurisdizione è particolarmente evidenziata da Cass., sez. un., 12 aprile 2019, n. 10377; 24 gennaio 2019, n. 2082 e da Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2636. In tema cfr. R. Ferrara, voce Intese, convenzioni e accordi amministrativi, in Dig. Disc. Pubbl., vol. VIII, Torino, 1993, 554 ss.

(38) Cfr. Tar Firenze, sez. I, 2 gennaio 2018, n. 4; Tar Milano, sez. II, 1° agosto 2017, n. 1739.

(39) Ai sensi del quale gli accordi "devono essere motivati ai sensi dell'art. 3" della stessa legge sul procedimento amministrativo.

(40) In questo senso G. Pastori, Attività amministrativa e tutela giurisdizionale nella legge n. 241/1990 riformata, in L. R. Perfetti (a cura di), Le riforme della l. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato, Padova, 2008, 6 ss., 6.

(41) Così P. L. Portaluri, Sugli accordi di diritto amministrativo, cit.; infatti da sempre l'avvio del procedimento per l'affidamento dei contratti pubblici è disposto

da un atto di delibera a contrarre (ora art. 32 del codice dei contratti pubblici). Cfr. in tema V. Cerulli Irelli, Introduzione, in N. Paolantonio, A. Police e A. Zito (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005, 11-12; Id., *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa*, in P. Piras (a cura di), *Incontri sull'attività amministrativa e il procedimento. Itinerari di un percorso formativo*, Torino, 2006, 17-18; M. Dugato, *L'oggetto dell'accordo amministrativo e i vincoli per le parti nella sua definizione*, in *Dir. e processo amm.*, 2008, pp. 165 ss.

(42) Il trapianto di questo principio proprio del modulo privatistico puro nell'ambito dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione ha determinato alcune modifiche, che però non intaccano la generalità del principio stesso. Da ultimo cfr. Cons. giust. amm. sic., 4 giugno 2018, n. 336, secondo cui il recesso di cui all'art. 1, comma 13, del d.l. n. 95/2012, che consente, a determinate condizioni, alle amministrazioni di “recedere in qualsiasi tempo dal contratto” non attribuisce al soggetto pubblico il potere di “intervenire ab extra sul rapporto stesso in forma e modalità autoritative”, ma riconosce una facoltà privatistica di cui agli artt. 1373 c.c. e 21-sexies della legge n. 241/1990.

(43) Sul punto cfr. R. Villata e M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 621 ss.

(44) V. Cerulli Irelli, *Principii*, cit., 172.

(45) Cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, 24 dicembre 2018, n. 7212.

(46) V. Cerulli Irelli, *Principii*, cit., 171-172, secondo cui l'autotutela legata è “il più rilevante innesto (se così può dirsi) della disciplina amministrativa” nei rapporti nascenti dall'accordo. Per l'inquadramento dei provvedimenti amministrativi di secondo grado all'interno dell'autotutela cfr., per tutti, F. Benvenuti, voce *Autotutela*, in *Enc. dir.*, vol. V, Milano, 1959, 537 ss.; la previsione in esame ha attratto l'interesse della dottrina; cfr. E. Sticchi Damiani, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992, 67 ss.; F. F. Tuccari, *Recesso e inadempimento negli accordi amministrativi*, Bari, 1993, 33 ss.; E. Bruti Liberati, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazioni e privati*, Milano, 1996, 34 ss., 185 ss.; Id., voce *Accordi pubblici*, cit., 10 ss.; F. Fracchia, *L'accordo sostitutivo. Studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva*, Padova, 1998, 232 ss.; P. L. Portaluri, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, 1998, 210 ss.; F. Cangelli, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano,

2004, 310 ss.; M. Renna, *Il regime*, cit., 58 ss.; G. Greco, *Accordi amministrativi*, cit., 239 ss.

(47) Cons. Stato, sez. VI, 24 dicembre 2018, n. 7212; sez. V, 12 maggio 2017, n. 2231; sez. IV, 6 novembre 1998, n. 1448.

(48) Tar Lombardia, sez. II, 29 novembre 2007, n. 6519.

(49) Sul tema della rinegoziazione degli accordi amministrativi cfr. G. Greco, *Accordi amministrativi*, cit., 249 ss.; M. Renna, *Il regime*, cit., 67 ss.; A. Rallo, *Appunti in tema di rinegoziazione negli accordi sostitutivi di provvedimenti*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 318 ss.; S. Civitarese Matteucci, *Contratti e accordi di diritto pubblico*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, 2006, 99 ss.; ritiene che se l'accordo è "squilibrato" fin dall'origine non sarà mai possibile intervenire in via unilaterale, ferma restando l'eventuale responsabilità a vario titolo per il dirigente che abbia mal considerato una certa situazione, F. Tigano, *Commento all'art. 11 della legge n. 241/1990*, in M. A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, II ed., 654 ss., 662.

(50) Cons. Stato, sez. VI, n. 7212/2018, cit.; sez. V, n. 2231/2017, cit.; sez. IV, 6 novembre 1998, n. 1448.

(51) Così Cons. Stato, sez. VI, n. 7212/2018, cit.; sez. V, n. 2231/2017, cit.

(52) Cons. Stato, sez. V, n. 2231/2017, cit.

(53) Cfr. sul punto F. Trimarchi Banfi, *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in *Pol. dir.*, 1993, 247 ss.; G. Greco, *Accordi*, cit., 251, 295.

(54) Cons. Stato, sez. IV, 29 marzo 2018, n. 1978.

(55) Tar Napoli, sez. II, 21 novembre 2018, n. 6727.

(56) Cons. Stato, sez. IV, 15 maggio 2017, n. 2258; diametralmente opposta la ricostruzione operata dal giudice di primo grado, a detta del quale l'amministrazione irroga penalità nell'esercizio di un potere privatistico, "pur se finalizzato a realizzare obiettivi di pubblico interesse che restano però ... confinati nell'ambito dei motivi e non ridondano nella causa del contratto", con conseguente inapplicabilità nel caso di specie delle norme disciplinanti l'esercizio del potere sanzionatorio repressivo della pubblica amministrazione (Tar Toscana, sez. I, 4 dicembre 2014, n. 1985).

(57) Cons. Stato, sez. IV, n. 2258/2017, cit.

(58) Tar Milano, sez. I, 12 febbraio 2009, n. 1253.

(59) N. Bassi, *Difetto assoluto di attribuzione e nullità degli accordi amministrativi: alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Foro amm. TAR*, 2009, 329 ss.; in senso

analogo cfr. V. Cerulli Irelli, Corso di diritto amministrativo, Torino, 1994, 512; Id., Lineamenti del diritto amministrativo, Torino, 2008, 394; G. Greco, Accordi, cit., 103 ss.

(60) Così C. Beduschi, Tipicità e diritto, cit., 8 ss.

(61) Soprattutto, anche se non solo, in relazione ai profili relativi all'adempimento delle obbligazioni dedotte negli accordi.

(62) Così P. L. Portaluri, Sugli accordi di diritto amministrativo, cit.; parla dell'art. 11 come di una sorta di "scatola vuota" A. Moliterni, Amministrazione consensuale, cit., 444. Sulla scarsa applicazione della norma cfr., riassuntivamente, M. C. Romano, Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento, in A. Romano (a cura di), L'azione amministrativa, Torino, 2016, 399 ss., 399.

(63) V. Cerulli Irelli, Diritto amministrativo e diritto comune, cit., 555.
