

L'Amministrazione per accordi tra regime pubblicistico e moduli privatistici

di Pierluigi Mascaro*

26 gennaio 2022

Sommario: 1. Cenni introduttivi: gli accordi tra Pubblica Amministrazione e privato. – 2. Tipologie di accordi e relativo ambito di applicazione. – 3. La fase di formazione degli accordi e l'esercizio del potere amministrativo. – 4. La tutela del terzo. – 5. Conclusioni.

1. Cenni introduttivi: gli accordi tra Pubblica Amministrazione e privato

Nonostante il provvedimento espresso costituisca l'esito normale e più frequente del procedimento amministrativo, la legge n. 241/1990 prevede, all'articolo 11, una modalità alternativa di conclusione del medesimo, e cioè l'accordo integrativo o sostitutivo del provvedimento, sull'assunto che laddove occorra valutare e ponderare più interessi, di regola è preferibile la composizione negoziata a quella imposta¹.

Gli accordi pongono l'Amministrazione su un piano più paritario rispetto al soggetto privato, riducendo il rischio di possibili contenziosi. Essi erano emersi nella prassi e, successivamente, nella legislazione speciale prima di essere sistematizzati nella legge generale sul procedimento amministrativo: si pensi ad esempio alle convenzioni urbanistiche o alla materia espropriativa, dove è previsto, in alternativa all'emanazione del provvedimento unilaterale, l'accordo di cessione volontaria del bene, che garantisce al proprietario un corrispettivo d'importo superiore all'indennità di esproprio (art. 45, d.p.r. n. 327/2001)².

* Cultore della materia in Diritto dell'ambiente, Dipartimento di Giurisprudenza della LUISS Guido Carli.

¹ In questi termini M. S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, vol. II, Milano, 1970, p. 867; si veda anche, a tal proposito, F. G. SCOCA, *Autorità e consenso*, relazione al congresso di Varenna del settembre 2001, in *Dir. Amm.*, 2002, pp. 431 ss., ove l'Autore afferma che "in dottrina, soprattutto nelle opere più recenti, aleggia spesso una "mistica" del consenso: l'autorità rappresenterebbe il passato, il consenso il futuro di un'amministrazione democratica".

² Si veda M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, IV ediz., Bologna, 2019, p. 255.

In base alla legge n. 241/1990, l'accordo ha per oggetto³ il contenuto discrezionale del provvedimento ed è finalizzato alla ricerca di un miglior contemperamento tra l'interesse pubblico perseguito dall'Amministrazione e quello del privato, spesso contrapposto al primo. Le situazioni di potere vincolato, invece, non si prestano ad essere oggetto di accordo, in quanto manca il presupposto della negoziazione, cioè un ventaglio più o meno ampio di opzioni possibili. L'accordo può essere proposto dal privato, il quale può a tal fine presentare osservazioni e proposte in sede di partecipazione al procedimento. Il responsabile del procedimento, per favorire l'accordo, può organizzare incontri informali con i soggetti privati interessati, avviando veri e propri tavoli di trattativa (art. 11, comma 1-*bis*).

Tuttavia, l'Amministrazione non è obbligata a concludere accordi con i privati, potendo sempre prediligere la via del provvedimento unilaterale non negoziato: ne discende che la possibilità di stipulare accordi attenua ma non elide completamente il carattere asimmetrico del rapporto tra Pubblica Amministrazione e soggetto privato⁴.

Dal punto di vista formale, gli accordi devono essere stipulati per iscritto, a pena di nullità, salvo che la legge disponga diversamente e devono recare la motivazione (art. 11, comma 2): quest'ultima prescrizione, tende ad avvicinare il regime dell'accordo a quello del provvedimento unilaterale. Ad essi si applicano i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, in quanto compatibili.

In base al disposto di cui all'articolo 133, comma 1, lett. a), n. 2 del Codice del processo amministrativo, le controversie relative alla conclusione ed esecuzione degli accordi sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

2. Tipologie di accordi e relativo ambito di applicazione

L'articolo 11 della legge n. 241/1990 prevede e disciplina due tipi di accordi tra Amministrazioni e privati: quelli integrativi (o c.d. procedimentali) e quelli sostitutivi del provvedimento.

Per quanto concerne gli accordi integrativi, il tratto caratterizzante è che l'Amministrazione assume l'obbligo di emanare un provvedimento il cui contenuto sia in tutto o in parte determinato dal previo accordo con il privato, oltre che, eventualmente, ampliare il contenuto discrezionale del provvedimento medesimo, facendogliene assumere uno che non avrebbe potuto legittimamente avere senza uno specifico incontro di volontà con il privato⁵.

³ Sull'oggetto dell'accordo di programma, G. DI GASPARE, *Dal government alla governance delle politiche pubbliche e gli strumenti negoziali*, II ediz., in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 2021, pp. 62-63. (I ediz.: *La governance locale, strumenti e buone pratiche*, in *Quaderni Formez*, n. 33/2006).

⁴ Così M. CLARICH, *op. cit.*, p. 256.

⁵ Si veda, sul punto, N. AICARDI, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e caratteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 1 e ss.; G. CORSO e F. TERESI, *Procedimento*

Gli accordi sostitutivi⁶, al contrario, determinano la produzione degli effetti giuridici del provvedimento unilaterale senza alcuna ulteriore attività di esercizio del potere in capo all'Amministrazione.

E' previsto un medesimo ambito applicativo per entrambe le fattispecie di accordo, a conferma della tesi per cui, al di là delle differenze sul piano strutturale⁷, bisogna considerare unitariamente la categoria degli accordi⁸, per la quale il legislatore ha previsto un'unica disciplina normativa contenuta nell'articolo 11.

In entrambe le tipologie di accordo, l'aspetto funzionale si risolve nell'obbligo, in capo alle parti pubblica e privata, di adempiere a quanto pattuito nell'accordo⁹, essendo il vincolo giuridico che ne discende carattere qualificante dell'istituto unitariamente inteso.

Tuttavia, la generale applicabilità dello strumento della conclusione negoziata del procedimento subisce alcune limitazioni, sia sul piano sostanziale, che formale. Oltre all'impossibilità di formare oggetto dell'accordo l'esercizio di un potere vincolato per le ragioni esposte nel paragrafo precedente, devono escludersi dalla definizione concordata i provvedimenti sanzionatori¹⁰. Un ulteriore limite è poi costituito dalla previsione di cui all'articolo 13, legge n. 241/1990, che esclude l'applicabilità dell'intero capo sulla partecipazione ad alcune tipologie di atti amministrativi, non impedendosi tuttavia, ai sensi del primo comma dell'articolo 13, che discipline settoriali possano prevedere ipotesi di moduli convenzionali in detti ambiti (ad es. convenzioni di lottizzazione in materia urbanistica).

amministrativo e accesso ai documenti, Rimini, 1991, p. 70; A. D'AMICO, *Considerazioni in ordine all'articolo 11, L. 7 agosto 1990, N. 241*, in *Foro amm.*, 1992, p. 2467.

⁶ Per una panoramica generale, si consideri F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo. Studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padova, 1998.

⁷ In particolare si discute, in dottrina, se l'accordo integrativo sia un atto endoprocedimentale non produttivo di effetti ovvero un atto conclusivo del procedimento che produce l'effetto definitivo di costituire un rapporto obbligatorio tra le parti. Per la prima tesi, si vedano F. G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, I, p. 42 e G. PERICU, *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale*, in *Dir. amm.*, 1997, pp. 523 ss; per la seconda tesi, F. TRIMARCHI BANFI, *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in *Politica del diritto*, 1993, p. 239.

⁸ Circa la sostanziale identità strutturale e l'affinità funzionale tra accordi integrativi e sostitutivi, si vedano M. IMMORDINO, *Legge sul procedimento amministrativo, accordi e contratti di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 1997, p. 139; B. SPAMPINATO, *Accordi amministrativi, concessioni contratto e giurisdizione amministrativa esclusiva*, in *Dir. amm.*, 1996, pp. 526-527; F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, Padova, 1998 e G. TULUMELLO, *Il nuovo regime di atipicità degli accordi sostitutivi: forma di Stato e limiti all'amministrazione*, in *Giust. amm.*, 2005, pp. 145 ss.

⁹ Cfr. M. IMMORDINO, *op. cit.*, p. 138 e E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1991, p. 56.

¹⁰ Così, *ex multis*, S. PENSABENE LIONTI, *Gli accordi con la pubblica amministrazione nell'esperienza del diritto vivente*, G. Giappichelli Editore, 2020, p. 7.

3. La fase di formazione degli accordi e l'esercizio del potere amministrativo

Il comma 4-*bis* dell'articolo 11, legge n. 241/1990 prevede che, a garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, la stipulazione di un accordo deve essere preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe stato competente all'emanazione del provvedimento unilaterale. Siffatta disposizione chiarisce la natura pubblicistica e discrezionale della fase di formazione degli accordi, sebbene ciò fosse già ricavabile dalla sistematica complessiva dell'articolo 11¹¹.

In primis, infatti, l'esistenza di un procedimento¹² è il presupposto per la conclusione di un accordo *ex* articolo 11, in cui la trattativa e, in modo particolare, la proposta del privato si ascrivono nell'ambito della partecipazione di cui all'articolo 10, legge n. 241/1990: anzi, l'istanza di accordo presentata dal privato costituisce l'espressione più incisiva e qualificata di partecipazione al procedimento¹³, imponendosi all'Amministrazione una valutazione su un'istanza contenente lo schema definitivo dell'assetto d'interessi coinvolti nella fattispecie.

D'altro canto, il vincolo per l'Amministrazione del perseguimento dell'interesse pubblico, espressamente richiamato nei commi 1 e 4-*bis*, dimostra come la scelta dello strumento consensuale corrisponda all'esercizio di un potere discrezionale¹⁴, il medesimo che avrebbe esercitato nell'adozione di un provvedimento unilaterale¹⁵.

Sia la scelta dello strumento negoziato in luogo di quello unilaterale, sia la scelta del contraente in caso di pluralità di soggetti e sia la definizione del contenuto dell'accordo costituiscono l'oggetto della scelta dell'Amministrazione in ordine all'*an* ed al *quomodo* della conclusione del medesimo, avendo di mira il perseguimento dell'interesse pubblico.

In questo senso, la conclusione di un accordo tra Amministrazione e privato¹⁶ non può svilire il perseguimento dell'interesse pubblico da parte dell'Amministrazione, solo in quanto presuppone un rapporto sinallagmatico con il privato¹⁷ e la costituzione in capo a quest'ultimo di una situazione giuridica di diritto soggettivo a fronte del vincolo assunto dall'Amministrazione, laddove è anzi in grado di fornire utilità ulteriori

¹¹ F.G. COCA, *op cit.*, p. 441; F. CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004, pp. 183 ss.; ID., *Riflessioni sul potere discrezionale della Pubblica Amministrazione negli accordi con i privati*, in *Dir. Amm.*, 2000, pp. 277 ss.

¹² Per le fasi del procedimento di programmazione negoziata per addivenire alla stipula di accordi di programma, si veda G. DI GASPARE, *op. cit.*, pp. 40 ss.

¹³ Cfr. Cass. Civ., Sez. I, sent. 15 aprile 1992, n. 4572.

¹⁴ F. CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, cit., p. 183.

¹⁵ Si consulti N. PAOLANTONIO, *Autoregolamentazione consensuale e garanzie giurisdizionali*, in *Cons. Stato*, 2000, II, pp. 795 ss.; ID., *Contributo sul tema della rinuncia in diritto amministrativo*, Napoli, 2003, pp. 115 ss.

¹⁶ G. SALA, *Accordi sul contenuto discrezionale del provvedimento e tutela delle situazioni soggettive*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, p. 234.

¹⁷ Per il ruolo dei privati negli accordi di programma, cfr. G. DI GASPARE, *op. cit.*, pp. 61-62.

ad entrambe le parti, se non altro in termini di certezza e stabilità di un assetto d'interessi su cui esse hanno prestato il mutuo consenso¹⁸.

La previsione di cui al comma 2 dell'articolo 11, in virtù della quale agli accordi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili determina una commistione tra principi di diritto pubblico, per i quali l'Amministrazione si determina discrezionalmente ad accordarsi e può eccezionalmente esercitare poteri unilaterali estintivi o sospensivi, e principi di diritto privato, che costituiscono la disciplina generale del rapporto, in forza dei quali l'Amministrazione è pienamente obbligata a dare esecuzione a ciò che ha concordato¹⁹.

Tale commistione è ulteriormente comprovata dal regime dei vizi degli accordi, tra cui sono riscontrabili tanto vizi del contratto quanto del provvedimento, in quanto l'impugnazione non può limitarsi ai soli vizi di validità dell'accordo, ma si estende a tutti i vizi di legittimità, secondo le norme che riguardano i provvedimenti amministrativi²⁰.

E' certamente applicabile agli accordi l'istituto della nullità del contratto di cui all'art. 1418 e ss. c.c., per quanto concerne la contrarietà a norme imperative di legge, la mancanza dei requisiti richiesti dall'articolo 1325 c.c., l'illiceità della causa, l'illiceità dei motivi nei limiti di quanto disposto dall'articolo 1345 c.c. e la mancanza dei requisiti dell'oggetto. Sarà comunque necessario valutare la compatibilità dei singoli vizi: in tal senso, ad esempio, il perseguimento dell'interesse pubblico, pur imposto da una norma imperativa, dovrà subire un sindacato sull'esercizio del potere discrezionale, così come avviene per i provvedimenti unilaterali, determinando l'annullabilità, anziché la nullità dell'accordo²¹, attribuendosi paradossalmente una sanzione più lieve al vizio dell'elemento forse più pregnante degli accordi di diritto amministrativo.

Bisogna inoltre ricordare che il sindacato giurisdizionale sugli accordi corrisponde ad un sindacato sul potere²², ed è questo tratto che giustifica la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle fasi di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi.

Qualificando l'adesione dell'Amministrazione all'accordo come esercizio di discrezionalità, discende che quest'ultima debba puntualmente motivare alla stregua dell'interesse pubblico non solo la scelta di stipulare l'accordo (comma 4-*bis*), ma anche quella di rifiutare una proposta del privato²³. Di conseguenza, la posizione del privato proponente è giuridicamente protetta fin dal momento della formazione dell'accordo, corrispondendo alla determinazione dell'Amministrazione rispetto

¹⁸ S. GIACCHETTI, *Partecipazione e tutela cautelare*, in *Cons. Stato*, 1990, II, p. 1316.

¹⁹ Sul carattere vincolante degli accordi per l'Amministrazione, si veda F.G. SCOCA, *op cit.*, p. 443.

²⁰ F.G. SCOCA, *op. cit.*, p. 448.

²¹ In questo senso F.G. SCOCA, *op. cit.*, p. 449.

²² Cfr. Tar Toscana, Sez. I, sent. 18 gennaio 2005, n. 153.

²³ G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, p. 204.

all'istanza del privato un interesse legittimo pretensivo, azionabile dinanzi al giudice amministrativo in caso di rifiuto o silenzio²⁴.

Sul piano della patologia dell'accordo, occorre esaminare il caso di accordi stipulati senza la determinazione motivata dell'Amministrazione: *in primis*, va rilevato che la determinazione pubblica segue la fase della trattativa, intervenendo in un momento successivo alla composizione negoziata degli interessi in gioco; tuttavia, il disposto di cui al comma 4-*bis* dell'articolo 11 sembra invertire questa successione, come se il legislatore abbia voluto prevedere il perfezionamento dell'accordo mediante una stipula successiva alla formale determinazione dell'Amministrazione, costituendo quest'ultima l'unica legittima forma di manifestazione della volontà pubblica di aderire all'accordo. Ne discende che la mancanza di siffatta manifestazione di volontà determina la nullità dell'accordo, quand'anche sia stato concluso in forma scritta.

D'altronde qualora l'Amministrazione, dopo aver raggiunto l'intesa con il privato, non adotti la determina e non proceda alla stipula, dovrà pacificamente riconoscersi a quest'ultimo lo svolgimento di un sindacato di legittimità sull'inerzia o sul rifiuto dell'Amministrazione, nonché l'eventuale conseguente esecuzione della stipula. In casi simili, dovrà inoltre riconoscersi una responsabilità di tipo precontrattuale in capo all'Amministrazione.

4. La tutela del terzo

Dato il carattere pubblicistico della fase di formazione degli accordi, occorre individuare se e quali terzi siano legittimati a ricorrere avverso un accordo che, pur non potendo creare effetti diretti, né tantomeno vincolare *ultra partes*, produca nei confronti di questi effetti pregiudizievoli. Dalla disposizione di cui all'articolo 11, comma 1, laddove prescrive che l'accordo non può pregiudicare i diritti dei terzi, nonché dal principio di relatività degli effetti del contratto di cui all'articolo 1372 c.c., discende l'impossibilità per l'accordo di estinguere o limitare i diritti dei terzi, salvo un'espressa disposizione normativa in tal senso.

D'altronde il terzo, pur non essendo titolare di una situazione di diritto soggettivo, può vantare un interesse legittimo leso dall'uso che l'Amministrazione ha fatto del potere, tanto con l'adesione all'accordo, quanto nella determinazione del contenuto²⁵; in questi casi, occorre individuare l'atto che il terzo debba impugnare. In particolare, bisogna stabilire se esso debba impugnare la determina di adesione dell'Amministrazione oppure l'accordo stesso.

²⁴ Si veda, a tal riguardo, V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90 – II parte*, in www.giustamm.it, 2005; S. GIACCHETTI, *Partecipazione e tutela cautelare*, cit., p. 1316.

²⁵ C. ARGENIO, *L'accordo nell'azione amministrativa*, in *Cons. Stato*, 1992, p. 348.

Per risolvere il problema, non può esimersi dal considerare sia l'art. 1372 c.c., sia l'art. 100 c.p.c., alla stregua del quale il ricorrente deve avere un interesse personale ed attuale al ricorso. L'obiezione alla tesi dell'impugnabilità degli accordi poggia sul carattere relativo degli effetti del contratto, per il quale il terzo non può impugnare ciò che non tange la propria sfera giuridica, ma deve impugnare l'atto di adesione con cui l'Amministrazione ha esercitato il potere.

L'obiezione non è del tutto ingiustificata, ma occorre distinguere le due fattispecie di accordo: l'accordo sostitutivo produce gli effetti giuridici propri del provvedimento che sostituisce, per cui ha rilevanza non solo tra le parti, ma anche esterna nella misura in cui prenda il posto del provvedimento unilaterale nella composizione degli interessi in campo; l'accordo integrativo, invece, producendo effetti obbligatori tra le parti, non potrà avere rilevanza esterna, se non nei limiti e dal momento in cui l'Amministrazione adempia emanando il provvedimento. Solo quest'ultimo atto produrrà effetti esterni ed attiverà l'interesse a ricorrere del terzo.

Occorre evidenziare che, pur essendo vero che il momento in cui l'Amministrazione spende il potere è l'atto di adesione, gli effetti non si producono senza la conclusione effettiva o l'esecuzione conseguente: di conseguenza, dovrebbe escludersi l'autonoma impugnabilità dell'atto di adesione, risultando più coerente, anche sul piano sistematico, la tesi dell'impugnazione dell'accordo laddove questo diventi efficace nel caso di accordi sostitutivi, oppure del provvedimento che dà loro esecuzione in quello di accordi integrativi.

5. Conclusioni

Si discute in dottrina se gli accordi disciplinati dall'articolo 11, legge 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 contratti ad oggetto pubblico²⁶, ad indicare un regime di specialità discendente soprattutto dal fatto

²⁶ La nozione di contratto di diritto pubblico o ad oggetto pubblico è stata espressamente e costantemente richiamata e utilizzata in giurisprudenza per definire la peculiare natura del contratto di cessione volontaria (fra le tante, cfr., Cass. I, 11 marzo 2006, n. 5390, Cass. I, 17 marzo 2006, n. 6003; Cass. I, 21 aprile 1999, n. 3930; Cass. S. U., 4 novembre 1994, n. 9130; Cons. Stato, Sez. VI, 14 settembre 2005, n. 4735). Per le convenzioni urbanistiche e per quelle affidative di pubblici servizi, solo in rari casi (ad es. Cons. Stato, Sez. V, n. 1327/00, e Cass. 3 febbraio 1994, n. 1125, si riscontra l'uso da parte della giurisprudenza della locuzione "contratto ad oggetto pubblico". Ma viene ugualmente sempre sottolineato il peculiare carattere (anche) pubblicistico di tali rapporti negoziali. Così è costante la sottolineatura del fatto che "la convenzione urbanistica – sia di lottizzazione ovvero accessiva alla concessione edilizia – rappresenta un istituto di complessa ricostruzione, a causa dei profili di stampo giuspubblicistico che si accompagnano allo strumento dichiaratamente contrattuale" (così recentemente Cons. Stato, Sez. IV, 28 luglio 2005, n. 4014). Quanto poi alle convenzioni volte alla disciplina dell'affidamento di un pubblico servizio, esse hanno costituito, come è noto, il terreno privilegiato del

che si riferiscono al potere discrezionale, cioè ad un oggetto di per sé indisponibile²⁷.

In realtà, il regime a cui sono sottoposti li rende sempre più assimilabili a provvedimenti amministrativi unilaterali: essi hanno il pregio di proporre l'immagine di un'amministrazione più aperta al dialogo e ai contributi propositivi dei privati, ma nella pratica rimangono uno strumento giuridico di composizione degli interessi ancora poco utilizzato²⁸.

dibattito dottrinale in materia di contratti ad oggetto pubblico e della costruzione giurisprudenziale della concessione-contratto.

²⁷ Si veda, al riguardo, M. CLARICH, *op. cit.*, p. 257.

²⁸ Cfr., sul punto, L. MONTEFERRANTE, *Il Diritto dei contratti conquista gli accordi*, nota a sentenza Cons. Stato, Sez. V, 27 gennaio 2006, n. 236, in *Urbanistica e Appalti*, 2006, pp. 955 e ss., ove si afferma che "l'istituto dell'accordo ex art.11 l. n. 241/90 non ha dimostrato alcuna significativa capacità di disciplinare fenomeni giuridici nuovi; mentre per converso esso ha incontrato straordinario favore nella giurisprudenza come categoria generale ritenuta idonea a ricomprendere istituti giuridici preesistenti (cessione volontaria, concessione – contratto, convenzioni urbanistiche) fornendo ad essi (almeno così si pretende) un miglior fondamento razionale e sistematico e (forse) una più chiara e compiuta disciplina" e F. LEDDA, *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in *Foro Amm.*, 1997, II, pp. 1273 ss., ove si constata che "della rivoluzione non si hanno ancora i segni e neppure le avvisaglie: secondo quanto ci riferiscono i più esperti magistrati e funzionari, avvocati e consulenti di amministrazioni, gli accordi endoprocedimentali non si concludono, né si hanno trattative per la ricerca di soluzioni consensuali".