

Elemento causale e natura esecutiva degli accordi

di **Maria Chiara Romano**

pubblicato il 1 novembre 2012

1. Interrogativi irrisolti e spunti di riflessione.- 2. Inquadramento generale degli accordi.- 3. La natura giuridica degli accordi.- 4. Le teorie pan-privatistiche.- 5. L'inquadramento pubblicistico.- 6. Profili ricostruttivi. La componente di esecutività negli accordi.- 7. Accordi e contratti.- 8. Alcune riflessioni sulla causa.- 9. Tipi negoziali e tipicità del provvedimento quale indice ulteriore dell'esecutività degli accordi.- 10. Gli elementi del provvedimento ex art. 21 septies e la causa.

1. Interrogativi irrisolti e spunti di riflessione.

La ricostruzione degli accordi nel procedimento amministrativo non sembra aver raggiunto risultati pienamente appaganti in ordine alla loro qualificazione giuridica, costringendo gli interpreti a ricorrere a soluzioni compromissorie – fissate in espressioni ambivalenti, quali “accordi di diritto speciale”, “contratti di diritto pubblico” (mutuando la terminologia impiegata al § 54 della legge federale tedesca sul procedimento), “convenzioni pubblicistiche” – che invitano a maggiormente riflettere circa la più diretta considerazione di un profilo, a nostro avviso, fondamentale per il loro inquadramento concettuale: la necessaria distinzione tra la nozione di contratto nel codice civile e quella di accordo nella disciplina del procedimento amministrativo.

Accanto all'oggetto centrale di queste riflessioni, che investono esclusivamente gli accordi come istituto regolato nella l. n. 241/1990, si pone la questione – più ampia – relativa alla capacità dell'amministrazione di stipulare contratti, caratterizzati da una disciplina speciale giustificata dalla presenza del momento pubblicistico; questione altra e riconducibile ai rapporti tra attività di diritto privato della pubblica amministrazione e autonomia contrattuale¹. Nel caso degli accordi non sembra corretto evocare la nozione di autonomia negoziale in senso stretto, non essendo entrambe

¹ A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 465 ss; SALV. ROMANO, *Autonomia privata (Appunti)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 817 ss nonché ID, *La distinzione tra diritto pubblico e privato e suoi riflessi nella configurazione dell'ufficio notarile*, Milano, 1963, 17 ss; C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, 1982, Milano, 11 ss; V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2012, 2 ss; ID, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli convenzionali*, in *Dir. amm.*, 2003, 218 ss; F. G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, Milano, 2002, 27 : «si è andata sempre più consolidando in dottrina l'idea della incompatibilità tra autonomia privata e statuto speciale dell'azione amministrativa».

le parti libere di predisporre un regolamento impegnativo di interessi, attesa la funzionalizzazione al perseguimento dell'interesse pubblico², che da un lato impone all'amministrazione di soddisfare quell'interesse – più correttamente denominato “collettivo” o “meta-individuale”³ – già definito in termini astratti nella norma attributiva del potere, e dall'altro consente al soggetto privato di concordare con l'amministrazione alcune concrete modalità di svolgimento del potere amministrativo⁴, nell'ambito «di una fattispecie procedimentale avviata ai sensi di legge»⁵.

Aspetto quest'ultimo che spinge a ricostruire la specifica funzione e natura degli accordi nel procedimento muovendo da una distinzione tra tipi di norme: da un lato, si pongono le norme che nell'attribuire il potere all'amministrazione definiscono contestualmente le posizioni soggettive dei privati (principio di legalità); dall'altro, le norme che disciplinano la forma della funzione amministrativa, ossia la sua necessaria procedimentalizzazione (l. n. 241/1990 e altre leggi speciali)⁶. Eterogeneità tra norme che trova conferma nella difficoltà di riconoscere automaticamente tutela giurisdizionale alle situazioni soggettive che nascono nel procedimento (partecipazione ex artt. 7 e 9 l. n. 241/1990), quando non siano ulteriormente corredate di una specifica qualificazione (normativa) rispetto al bene oggetto del procedimento⁷.

² La funzionalizzazione rispetto all'interesse pubblico non solo è espressamente richiamata all'articolo 11 della l. n. 241/1990 ma viene in via più generale ribadita tra i principi che devono guidare lo svolgimento dell'attività amministrativa ex art. 1 della legge sul procedimento. Circa la riflessione sulla relazione tra attività consensuale dell'amministrazione e perseguimento dell'interesse pubblico si veda F. LEDDA, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, in *Scritti in onore di A. AMORTH*, vol. I, 317, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1999, 329 ss; F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1070; ID, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, Vol. VI, Milano, 2002, 90 ss; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997, 114-115; F. CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004, 200 ss.

³ Circa la sottile distinzione tra interesse pubblico e interesse collettivo o meta-individuale si vedano le riflessioni di ALB. ROMANO, *Conclusioni*, in *Atti del Convegno dell'Aipda*, tenuto a Bari, settembre 2011; specificazione terminologica che ha il pregio di superare l'antagonismo che viceversa si potrebbe scorgere tra interesse pubblico ed interesse individuale.

⁴ Circa i tratti distintivi degli accordi previsti dall'art. 11 della L. 241/1990 rispetto ai contratti privatistici si rinvia a ALB. ROMANO, *Conclusioni*, al Convegno dell'AIPDA, tenuto nell'Università di Bari, settembre 2011, *Annuario AIPDA 2011*, Milano 2012, dove viene precisato come gli accordi non possano modificare l'assetto di base tra gli interessi stabilito nella norma attributiva del potere, ma «ne possono solo specificare la disciplina, ma solo sul piano – secondario – di una loro mera attuazione».

⁵ V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa*, cit., 225; circa la negazione dell'autonomia privata relativamente ai contratti inseriti in procedimenti amministrativi, si veda F. P. PUGLIESE, *Il procedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 1485 ss.

⁶ Questa distinzione tra tipi di norme risulta chiaramente avvertita dalla dottrina tedesca che contiene «una forte regolamentazione di diritto sostanziale dei diritti soggettivi dell'individuo. Questa regolamentazione è determinata dal sovrastante ruolo dei diritti fondamentali e soprattutto dai diritti di libertà»: E. SCHMIDT-ASSMANN, *L'illegittimità degli atti amministrativi per vizi di forma del procedimento e la tutela del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2011, 493 ss; circa il rinvio che l'articolo 11 della l. n. 241/1990 effettuerebbe alla legge che attribuisce all'amministrazione poteri tipici e nominati, determinandone gli effetti e quindi regolamentando anche le posizioni soggettive dei privati si veda anche 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, 253: «L'ordinamento stesso, al momento in cui conferisce un potere all'amministrazione, deve infatti necessariamente segnare e predeterminare la prevalenza dell'interesse pubblico (e la misura stessa) sull'interesse del privato, stabilendo così ciò che appartiene alla sfera del cittadino e a quella dell'amministrazione».

⁷ Chiaramente in questa prospettiva si veda R. VILLATA, *Riflessioni in tema di partecipazione procedimentale e legittimazione processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, pag 172 ss.

L'interrelazione tra norme sostanziali e norme procedurali agevola la definizione dello spazio regolatorio potenzialmente affidabile agli accordi amministrativi⁸: le prime, stabiliscono i rapporti di prevalenza tra interessi (pubblici, collettivi o meta-individuali, privati)⁹; le seconde, riguardano invece la regolamentazione della serie concatenata di atti e di operazioni che l'amministrazione deve effettuare per verificare come, nel farsi dell'azione amministrativa, si atteggiino reciprocamente i diversi interessi che dalle norme sostanziali hanno ricevuto un'astratta ordinazione; la specificazione di tempi procedurali, di ambiti applicativi, di modalità organizzative spetta, invece, a norme regolamentari di livello secondario, costituzionalmente competenti ex articolo 97 Cost.

La disciplina di carattere sostanziale volta a delineare i tratti essenziali del rapporto – o meglio della relazione – tra pubblica amministrazione e privato restringe lo spazio eventualmente negoziabile nel procedimento; spazio circoscritto alla precisazione della migliore o più adeguata modalità realizzativa dell'interesse pubblico o collettivo che, sia pur solo astrattamente definito, costituisce la causa o “ragion d'essere” del potere amministrativo (e del provvedimento concreto). Emerge qui il collegamento tra legalità (e tipicità) dell'azione amministrativa e ambito discrezionale negoziabile del provvedimento; ambito, la cui individuazione costituisce il potenziale oggetto dell'accordo tra privati e pubblica amministrazione procedente¹⁰.

2. Inquadramento generale degli accordi.

L'articolo 11 della l. n. 241/1990 fornisce una prima disciplina sistematica agli accordi stipulati nel corso del procedimento tra amministrazione procedente e privati interessati, conferendo veste giuridica più dettagliata ad una prassi non del tutto sconosciuta a precedenti esperienze giuridiche, in attuazione di disposizioni legislative di settore; si allude qui alla legge generale sull'espropriazione del 1865, che già prevedeva due casi di accordi nel procedimento¹¹.

⁸ Sulla distinzione si vedano le riflessioni di G. PASTORI, *Il procedimento amministrativo fra vincoli formali e regole sostanziali*, in *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza* a cura di U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE, Rimini, 1987, vol. II, 1987, 805 ss.

⁹ Sulla distinzione tra tipi di norme si veda ALB. ROMANO, «L'ordinamento giuridico» di Santi Romano, *il diritto dei privati e il diritto dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2011, 241 ss; secondo un'angolazione non perfettamente coincidente si veda anche A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1988, 36 ss; F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Le trasformazioni di diritto amministrativo*, Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini, a cura di S. AMOROSINO, Milano, 1995, 283 ss.

¹⁰ Sulla relazione tra principio di legalità e attività consensuale dell'amministrazione si veda la ricostruzione di F. CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, cit., 219 con una particolare attenzione all'interpretazione del vincolo di scopo.

¹¹ Per i quali si rinvia a R. ALESSI, *Alcuni rilievi in tema di accordi amichevoli tra espropriante ed espropriato*, in *Scritti minori*, Milano, 1981, 763 ss; A. JEMOLO, *Accordo sull'indennità di esproprio ed azione di rescissione per lesione*, in *Giur. it.*, 1939, I, 1, 339; G. PESCATORE, *Accordi tra espropriando ed espropriante ed esperibilità dell'azione di rescissione*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1945, I, 224; G. MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931, 45 ss. Recentemente ha ribadito la non assoluta innovatività dell'istituto degli

L'ammissibilità degli accordi anche al di fuori di espresse previsioni legislative aveva sollevato dubbi, che si estendevano al loro corretto inquadramento teorico¹². Avendo ad oggetto il contenuto del provvedimento finale, espressione del potere amministrativo¹³, l'accordo incide sulle modalità di esercizio della funzione pubblica; esercizio ritenuto incommerciabile dalla dottrina più risalente¹⁴.

Il contenuto innovativo dell'articolo 11 si coglie se si considera la tradizionale tendenza a ritenere l'attività amministrativa incompatibile con l'utilizzazione del contratto, quale strumento di regolamentazione di interessi esclusivamente privati¹⁵. In particolare, la menzionata disposizione normativa determina il superamento della concezione, rimasta a lungo prevalente, secondo la quale l'amministrazione dovesse esprimersi unicamente con provvedimenti unilaterali ed imperativi, e che il ricorso a forme di accordi tra amministrazione e privati costituisca una minaccia allo statuto speciale dell'amministrazione, fondato sul principio autoritativo¹⁶.

L'articolo 11 prevede espressamente la possibilità dell'amministrazione di stipulare accordi con soggetti privati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento amministrativo, vincolando in tal modo la pubblica amministrazione a riversare nel provvedimento finale il contenuto consensualmente stabilito con gli interessati (accordi endoprocedimentali) o a chiudere il procedimento direttamente con l'accordo raggiunto, produttivo esso stesso degli effetti provvedimentali (accordi sostitutivi).

3. *La natura giuridica degli accordi.*

L'articolo 11 non sembra aver risolto il problema della qualificazione degli accordi, causando negli interpreti incertezza in ordine al relativo regime giuridico; situazione ulteriormente aggravata dalla scarsa applicazione della norma, pressoché limitata alle ipotesi di convenzioni urbanistiche, riconducibili al tipo degli accordi sostitutivi¹⁷.

accordi in considerazione della previsione di due casi di accordi già nella legge del 1865 sull'espropriazione ALB. ROMANO, *Conclusioni*, cit., 18-19.

¹² G. D. FALCON, voce *Convenzioni e accordi amministrativi*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, IX, 1988; ID, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984.

¹³ G. GRECO, *Il regime degli accordi pubblicistici*, in AA. VV. *Autorità e consenso, Atti del XLII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, cit., 161 ss; ID, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003.

¹⁴ F. CAMMEO, *Le concessioni per l'illuminazione pubblica*, in *Giur. it.*, 1903, I, 473 ss.

¹⁵ B. SORDI, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. amm.*, 1995, 482ss.

¹⁶ B. SORDI, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, cit., 484 ss.

¹⁷ R. FERRARA, *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, cit., 546; E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazione e privati*, cit., 1 ss; E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, cit., 59; F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo. Studi sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padova, 1998, 74.

La dottrina ha in primo luogo vagliato la possibilità di ricondurre gli accordi ex art. 11 alla discussa categoria del contratto di diritto pubblico, condizionata dalle elaborazioni teoriche tedesche; suggestione derivante dal tenore letterale dei paragrafi 54 e segg. della legge federale tedesca del 1976 sul procedimento amministrativo che, ritenendo ammissibile il ricorso allo strumento contrattuale anche nello svolgimento dell'attività amministrativa, utilizza l'espressione "contratto di diritto pubblico"¹⁸. Si è così presa in considerazione l'ipotesi di ammettere nel nostro ordinamento una figura dalla natura ibrida, a metà strada tra il provvedimento amministrativo ed il contratto disciplinato dal codice civile; itinerario teorico successivamente abbandonato in considerazione dell'impossibilità di individuare una disciplina specifica del contratto di diritto pubblico, che si distingue da quella apprestata dal codice civile per i contratti di diritto privato¹⁹.

La ricostruzione storica dell'agire amministrativo – ossia l'utilizzazione degli atti amministrativi e degli atti consensuali quali strumenti dell'azione amministrativa – spiega l'andamento oscillante tra l'autorità ed il consenso nella qualificazione di alcune figure, che presentano elementi di condivisione sia della disciplina pubblicistica che di quella privatistica. Nel tentativo di dare una definita fisionomia giuridica a figure complesse, inquadrabili sia come atti unilaterali che come atti consensuali, si osserva, in una prospettiva diacronica, l'alternarsi di tendenze di segno opposto, inclini ora a far rientrare le suddette figure nel diritto pubblico ora invece a forzarle nel campo del diritto privato; ciò vale anche, e soprattutto, per gli accordi, ora ricondotti al provvedimento amministrativo ora al contratto di diritto privato.

Nel quadro attuale dell'esercizio dell'azione amministrativa, l'esplicazione della capacità privatistica delle pubbliche amministrazioni non è più avvertita, come in passato, alla stregua di un'eccezione rispetto alla regola dell'esercizio autoritativo dei poteri pubblicistici, in quanto «tale loro capacità tende ad essere ipotizzata come potenzialmente generale»²⁰; linea di tendenza che porta a raffigurare il diritto privato come una sorta di diritto comune, ma che non vale tuttavia ad escludere il permanere di necessari momenti di unilateralità dell'azione amministrativa, sia pure smussati da istituti procedurali come la partecipazione e gli accordi, che mirano a coinvolgere il privato destinatario degli effetti del provvedimento²¹.

4. Le teorie pan-privatistiche.

¹⁸ F. LEDDA, *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in *Itinerari e vicende del diritto pubblico in Italia*, a cura di R. FERRARA e S. SICARDI, Padova, 1998, 48 ss; ID, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, 1962; A. MASUCCI, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali. Il contratto di diritto pubblico*, 1988.

¹⁹ F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, cit., 43 ss.

²⁰ ALB. ROMANO, *Conclusioni*, cit., 16.

²¹ L'analisi dell'attuale evoluzione del quadro giuridico generale è compiuta da ALB. ROMANO, *Conclusioni*, cit., 16-17.

Le posizioni eterogenee che si succedono in ordine alla qualificazione giuridica degli accordi sono anche conseguenza dell'ambiguo tenore letterale dell'art. 11. L'orientamento privatistico ricalca in parte soluzioni che la dottrina anteriore alla emanazione della l. n. 241/1990 aveva già fornito relativamente alla qualificazione di figure nelle quali non risultava agevole separare i profili riconducibili al diritto pubblico da quelli disciplinati dal diritto privato (si pensi, ad esempio, all'interpretazione dei contratti aventi ad oggetto beni o servizi pubblici). La tesi che considerava queste figure come sottoposte interamente alla disciplina privatistica è stata successivamente ripresa per ricostruire gli accordi disciplinati nel procedimento. Secondo questa linea ermeneutica il legislatore, con l'art. 11, non avrebbe introdotto una figura di contratto sconosciuta alla precedente esperienza giuridica, ma si sarebbe limitato a codificare forme di negoziazione di interessi pubblici e privati già ampiamente utilizzati²².

La riconduzione degli accordi ex art. 11 alla figura del contratto di diritto privato, e quindi alla disciplina codicistica, si fonda su ragioni di ordine logico e sistematico, che muovono dall'interpretazione letterale della norma. L'art. 11, infatti, nel prevedere questa forma di attività consensuale come modulo alternativo all'attività unilaterale della pubblica amministrazione, utilizza il termine "accordi", così espressamente richiamando un elemento essenziale del contratto (*ex art. 1325, n. 1, cod. civ.*) che, nella stessa definizione codicistica, sembra postulare una sorta di identificazione sostanziale (*art. 1321 cod. civ.: «Il contratto è l'accordo...»*); il legislatore del '90, al pari di quello del '42, avrebbe dunque utilizzato una *sineddoche*, riferendosi ad una parte (l'accordo) per indicare il tutto (il contratto)²³.

Le critiche più incisive nei confronti della qualificazione privatistica degli accordi fanno leva sulla evidente posizione di eterogeneità delle due parti contraenti: una rappresentata dalla pubblica amministrazione, titolare di poteri speciali di diritto pubblico e quindi unilaterali; l'altra dai soggetti amministrati, la cui autonomia privata si fonda sulla ricerca del consenso. Siffatta disuguaglianza costituirebbe un ostacolo alla perfetta fusione della volontà della amministrazione pubblica con

²² B. CAVALLO, *Accordi e procedimento amministrativo*, in *Procedimento amministrativo e diritto di accesso*, Napoli, 1993, 69; F. CASTIELLO, *Gli accordi integrativi e sostitutivi di provvedimenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 137 ss; G. VETTORI, *Accordi "amministrativi" e contratto*, in *Contr. e impr.*, 518.

²³ Vi è chi, in senso opposto, ha inteso l'impiego del termine "accordo" come un tentativo di non qualificare espressamente queste figure come contratti, tentativo non condiviso proprio in ragione della sostanziale identificazione tra le due nozioni operata nel diritto privato: si veda F. LEDDA, *Dell'autorità e del consenso*, cit., 50.

quella dei soggetti privati²⁴, costituendo un inconveniente insormontabile rispetto al rapporto paritetico tra le parti connaturato all'idea di contratto²⁵.

Queste difficoltà concettuali vengono superate dai sostenitori dell'inquadramento privatistico sul presupposto che la natura contrattuale non richieda la fusione tra due volontà omogenee, bensì la combinazione, corrispondenza ed integrazione delle pur diverse volontà dei contraenti²⁶. La funzionalizzazione dell'attività amministrativa al perseguimento dell'interesse pubblico non sarebbe ostacolata dall'utilizzo dello strumento contrattuale; strumento connotato da intrinseca "neutralità" ed indifferente rispetto all'interesse concretamente perseguito (nei limiti in cui quest'ultimo sia corrispondente ad un modello legislativo o abbia superato il controllo di meritevolezza di cui all'art. 1322, 2° comma, cod. civ.).

Ulteriore conferma della natura privatistica degli accordi si rinviene nel richiamo che l'art. 11 effettua ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, che non sarebbe casuale ma corrisponderebbe ad una precisa scelta del legislatore, volta a consentire una possibile mediazione tra valori di per sé difficilmente conciliabili come l'autorità dell'amministrazione e la libertà negoziale del privato²⁷. Rinvio che tuttavia appare depotenziato nella sua effettiva portata dall'inserimento della clausola di compatibilità, che sembra posta proprio al fine di tener conto dello statuto speciale dell'amministrazione e delle sue regole, così riducendo il riferimento ai principi ad una più modesta funzione integrativa, che si innesta su una evidente disciplina pubblicistica²⁸. Parimenti non determinante a favore delle tesi privatistiche sembra essere l'altro inciso contenuto nella norma («ove non diversamente previsto»), volto a far salve possibili successive disposizioni di settore, derogatorie della disciplina contenuta nell'art.11 (e non a consentire alle parti di non osservare, consensualmente, la disciplina del codice).

La ricostruzione privatistica degli accordi si estende anche all'istituto del recesso, previsto nel IV comma dell'articolo 11, che viene equiparato al diritto potestativo tipico dei contratti di durata (1373 cod. civ.), e che sarebbe attribuito alla pubblica amministrazione nella sua qualità di parte contraente e non nella sua veste di autorità titolare di potere amministrativo. Anche tale qualificazione privatistica viene però contestata attraverso il rilievo del carattere "doveroso" del

²⁴ O. RANELLETTI, *Diritto pubblico e privato nell'ordinamento giuridico italiano*, Tivoli, 1941; ID, *Il concetto di "pubblico" nel diritto*, in *Riv. it. Scienz. Giur.*, 1905, XXXIX, 337; ID, *Facoltà cerate dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Scritti giuridici scelti*, vol. III, *Gli atti amministrativi*, a cura di E. FERRARI e B. SORDI, Napoli, 1992, 686; ID, *Teoria degli atti amministrativi speciali*, VII, ed., Milano, 1945.

²⁵ O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, XLVI (1894), IV, 11 ora in O. RANELLETTI, *Scritti giuridici scelti* (a cura di E. FERRARI e B. SORDI), in *Pubblicazioni dell'Università di Camerino*, vol. III, Napoli, 1992, 35 ss.

²⁶ F. CASTIELLO, *Gli accordi integrativi e sostitutivi di provvedimenti amministrativi*, cit., 163; F. MESSINEO, *Contratto (diritto privato)*, voce dell'*Enc. dir.*, IX, cit., 877; P. SCHLESINGER, *Complessità del procedimento di formazione del consenso ed unità del negozio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 1345 ss.

²⁷ G. VETTORI, "Accordi amministrativi" e contratto, cit., 32; G. SALA, *Accordi sul contenuto discrezionale del provvedimento e tutela delle situazioni soggettive*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 238-239.

²⁸ In tal senso F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, cit., 37; G. Greco, *Il regime degli accordi pubblicistici*, cit., 181.

recesso, esercitabile ex art. 11 in presenza di «sopravvenuti motivi di pubblico interesse», che non consentirebbe di ricondurre l'istituto alla "facoltà" di cui all'art. 1373 cod. civ., costituendo la doverosità del suo esercizio un segno inequivoco di matrice pubblicistica, al punto da essere qualificato come revoca.

5. *L'inquadramento pubblicistico.*

In una prospettiva differente si collocano quelle posizioni che, considerando gli accordi ex art. 11 espressione di potere amministrativo, escludono una qualificazione in termini di contratti di diritto privato²⁹. Gli accordi costituirebbero una categoria a sé stante, non coincidente né con il contratto disciplinato dal codice civile né con il provvedimento amministrativo unilaterale ed imperativo; per descrivere il fenomeno vengono utilizzati termini diversi: contratti di diritto pubblico³⁰, convenzioni pubblicistiche³¹, accordi di diritto speciale³².

La qualificazione in senso pubblicistico degli accordi era stata sostenuta espressamente già nel parere fornito sullo schema della l. n. 241/90³³ dal Consiglio di Stato, secondo il quale – in estrema sintesi – gli elementi che impediscono di applicare agli accordi ex art. 11 il regime proprio dei contratti di diritto privato vanno individuati nella particolare natura del soggetto amministrativo, nel tipo di interessi di cui questo è portatore, ed infine nell'oggetto dell'accordo (l'esercizio della funzione amministrativa).

Secondo i fautori della tesi pubblicistica, la circostanza che una delle due parti sia la pubblica amministrazione impedisce che gli accordi possano ritenersi stretti nell'esercizio di autonomia negoziale, in quanto l'autonomia privata appare incompatibile con lo statuto speciale della pubblica amministrazione³⁴. Posto che l'autonomia privata consiste nella libertà riconosciuta alle parti di valutare e perseguire i propri interessi, predisponendo un autoregolamento impegnativo conforme alle loro intenzioni, non condizionato da alcun obiettivo predeterminato che selezioni un interesse da ritenersi prevalente, è evidente come l'amministrazione non possa essere considerata titolare di autonomia privata, in quanto la sua attività è sempre permeata da un vincolo di scopo, che pre-esiste

²⁹ G. GRECO, *Il regime degli accordi pubblicistici*, cit., 161-162.; ID, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, cit., 86 ss; F. G. SCOCA, *Autorità e consenso*, cit., 36; G.D. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche, Ammissibilità e caratteri*, cit., 205; V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa*, cit., 224.

³⁰ G. GRECO, *Il regime degli accordi pubblicistici*, cit., 161.

³¹ G.D. FALCON, *Convenzioni e accordi amministrativi*, cit. *passim*; ID, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., *passim*.

³² F. G. SCOCA, *Autorità e consenso*, cit., 37.

³³ Cons. St., Ad. Gen., 19 febbraio 1987, n. 7, 34: «Gli accordi qui in esame [...] risentono, necessariamente, del contenuto e delle finalità del provvedimento che vanno a sostituire, sicché è logico che la legge assicuri all'amministrazione una qualche posizione di supremazia in relazione al contesto pubblicistico in cui l'accordo viene ad inserirsi».

³⁴ F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, cit., 5; M. S. GIANNINI, *L'attività amministrativa*, Roma, 1962, 26 ss.

al contratto e la orienta istituzionalmente³⁵: tutta l'attività amministrativa, anche quella che si avvale di strumenti di diritto privato, si caratterizza per essere funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico.

Si osserva inoltre che negli accordi l'interesse pubblico deve essere tutelato in maniera più intensa rispetto all'interesse dell'altra parte e l'unico modo per garantire la suddetta preminenza «è quello di considerare quale causa di invalidità del contratto di diritto pubblico la sua difformità dall'interesse pubblico, e cioè dall'interesse di una delle due parti: il che significa porre tra i vizi del contratto oltre ai vizi della causa anche quelli dei motivi»³⁶.

Segni evidenti della superiorità dell'interesse pubblico si troverebbero anche nella formulazione letterale dell'art. 11, là dove esplicitamente ribadisce il *perseguimento del pubblico interesse* (I comma) e riconosce all'amministrazione il potere di recedere dall'accordo per *sopravvenuti motivi di pubblico interesse* (IV comma), facendo così emergere la funzionalizzazione dell'esercizio del potere amministrativo, sia nella fase genetica che in quella di esecuzione dell'accordo³⁷; la difficoltà di configurare l'assunzione di un impegno rigidamente vincolante per una delle due parti (la pubblica amministrazione)³⁸ suonerebbe antitetica rispetto alla stabilità del regolamento contrattuale.

L'oggetto dell'accordo, coincidente con la determinazione del contenuto discrezionale del provvedimento, ostacola la «parificazione» degli accordi ai contratti del codice civile³⁹ o agli stessi contratti «ad evidenza pubblica»⁴⁰. La circostanza che il potere amministrativo culmini in un accordo anziché in un provvedimento unilaterale non incide sulla natura amministrativa del potere esercitato: «non esiste un rapporto di necessarietà biunivoca tra carattere unilaterale del potere (dell'amministrazione) e struttura unilaterale dell'atto con il quale il potere viene esercitato»⁴¹. Il regime della potestà amministrativa non muta se l'amministrazione, invece di esprimersi attraverso il compimento di atti unilaterali, si esprime mediante la conclusione di atti bilaterali⁴².

³⁵ Circa la funzionalizzazione dell'attività amministrativa si veda ALB. ROMANO, *Introduzione*, in *Diritto amministrativo* a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. COCA, 1998, 54 ss.; C. MARZUOLI, *Principio di legalità ed attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., 134 ss.

³⁶ E. GUICCIARDI, *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Arch. Dir. pubbl.*, 1936, 225.

³⁷ G. GRECO, *Accordi amministrativi*, cit., 88.

³⁸ F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, cit., 43.

³⁹ Chiaramente in tal senso ALB. ROMANO, *Conclusioni*, cit., 18.

⁴⁰ G. GRECO, *Gli accordi di diritto pubblico*, cit., 161.

⁴¹ F. G. COCA, *Autorità e consenso*, cit., 6-7; G. GRECO, *Gli accordi di diritto pubblico*, cit., 168; V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli convenzionali*, cit., 224; prima della l. n. 241/90 si veda G. D. FALCON, voce *Convenzioni e accordi amministrativi*, cit., 1 ss.

⁴² Significativa in tal senso Cons. St., Sez. V, 24 ottobre 2000, n. 5710, in *Cons. St.*, 2000, I, 2313 secondo la quale l'articolo 11 «regola l'ipotesi dell'attrazione nella struttura contrattuale della funzione amministrativa e che, pertanto, assume ad oggetto (sia nei contratti integrativi che in quelli sostitutivi di provvedimento) l'esecuzione in forma negoziale di poteri pubblicistici».

Negli accordi ex art. 11 confluiscono poteri di natura diversa: da un lato, il potere dell'amministrazione; dall'altro, l'autonomia dei soggetti privati. L'oggetto dell'accordo, ossia la determinazione discrezionale del provvedimento, impedisce che la modalità concreta di esercizio della potestà amministrativa possa declinarsi in termini di contratto in senso stretto, interamente sottoposto alle regole codicistiche.

La circostanza che, solo per profili limitati, sia legato all'accordo intercorso con i privati interessati non muta il regime del provvedimento finale: l'obbligazione discendente dall'accordo consiste nella «specificazione di un dovere scaturente dalla legge»⁴³.

Il limite all'applicazione della disciplina civilistica si giustifica proprio in considerazione del rilievo delle componenti pubblicistiche che caratterizzano la natura degli accordi. In questa prospettiva, la funzione degli accordi risiederebbe non solo nel vincolare l'amministrazione ad attenersi ai contenuti concordati con l'interessato, ma soprattutto quella di privare quest'ultimo – avendo egli già manifestato il suo assenso – della possibilità di sollevare contestazioni rispetto al provvedimento finale.

Come già rilevato, l'elemento più vistoso della persistenza di una disciplina pubblicistica viene ascritto alla specifica regolamentazione del recesso unilaterale contenuta nel IV comma dell'articolo 11, che non priva l'amministrazione del potere, in presenza di circostanze sopravvenute, di modificare – nell'esercizio della sua discrezionalità – l'assetto di interessi concordato (in parte) con il privato. Potere di recesso non compatibile con lo strumento contrattuale, che si caratterizza per la sua insensibilità alle eventuali variazioni degli interessi di una delle parti intervenute durante l'esecuzione del contratto: viene qui in rilievo il contrasto tra il carattere "irrinunciabile" ed "inesauribile" del potere amministrativo e la stabilità dell'assetto di interessi fissato nel contratto⁴⁴.

La irriducibilità degli accordi al *genus* contrattuale viene altresì imputata alla mancanza del requisito della patrimonialità – richiamato dall'art. 1321 cod. civ. – nell'obbligazione nascente dall'accordo; patrimonialità che non sempre risulta configurabile nelle «situazioni sulle quali incidono i provvedimenti»⁴⁵. Si osserva che l'esercizio della funzione amministrativa, oggetto dell'accordo, non risulta, di per sé solo, suscettibile di valutazione economica, in quanto l'emanazione del provvedimento non rappresenta un sacrificio per la pubblica amministrazione, bensì costituisce un dovere discendente dal rispetto del principio di legalità.

⁴³ G. GRECO, *Il regime degli accordi pubblicistici*, cit., 184.

⁴⁴ Esempi significativi si rinvencono in materia urbanistica dove il potere esercitato con il piano regolatore generale non può essere consumato neanche da eventuali convenzioni di lottizzazione stipulate, ma ancora in corso di esecuzione: si veda a tale riguardo T.a.r. Lombardia - Milano, Sez. II, 7 luglio 2008 n. 2882 in www.giustizia-amministrativa.it

⁴⁵ ALB. ROMANO, *Conclusioni*, cit., 10; G. GRECO, *Accordi amministrativi*, cit., 89; ID, *Il regime degli accordi pubblicistici*, cit., 184.

6. Profili ricostruttivi. La componente di esecutività negli accordi.

Gli accordi disciplinati all'art. 11 non possono ritenersi esattamente coincidenti né con la figura del contratto retto dalle norme civilistiche, né con il provvedimento amministrativo; una certa cautela si deve impiegare nell'avvalersi della figura del contratto di diritto pubblico, strumento giuridico creato nell'ordinamento tedesco per soddisfare esigenze diverse e soprattutto compatibile con un diverso sistema di tutela giurisdizionale che, a differenza del nostro, stabilisce un chiaro coordinamento tra norme procedimentali e tutela giuridica individuale, in attuazione dell'articolo 19, IV comma della Legge fondamentale tedesca⁴⁶; categoria ambigua non trasportabile nel nostro ordinamento, in quanto finirebbe per riproporre quelle difficoltà già sorte nel definire figure che si caratterizzano per una doppia anima, privatistica e pubblicistica, nelle quali la prevalenza dell'una o dall'altra appare una questione di ardua soluzione.

Risulta dunque necessario soffermarsi sulla figura dell'accordo, al fine di trovare specifici tratti distintivi rispetto ai contratti privatistici⁴⁷.

Nella nostra prospettiva, l'accordo deve essere indagato non già come elemento del contratto, sul presupposto che il consenso delle parti costituisca un suo elemento essenziale *ex art.* 1325 del codice civile, bensì in un'accezione più ampia volta a cogliere una varietà tipologica di figure convenzionali, che trascendono la impervia distinzione tra diritto privato e diritto pubblico, e sovrastano la figura del contratto di matrice civilistica⁴⁸, la cui essenza è costituita dalla «determinazione causale» riferita ad un dato regolamento di interessi⁴⁹. Occorre allora volgere lo

⁴⁶ Circa il disegno della tutela giuridica individuale («*Systementscheidung für den Individualrechtsschutz*») si rimanda alle riflessioni di E. SCHMIDT-ASSMANN, *L'illegittimità degli atti amministrativi per vizi di forma del procedimento e la tutela del cittadino*, cit., 493.

⁴⁷ La dottrina pubblicistica aveva già sottolineato come tratto distintivo dell'accordo, sia pur in una prospettiva che predilige l'analisi strutturale dell'atto, fosse la convergenza delle volontà delle parti verso il raggiungimento di un unico fine; in questa linea interpretativa si vedano P. GASPARRI, *Sugli atti giuridici complessi*, Pisa, 1939, 69 ss; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, 659 (controlla); nell'ambito della teoria generale M. TRIMARCHI, voce «*Accordo*», in *Enc. dir.*, Milano, 1958, I, 297; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in A. SCIALOJA-G. BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, Bologna-Roma, 1970, 14 ss.

⁴⁸ L'approfondimento dell'autonoma figura dell'accordo rispetto al contratto disciplinato dall'articolo 1325 del codice civile si deve a SALV. ROMANO, *L'atto esecutivo del diritto privato*, Milano, 1958, 58 ss. e spec. 63, che muove dalla necessità di effettuare alcune distinzioni all'interno della elaborazione della figura civilistica del contratto, fondata sul particolare rilievo che in esso assumerebbe il carattere causale dell'atto di rappresentazione: ossia l'atto di proposta o di accettazione.

⁴⁹ Non appare necessario in questa sede ripercorrere l'elaborazione privatistica in ordine al concetto di causa nel contratto. Tradizionalmente la causa veniva fatta coincidere con la funzione economico-sociale del contratto; per gli studi civilistici sulla causa si vedano M. GIORGIANNI, voce *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Vol. VI, Milano, 1960, 564 ss e spec. 575; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966; ID., *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico (dal cod. civ. del 1865 al cod. civ. del 1942)* in *Riv. dir. comm.*, 1986, I, 127; A. DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, *ad vocem*; U. BRECCIA, *Causa*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, *Il contratto in generale*, vol. XIII, III, Torino 1999; G. ALPA, L'uso giurisprudenziale della causa del contratto, in *Nuova giur. civ.*, comm., 1995, II, 1; ID., *La causa in Giur. Alpa-Bessone. Aggiorn.*, III, Torino, 1999, 1877; ID., *La causa e il tipo*, in *Tratt. contr. Rescigno*, Torino, 1999, 483; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, II ed., Milano, 2000, 452 ss; V. Roppo, *Il contratto*, II ed., in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2011, 341 ss.

sguardo «alla struttura interna, al procedimento di formazione, di esecuzione e di quanto altro conduce a scomporre per così dire la molteplicità di situazioni giuridiche cui inerisce un accordo»⁵⁰; procedimento di formazione che risulta particolarmente proficuo indagare rispetto agli accordi di diritto pubblico, in considerazione della difficoltà, emersa nella loro ricostruzione dogmatica, di conciliare il principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi con la predisposizione di un regolamento di interessi i cui effetti negoziali siano interamente imputabili alla volontà delle parti.

Se allora anche nel diritto privato è possibile individuare ipotesi di “convenzioni” non perfettamente riconducibili allo schema concettuale del contratto, in quanto in alcune ipotesi l’accordo tra soggetti privati appare meramente *esecutivo* di una norma, la quale soltanto costituisce la fonte della «determinazione casuale»⁵¹, sembrerebbero condividere la medesima natura “esecutiva” anche gli accordi stipulati nell’ambito del procedimento amministrativo. In queste figure consensuali, la pubblica amministrazione ed i soggetti privati non sono chiamati a stabilire l’assetto tra interesse privato ed interesse pubblico (che costituisce la ragione dell’attribuzione di potere), ma si limitano a determinare (attraverso l’assunzione di reciproche obbligazioni) modalità di contemperamento tra interessi – da riversare nel provvedimento (accordi procedurali) o direttamente sostitutive del provvedimento (accordi sostitutivi) – il cui equilibrio appare tuttavia già prestabilito in astratto da norme, che, attraverso l’applicazione di un criterio di prevalenza, hanno risolto *a priori* l’eventuale conflitto tra interessi pubblici e privati; qui – diremmo con Salvatore Romano – l’accordo sovrasta ad una scelta non già di natura causale, bensì esecutiva di una norma, alla quale soltanto può riferirsi la determinazione causale.

Non è allora solo l’atteggiarsi degli interessi tra le parti, nella duplice alternativa tra il presentarsi come “*contrapposti*” (contratto) o “*paralleli*” (accordo)⁵², che induce a qualificare la figura dell’accordo in termini di eterogeneità rispetto al contratto⁵³, quanto piuttosto sono i limiti strutturali dell’accordo di cui all’articolo 11 che lo legano ad una dimensione necessariamente procedimentale, così connotandolo – anche in virtù dell’interpretazione sistematica delle norme sull’azione amministrativa (art. 1) e per lo specifico rilievo che il fine pubblico assume (art. 11) – di

⁵⁰ SALV. ROMANO, *L’atto esecutivo nel diritto privato*, cit., 61.

⁵¹ SALV. ROMANO, *L’atto esecutivo nel diritto privato*, cit., 63: «Vi sono dei casi in cui la fonte normativa primaria deve rinvenirsi nella legge e non nella volontà privata. Così la stessa legge costituisce fonte regolatrice in concreto dell’obbligazione di risarcimento del danno in presenza del fatto illecito, o degli obblighi patrimoniali del marito o dell’obbligazione materiale. I privati si «accordano» sulla misura dei danni, delle somme da versare a titolo di alimenti o di mantenimento. Questo accordo si concreta in convenzioni, e non di rado, ricorre la denominazione di contratto. In realtà l’accordo sovrasta ad una determinazione, che è il risultato di un’accezione, ma non di natura causale, bensì esecutiva di una norma alla quale soltanto può riferirsi la determinazione causale. Si ha l’atto rappresentativo di un contenuto che può anche essere definito volitivo ma non certo nel senso di predisporre una funzione di scambio bensì nel senso di attuarla» (corsivo nostro).

⁵² E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2°, in *Trattato di dir. civ.* diretto da VASSALLI, Torino, 1952 (rist.), 312 ss.

⁵³ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2°, in *Trattato di dir. civ.* diretto da VASSALLI, Torino, 1952 (rist.), 312 ss.

un ineludibile profilo di “*esecutività*”, incompatibile con le caratteristiche dell’autonomia negoziale. Esecutività riscontrabile ora nei confronti della legge ora nei confronti di altri atti dell’amministrazione, normativi e non, che direttamente conformano le situazioni soggettive dei privati; si pensi alle ipotesi delle convenzioni di lottizzazione previste dai piani regolatori comunali, nei quali l’equilibrio tra interesse pubblico (predisposizione del miglior utilizzo del territorio) e diritto del soggetto privato (*ius aedificandi*) è già determinato negli strumenti di pianificazione urbanistica, lasciando all’amministrazione procedente ed ai soggetti privati la facoltà di precisare convenzionalmente le modalità di attuazione delle reciproche obbligazioni.

7. *Accordi e contratti.*

Il rinvio contenuto nell’art. 11 della l. n. 241/1990 ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti ha determinato negli interpreti un condizionamento di prospettiva, inducendoli – nel misurare le componenti privatistiche e pubblicistiche degli accordi – a ritenere prevalenti le prime, anche in considerazione del *favor* riposto dal legislatore del 2005 verso l’utilizzo degli strumenti consensuali nell’azione amministrativa (art. 1 *bis*), qualificando l’accordo – all’indomani dell’eliminazione del principio di tipicità, previsto (per i soli accordi sostitutivi) nella prima stesura della l. n. 241/1990 – come istituto di portata generale.

Si rendono al riguardo opportune alcune precisazioni. Non appare corretto ricavare necessariamente dal riferimento ai principi del codice civile (Libro IV), l’ulteriore passaggio che conduce a qualificare gli accordi come veri e propri contratti di diritto privato; non solo in considerazione dell’evidente disparità tra i due soggetti dell’accordo (pubblica amministrazione e amministrato) o della funzionalizzazione di quest’ultimo al perseguimento dell’interesse pubblico, ma anche in ragione di un ulteriore rilievo: le obbligazioni (anche nei rapporti tra soggetti privati) non nascono esclusivamente dal contratto, in quanto l’articolo 1173 cod. civ. ricomprende tra le loro fonti anche il fatto illecito e “*ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell’ordinamento giuridico*”.

Nel procedimento amministrativo è la legge, e non l’accordo tra le parti, a costituire la fonte dell’assetto tra gli interessi, attraverso il rispetto di una sequenza di atti e di operazioni, tra i quali si situa anche l’accordo tra amministrazione e amministrato; del resto, la qualificazione degli accordi in chiave non contrattuale non impedisce di ricostruire le vicende relative alla loro esecuzione in termini prevalentemente civilistici⁵⁴.

⁵⁴ Circa il rilievo che la stipulazione di un accordo determini una cesura rispetto al precedente operato dell’amministrazione si veda M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall’accordo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 29 ss; G. GRECO, *Il regime degli accordi pubblicistici*, cit., 177.

Ciò che è carente negli accordi è la forza creatrice dell'autonomia negoziale, intesa secondo un'accezione strettamente civilistica, quale potere delle parti di determinarsi liberamente a predisporre un regolamento di interessi, fonte immediata ed esclusiva del rapporto obbligatorio; forza creatrice inconciliabile con la doverosità dell'azione amministrativa e con il principio di legalità che la informa.

In altri termini, se mediante l'accordo l'amministrazione coinvolge il soggetto privato nella determinazione del contenuto del provvedimento (con un atto della sequenza procedimentale, da riversare nel provvedimento finale o che direttamente lo sostituisca), tuttavia l'effetto giuridico prodotto non sarà imputabile all'accordo, ma esclusivamente al potere dell'amministrazione, che trova fondamento in una norma di legge⁵⁵. L'accordo, pur inserito in una serie di operazioni determinanti, non può dirsi «costitutivo degli effetti»⁵⁶; le modalità concretamente attuative della relazione tra interesse pubblico e interesse privato non incidono sulla «predeterminazione normativa degli effetti»⁵⁷.

8. Alcune riflessioni sulla causa.

Viene in rilievo il rapporto tra disciplina astratta del potere amministrativo ed effetti provvedimenti; la riflessione si sposta sulla figura della causa.

La complessità del dibattito intorno alla applicabilità della causa al provvedimento amministrativo, consente, nonostante le perplessità mostrate nei confronti di una categoria condizionata dalla «costruzione pandettistica»⁵⁸ di stampo prettamente civilistico, di riscontrare tra le diverse posizioni assunte un comune denominatore nello stabilire un «rapporto necessario e fondamentale»⁵⁹ tra atto amministrativo e pubblico interesse, sia pur sganciato da una logica di tipo volontaristico.

⁵⁵ In questa prospettiva si veda già A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XV, edizione, 1989, 605 e 655.

⁵⁶ A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989,

⁵⁷ R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 30; R. VILLATA, *L'atto*, 787.

⁵⁸ R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 226.

⁵⁹ In questo senso, nonostante riconoscesse l'impossibilità di trasporre la nozione di causa giuridica, propria dei negozi di diritto privato, all'atto amministrativo, concordava nel riscontrare un rapporto di necessità tra l'atto amministrativo e l'interesse pubblico, R. ALESSI, *Intorno ai concetti di causa giuridica, illegittimità, eccesso di potere*, Milano, 1934, ora in R. ALESSI, *Scritti minori*, Milano, 1981, 52 ss; circa l'elaborazione del concetto di causa si vedano C. MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, Roma, 1935; P. BODDA, *La nozione di «causa giuridica» della manifestazione di volontà nel diritto amministrativo*, Torino, 1933, poi in *Scritti Romano*, II, 59; sull'argomento condizionato dall'impostazione di Carnelutti, si veda anche P. GASPARRI, *La causa degli atti amministrativi*, Pisa, 1942; per autori più recenti si veda M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, 1993, Vol. II, 249 ss; ALB. ROMANO, *Introduzione*, in *Diritto amministrativo* a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. COCA, Bologna, 1998, 58 che osserva come i provvedimenti sono viziati per eccesso di potere allorché, sia pur non emanati oltre i poteri dell'amministrazione di cui sono espressione, non sono coerenti con il fine pubblico che è «causa della loro attribuzione»; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2006, 500 secondo il quale la causa coincide con l'interesse pubblico risultato prevalente nel bilanciamento tra valori diversi, fissato nella norma di relazione; il tema della causa è stato analizzato, sia pur nella prospettiva della nullità, da M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Milano, 2004, 211 ss; R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 228 ss.

Anche coloro i quali negano l'utilizzabilità della figura privatistica della causa finiscono – sia pur ricorrendo a termini differenti, come quello di “limite”, “vincolo di scopo”, “interesse funzionale” – per riconoscere ai provvedimenti amministrativi la capacità di determinare vicende di costituzione, modificazione, estinzione di situazioni giuridiche soggettive soltanto a fronte di una “legittimità sostanziale”, che rimanda alla soddisfazione dell'interesse pubblico legislativamente definito. La causa del provvedimento viene così a coincidere con il pubblico interesse, che giustifica l'attribuzione di potere imperativo all'amministrazione⁶⁰, non già – come avveniva in epoca liberale – in funzione del perseguimento di un interesse staticamente definito da un legislatore capace di risolvere il rapporto autorità/libertà, bensì di un interesse pubblico che, in ragione del mutato contesto socio-economico e coerentemente con l'evoluzione delle teorie sulla discrezionalità amministrativa, appare suscettibile di essere identificato soltanto nel concreto svolgersi del potere amministrativo attraverso la dinamica procedimentale⁶¹. In questa prospettiva, il concetto di causa manifesta la sua utilità nello stabilire un nesso tra indicazioni di valore espresse dalla legge (ordinazione e graduazione degli interessi) ed esercizio del potere che le attua nel procedimento amministrativo. La nozione di causa, sia pur apparentemente condizionata dalla ricostruzione del provvedimento in termini negoziali, recupera il collegamento funzionale tra atto amministrativo e interesse pubblico concreto, che, lungi dallo spingere verso un appiattimento del regime del provvedimento su quello del negozio – non praticabile anche in considerazione del particolare rilievo che nel diritto amministrativo assume la stabilità degli effetti provvedimenti –, finisce, al contrario, per esaltarne la specifica valenza pubblicistica⁶².

Applicata al fenomeno degli accordi, la causa svolge un precipuo ruolo negativo – in virtù del richiamo legislativo all'elemento teleologico (interesse pubblico) contenuto nell'art. 11 – consistente nella delimitazione dell'ambito di negoziabilità prescritto dalla norma attributiva del

⁶⁰ Si veda in tal senso la posizione di R. ALESSI, *Intorno ai concetti di causa giuridica, illegittimità, eccesso di potere*, cit., 72 che affermando l'estraneità del concetto di causa dal campo dell'atto amministrativo, ricostruisce la conformità del provvedimento all'interesse pubblico quale limite, e forse si potrebbe anche dire quale causa, dell'attribuzione di potere all'amministrazione; nella medesima posizione negativa si colloca C. MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, in *Studi dell'Istituto di diritto pubblico e legislazione sociale della R. Università di Roma*, 1935, 474 ss che sottolineando l'importanza della distinzione tra attività vincolata e attività discrezionale, rinvia sempre nella «disciplina dell'emissione dei singoli atti, o del fine di essi, o dei mezzi da seguire per l'attuazione di un determinato interesse pubblico».

⁶¹ Circa l'evoluzione delle teorie sulla discrezionalità si veda F. SATTA, *Il principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 372 ss; N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989, 345 ss.

⁶² In questo senso particolarmente eloquente risulta la ricostruzione di F.G. COCA, *Autorità e consenso*, cit., 43: «Nella sua azione precettiva, ossia nella (elaborazione della) regolazione degli interessi pubblici (e di quelli privati che con i pubblici si incrociano e si intersecano), l'amministrazione esercita sempre lo stesso potere (precettivo), che può essere autoritativo o meno, ma rimane sempre un potere funzionalizzato. Non essendo un potere libero, non è possibile confonderlo con l'autonomia privata; essendo sempre lo stesso, esso è disciplinato, almeno nelle linee fondamentali, sempre nello stesso modo. Per esso vige un solo statuto giuridico».

potere amministrativo, laddove essa non ne predetermini esaustivamente tutti gli elementi; l'elemento causale perde la connotazione "volontaristica" – che nel diritto privato designa un elemento costitutivo dell'atto che, sul presupposto della sua non contrarietà a norme imperative, ricollega alla scelta delle parti la produzione di effetti corrispondentemente modulati – per assurgere ad elemento puramente funzionale, slegato dall'esercizio di un'autonomia negoziale, che orienta positivamente lo svolgimento necessitato del potere discrezionale, escludendo quelle soluzioni incompatibili con la concretizzazione dell'interesse pubblico indicato dalla norma attributiva del potere. Gli accordi consentono di consumare quei margini di scelta che la norma lascia indeterminati all'amministrazione, la quale può concordare con il destinatario del provvedimento le modalità con cui attuare in concreto la composizione tra valori delineata in astratto dalla norma⁶³.

Nel caso degli accordi (sia quelli cosiddetti procedimentali che quelli sostitutivi) – ai quali si addice un'innata dimensione di *esecutività* – la causa funge da *limite interno*, quale ragione dell'attribuzione di potere; nel caso dei contratti di diritto privato l'autonomia negoziale trova un *limite esterno* nella cornice di meritevolezza che il regolamento impegnativo di interessi fissato dalle parti deve rispettare⁶⁴.

L'attenzione prestata alla causa conferma la descritta rappresentazione "esecutiva" degli accordi, nel senso di escludere un nesso di immediatezza tra autonoma determinazione degli interessi ed effetti obbligatori discendenti dall'accordo tra privato e pubblica amministrazione.

9. Tipi negoziali e tipicità del provvedimento quale indice ulteriore dell'esecutività degli accordi.

Differente risulta il concetto di tipicità nei contratti e negli accordi.

Per i negozi di diritto privato è possibile scindere nel quadro legislativo dei tipi negoziali una pluralità di funzioni, corrispondenti a diversi assetti di interessi, volti alla soddisfazione di indefiniti e mutevoli bisogni individuali. Alla tradizionale concezione della causa del contratto quale funzione economico-sociale – mediante la quale il legislatore registra la diffusione di schemi negoziali volti a realizzare interessi ricorrenti –, si contrappone la considerazione dell'elemento causale quale "funzione economico-individuale", che pone l'accento sulla peculiarità della singola vicenda

⁶³ In altri termini, l'ambiguità suscitata dall'utilizzo della terminologia civilistica consente di isolare la causa, quale profilo sicuramente non negoziabile tra le parti dell'accordo, delimitando il confine rispetto ai contratti privatistici: la causa del provvedimento non muta se il margine di discrezionalità che la legge lascia all'amministrazione procedente può essere negoziato con il privato (configurando uno sbocco alternativo al fisiologico esito unilaterale del procedimento amministrativo), in quanto l'assenso, o meglio l'accordo, potrà avere ad oggetto soltanto una delle alternative di composizione degli interessi, emersi nella fase istruttoria, compatibili con il quadro legislativo, al fine di agevolare l'esecuzione anche per il soggetto privato, senza tuttavia che all'accordo sia riconosciuta la capacità di alterare l'iniziale ordinazione legislativa tra gli interessi, che costituisce appunto la causa dell'accordo/provvedimento.

⁶⁴ Estremamente chiaro in tal senso: G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 345: «I principi generali dell'ordinamento non possono assurgere a limiti positivi sì che il negozio sia tutelato in quanto realizzi anche (cioè oltre a quelli particolari) un interesse sociale; essi rappresentano, in verità, per il negozio soltanto un limite negativo, nel senso che la tutela dell'ordinamento è apprestata, ogni qual volta i principi di questo non siano violati».

contrattuale, a prescindere dalla sua riconducibilità ad un tipo⁶⁵. Alle parti contraenti è lasciato di stabilire una diversa articolazione degli interessi, sfruttando l'elasticità dello schema legale, ovvero sconfinando in funzioni denominate atipiche.

Diverso è quanto accade nel caso degli accordi: il mancato rispetto della sistemazione legislativa tra interesse pubblico ed interessi dei soggetti privati determina l'illegittimità dell'accordo sostitutivo o del provvedimento finale nel quale esso è stato riversato. Risulta così evidente il significato peculiare che il principio di tipicità riveste rispetto al provvedimento e agli accordi, in quanto entrambi espressione di potere amministrativo. Qui i concetti di tipicità e causa appaiono sovrapporsi, essendo entrambi volti a delimitare la funzione del singolo provvedimento, individuando in partenza (*ex ante*) l'interesse pubblico specifico che ogni provvedimento – e quindi l'accordo – è chiamato a soddisfare.

La enfatizzata consensualità degli accordi nasconde residui ineliminabili di unilateralità, che si rinvencono nella definizione legislativa dell'equilibrio da imprimere agli interessi selezionati dal procedimento, e nella possibilità, connessa alla cosiddetta "inesauribilità" del potere amministrativo, lasciata all'amministrazione di esercitare il potere unilaterale/imperativo mantenendo gli amministrati in uno «stato di soggezione»⁶⁶.

10. Gli elementi del provvedimento ex art. 21 septies.

La propensione verso la qualificazione pubblicistica degli accordi nel procedimento amministrativo, unitamente all'introduzione dell'articolo 21 *septies* nella legge n. 241/1990, ci inducono a compiere brevi riflessioni volte a riprendere il «profilo causale», per verificare se il richiamo all'interesse pubblico enfaticamente ribadito nell'articolo 11 non corrisponda alla volontà del legislatore di elevarlo a «requisito» degli accordi, nel senso disposto dall'articolo 1325 cod. civ.⁶⁷

Il regime di nullità del provvedimento introdotto dal legislatore del 2005 rimanda alla categoria della nullità strutturale, che giovandosi dell'impostazione civilistica sembrerebbe includere anche l'illiceità della causa tra le ipotesi di nullità; quadro normativo che offre lo spunto per riconsiderare una lettura molto suggestiva, nata nel contesto dell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione, per la quale la violazione del vincolo di scopo renderebbe nulli gli atti da essa emanati, per violazione di norme imperative ex art. 1418 cod. civ.⁶⁸.

⁶⁵ G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 371 ss.

⁶⁶ ALB. ROMANO, *Conclusioni*, cit., 19.

⁶⁷ F.G. COCA, *Autorità e consenso*, cit., 39.

⁶⁸ C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato dell'amministrazione*, cit., 186: «Ci sembra pertanto che la norma cui richiamarsi per individuare il tipo di reazione che colpisce l'atto posto in essere in violazione dello scopo sia l'art. 1418 cod. civ., primo comma. L'atto è nullo per violazione di norma imperativa» (corsivo nostro); applica questa interpretazione T.a.r. Lombardia, Milano, Sez. I, 12 febbraio 2009, n. 1253 in *Foro amm. T.a.r.*, 2009,

L'impostazione condivisa per la quale la causa del provvedimento (e quindi degli accordi) coincide con l'interesse pubblico suscita il legittimo interrogativo, se anche il vizio della causa, ossia il mancato perseguimento del vincolo di scopo, valga ad integrare un'ipotesi di nullità in applicazione del combinato disposto degli artt. 21 *septies* l. n. 241/1990 e 1418 cod. civ.; soluzione teoricamente percorribile – per la possibilità di applicare l'articolo 21 *septies* alle clausole contenute in accordi ex art. 11 – ma molto pericolosa, per le conseguenze che ne deriverebbero in ordine alla stabilità dei rapporti tra privati e pubblica amministrazione⁶⁹. Peraltro, sono note le ragioni di distinzione tra il regime di validità del negozio giuridico e quello costruito per i provvedimenti dell'amministrazione: il primo, fondato su di una dimensione “strutturale” degli stati patologici della fattispecie negoziale; il secondo, modulato sull'aspetto “funzionale”, che conferisce un rilievo determinante alla discrezionalità amministrativa, quale attività logico-valutativa e non meramente volitiva di determinazione dell'interesse pubblico concreto⁷⁰.

L'esclusione dell'illiceità della causa quale ipotesi di nullità degli accordi – unitamente al mancato inserimento della causa tra gli elementi negoziabili del provvedimento, che attengono soltanto ad alcuni profili di disciplina del potere amministrativo – suona come ulteriore conferma della prevalenza del regime pubblicistico rispetto a quello privatistico, gettando chiarezza sulla qualificazione degli accordi: “strumenti procedimentali”, funzionali a dare attuazione a norme di natura sostanziale, che impongono alle parti di osservare «un aspetto della disciplina legale dell'attività dell'amministrazione e non di affermare la prevalenza dell'interesse portato dall'amministrazione»⁷¹, rispettando quel vincolo di scopo che l'articolo 11 richiama secondo una modalità meramente rafforzativa⁷².

Il rispetto del principio di legalità discende direttamente dallo statuto costituzionale dell'amministrazione e precisamente da alcune sue norme (art. 97 Cost.), che nell'affermare il

325 con nota critica di N. BASSI, *Difetto assoluto di attribuzione e nullità degli accordi amministrativi: alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Foro amm. T.a.r.*, 2009, 239 ss.

⁶⁹ In tal senso si veda F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, cit., 39-40: «Ove si accedesse a tale ricostruzione del significato della seconda proposizione incidentale, si avrebbero conseguenze gravi, che finirebbero per compromettere la stessa stabilità del rapporto nascente dall'accordo: sarebbe per l'amministrazione sufficiente affermare la non rispondenza (originaria) dell'accordo al pubblico interesse per minarne la validità, e di conseguenza, l'efficacia».

⁷⁰ Per tali distinzioni R. VILLATA E M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 352; A. ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza. Appunti sul concetto di invalidità*, in *Studi in onore di V. Ottaviano*, Milano, 1993, Vol. II, 1116; circa la prevalenza del profilo funzionale nel regime di invalidità del provvedimento amministrativo T.a.r. Puglia, Bari, Sez. III, 7 dicembre 2011 n. 1862.

⁷¹ C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato dell'amministrazione*, cit., 166.

⁷² La funzionalizzazione degli accordi rispetto all'interesse pubblico si ricava chiaramente in alcune pronunce del giudice amministrativo che nel verificarne la legittimità valuta la riconducibilità della prestazione imposta al soggetto privato al contenuto tipico del provvedimento, così come disciplinato dalla legge attributiva del potere: T.a.r. Lombardia, Milano, I, 12 febbraio 2009, n. 1253, in *Foro amm. T.a.r.*, 2009, 235.

principio di imparzialità dell'azione amministrativa rimandano implicitamente alla necessaria funzionalizzazione del potere amministrativo rispetto all'interesse generale⁷³.

Interesse pubblico e interesse privato vengono allora intesi non già in una dimensione di insanabile contrapposizione bensì in un'accezione più ampia, di temperamento di interessi non inconciliabili attraverso una sequenza procedimentale nella quale l'amministrazione proietta una scelta normativa sganciata dal riferimento ad elementi di fatto. Prospettiva di inclusione dell'interesse privato nell'interesse generale, che per il tramite delle norme che delimitano la sfera dell'amministrazione e quella del privato facilita l'interpretazione degli accordi quali mezzi di realizzazione di interessi di tipo non esclusivamente individuale: emerge così il collegamento con l'istituto della partecipazione, che condivide con gli accordi la funzione di determinazione dell'interesse pubblico concreto, ossia uno dei contenuti più significativi dell'intervento nel procedimento⁷⁴.

Le norme sostanziali e quelle procedurali si combinano, qualificando l'accordo come *istituto procedimentale*, funzionale alla migliore realizzazione concreta di un disegno compositivo di interessi, stabilito come astratto, ma necessaria, ipotesi normativa.

⁷³ Si veda per la ricostruzione dello statuto costituzionale dell'amministrazione V. CERULLI IRELLI, *Il negozio come strumento di azione amministrativa*, cit., 81 ss.

⁷⁴ Circa il legame tra partecipazione ed accordi si vedano le riflessioni di A. PAJNO, *Partecipazione e accordi ex art. 11 della legge 241/1990*, in *Autorità e consenso*, cit., 133 ss.