

PRINCIPIO DI LEGALITÀ E MODULI CONVENZIONALI NELL'ESERCIZIO DEL POTERE AMMINISTRATIVO

SOMMARIO: 1. La progressiva diffusione degli strumenti negoziali nella formazione della volontà della p.a.: dalla legalità - garanzia, alla legalità - indirizzo - 2. L'art. 1 comma I bis della L. 241/1990 tra legalità ed efficienza dell'azione amministrativa - 3. La nozione di attività amministrativa autoritativa - 4. Il nuovo rapporto tra diritto pubblico e diritto privato nell'azione della p.a. - 5. Accordi amministrativi, legalità ed efficienza dell'azione amministrativa - 6. Riflessioni sulla fungibilità tra moduli consensuali ed autoritativi nell'esercizio della funzione amministrativa; considerazioni conclusive

1. La progressiva diffusione degli strumenti negoziali nella formazione della volontà della p.a.: dalla legalità - garanzia, alla legalità - indirizzo

In un saggio pubblicato nel 1992 nell'ambito degli Studi in memoria di Franco Piga Piero Alberto Capotosti prefigurava una evoluzione del principio di legalità dell'azione amministrativa in considerazione della progressiva restrizione dello spazio autoritativo della pubblica amministrazione¹.

In particolare, secondo questo orientamento dottrinale, la nuova fisionomia della legalità dell'azione amministrativa è stata progressivamente determinata dall'attenuazione della valenza garantistica tradizionalmente attribuita al predetto principio, alla quale si è accompagnata una riduzione dell'ambito di applicazione del provvedimento amministrativo, considerato nei suoi caratteri tipici dell'imperatività e dell'esecutività².

Orbene, secondo la prospettiva tradizionale l'amministrazione era concepita essenzialmente come potere autoritativo che si estrinsecava mediante atti unilaterali ed imperativi³. In questo quadro, il principio di legalità rispondeva ad un'esigenza ben precisa, ossia quella di garantire che fosse sufficientemente determinata la legislazione riguardante le attività amministrative incidenti sulla libertà individuale e sulla proprietà privata⁴.

Negli ultimi decenni, invece, si è registrata una tendenza inversa, con conseguente fuga dal ricorso ai modelli pubblicistici nello svolgimento dell'azione amministrativa e diffusione sempre più ampia degli strumenti propri del diritto privato⁵. Talvolta, poi, anche quando l'esercizio dell'azione amministrativa

¹ Si veda in proposito P. A. CAPOTOSTI, *Tendenze alla negoziazione degli interessi tra amministrazione e privati e principio di legalità*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, I, Milano, 1992, p. 211, ss. In particolare, l'A., riprendendo le parole di Franco Piga, osserva che "in un sistema delle funzioni di governo nel quale si introducono regole di direzione per consenso e aree sempre più vaste di programmazione contrattata e di contrattazione che cerca di estendersi anche ai settori di più antica prerogativa dell'autorità..., il momento dell'imperatività mantiene un valore prevalentemente formale e perfino l'area della discrezionalità tende a svolgersi in forme sostanzialmente vincolate da presupposti contrattuali". Dello stesso A. si veda anche, *Verso una nuova configurazione del principio di legalità*, in G. MARONGIU, G.C. DE MARTIN (a cura di), *Democrazia ed amministrazione in ricordo di Bachelet*, 1992, pp. 133 ss. Sulla stessa lunghezza si colloca, inoltre, V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967, *passim*, ove in particolare si osserva che, "man mano che l'azione pubblica e in particolare quella amministrativa tende a esplicarsi non più in atti puntuali, ma in un'attività non agevolmente sindacabile con i tradizionali strumenti di controllo giuridico, è proprio dalla organizzazione della pubblica amministrazione, delle sue strutture, delle sue competenze, dei suoi procedimenti, dei suoi rapporti interni ed esterni che viene ad essere garantita la posizione dei cittadini; in una parola, il principio di legalità dell'azione amministrativa acquista un nuovo rilievo".

² Così P.A. CAPOTOSTI, *op. ult. cit.*, p. 214.

³ Dello stesso avviso G. MANFREDI, *La nuova disciplina degli accordi tra amministrazione e privati e le privatizzazioni dell'azione amministrativa*, 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, p. 76, ove si rileva che la sistematica amministrativa frutto dell'elaborazione tradizionale era "incentrata sull'autorità e sul potere della pubblica amministrazione, che venivano considerati immediata proiezione immediata proiezione della sovranità dello Stato, ed erano destinati ad esplicarsi per il tramite di atti imperativi e unilaterali, interamente assoggettati a un regime di matrice pubblicistica". Nell'ambito della dottrina tradizionale si veda, inoltre, A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, p. 532, il quale, all'epoca osservava che "il diritto pubblico amministrativo...è regola dell'operare della Pubblica amministrazione". Per una ricostruzione storica dei rapporti tra diritto amministrativo e diritto privato si rinvia a L. Mannori L. - B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2006, pp. 343 ss., in particolare 370.

⁴ Si veda in proposito Levi F., *Legittimità (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, pp. 124 ss.

⁵ In dottrina è stata da più parti rilevata la crescita esponenziale dei fenomeni connessi all'impiego delle forme privatistiche, in luogo di quelle pubblicistiche, nell'azione delle amministrazioni pubbliche. Per un'ampia ed articolata disamina del fenomeno in tutti i suoi risvolti, si veda *ex plurimis* G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003. Per quanto invece concerne la disomogeneità del fenomeno e l'ampiezza e varietà delle ragioni che spingono nel senso della privatizzazione dell'azione

avviene attraverso il tradizionale modulo autoritativo, l'adozione del provvedimento finale è preceduta da una trattativa tra l'Amministrazione ed il privato interessato. Pertanto, come acutamente rilevato in dottrina, il contratto talvolta si sostituisce *tout court* ad un atto unilaterale della p.a.; talaltra, invece, si aggiunge alla fattispecie come semplice elemento integrativo⁶. In entrambi i casi, comunque, ci troviamo di fronte ad un nuovo modello di amministrazione: l'amministrazione concertata⁷.

La tendenza alla formazione della volontà della p.a. attraverso strumenti di tipo negoziale ha trovato un ulteriore suggello con l'art. 11 della legge 241 del 1990. Attraverso la disposizione in questione, infatti, il ricorso alla figura dell'accordo amministrativo non è più previsto in via isolata ed episodica da singole fattispecie normative, ma ha invece trovato una codificazione generale⁸. Peraltro, giova rilevare che l'innovazione in questione costituisce una manifestazione di un fenomeno più generale, che coinvolge l'ordinamento giuridico nella sua globalità, dal momento che, come acutamente osservato dalla dottrina più avveduta, "*in via generale è possibile constatare una tendenza sempre più accentuata alla formazione negoziale del diritto*"⁹.

Tutto ciò si ripercuote inevitabilmente sulla fisionomia del principio di legalità. In primo luogo, come da taluno osservato, la legge, che in base al predetto principio rappresenta il criterio che regola l'azione della p.a., tende a perdere il connotato della sovranità, per divenire, viceversa, policentrica e speciale¹⁰.

Inoltre, e questo è l'aspetto che interessa maggiormente in questa sede, la progressiva penetrazione dei moduli consensuali nell'ambito dell'attività amministrativa è sintomatica del mutamento strutturale di certi provvedimenti dei pubblici poteri da atti unilaterali ad atti a struttura sostanzialmente bilaterale. Ciò, quindi, pone la necessità di concepire in termini diversi il principio di legalità. Tale principio, infatti, è stato tradizionalmente considerato alla stregua di un istituto che si estrinseca attraverso atti aventi natura autoritativa.¹¹ Orbene, il declino del momento autoritativo e l'emergere progressivo di quello negoziale hanno messo in crisi la concezione tradizionale del principio di legalità.

In realtà, come abbondantemente dimostrato nel corso di questo lavoro, la crisi del principio di legalità non coinvolge lo stesso nella sua globalità, ma riguarda bensì una soltanto delle sue possibili accezioni: quella garantistica¹². Pertanto, come acutamente osservato da M. S. Giannini, si registra una tendenza recessiva della legalità garanzia, non più invocabile in tutte quelle ipotesi, ormai largamente maggioritarie, nelle quali l'attività amministrativa non esprime più la dialettica autorità-libertà¹³. Quanto premesso, infatti, riflette ancora una volta il cambiamento in atto nell'azione e nella fisionomia della pubblica amministrazione, che è andata via via acquisendo, negli ultimi anni, una posizione assimilabile a quella dell'autonomia privata, in quanto esercente attività finalisticamente orientata, sia pure alla realizzazione di scopi di interesse pubblico¹⁴. Ciò ha portato avveduta dottrina ad affermare che la crisi della legalità garanzia "*sembra quindi derivare dall'affermarsi di un contrapposto principio di effettività, scaturente dalla progressiva espansione del modello neocontrattualistico, che rende comprensibile la graduale erosione del*

amministrativa, si rinvia ai lavori di S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, 2003, pp. 405 ss. e di G.P. ROSSI, *Problemi di metodo e di adeguatezza*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 2001, pp. 7 ss.

⁶ Si veda in proposito M. NIGRO, *Conclusioni*, in *Atti del Convegno "L'accordo nell'azione amministrativa"*, Roma, 1988, pp. 14 ss.

⁷ Così si esprime P. A. CAPOTOSTI, op. ult. cit., p. 215, ove l'A., parafrasando la dottrina francese, parla di *Etat concordataire* o di *administration concertée*.

⁸ Si veda in proposito S. GIACCHETTI, *Gli accordi dell'art. 11 della L.241/1990 tra realtà virtuale e realtà reale*, in *Procedimenti e accordi dell'amministrazione locale, Atti del XLII Convegno di Varenna*, Milano, 1997, pp.111 e ss..

⁹ Di questo avviso è P.A. CAPOTOSTI, op. ult. cit., p. 215, dal quale è tratto il corsivo riportato nel testo. A completamento di quanto osservato, l'A. prosegue rilevando che "*con l'avvento del Welfare State è andato...emergendo un modello neocontrattualistico nel quale il diritto sembra operare, anziché come tecnica di controllo e di direzione ab externo dei comportamenti sociali, piuttosto come modo di agevolazione dei processi di regolazione consensuale dei conflitti sociali. In questo contesto, dunque, la formazione negoziale del diritto viene a fondarsi...su una logica dello scambio e della mediazione fra interessi in concorrenza, la quale, in definitiva, predomina su qualsiasi profilo di istituzionalizzazione giuridica e quindi di incidenza autoritativa sulla società*".

¹⁰ In questo senso V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, pp. 65 ss. Nello stesso ordine di idee si collocano anche C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1971, pp. 1512 ss. Da ultimo si veda, poi, A. D'ATENA, *Lezioni tematiche di diritto costituzionale*, Torino, 1996, p. 93.

¹¹ Nell'ambito di questo orientamento si veda *ex plurimis* M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, op. cit., pp. 81 ss.

¹² Sulla plurivocità del principio di legalità, sulla distinzione tra legalità garanzia e legalità indirizzo e sul diverso modo di atteggiarsi della predetta dicotomia, in considerazione dell'evoluzione del nostro diritto amministrativo si rinvia a quanto osservato nel corso del primo capitolo.

¹³ Si veda in proposito M. S. GIANNINI, op. ult. cit., pp. 81 ss. Dello stesso avviso P.A. CAPOTOSTI, op. ult. cit., p. 218.

¹⁴ Su questo aspetto insiste G. PERICU, *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, II, Milano, 1971, p. 31 ss.

*momento autoritativo nel processo di formazione del diritto, il quale appare sempre più negoziale nei suoi contenuti, anche se continua ad aspirare ad essere legale nelle forme*¹⁵.

Del resto, in accordo con la dottrina da ultimo citata, un sintomo evidente della tendenza neocontrattualistica nell'azione della p.a., poteva essere ravvisato già in quello che può essere definito l'archetipo della legge 241 del 1990, vale a dire il progetto della Commissione Nigro del 1984¹⁶.

Già all'epoca, infatti, il progetto in questione prefigurava gli attuali scenari dello svolgimento dell'azione amministrativa mediante moduli di natura consensuale, statuendo in particolare all'art. 5 che, *“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 i doveri reciproci, l'amministrazione favorirà la conclusione di accordi fra di essi e gli interessati, senza pregiudizio dei diritti dei terzi”*.

La previsione in via generale dell'istituto degli accordi amministrativi era stata salutata con favore anche dal Consiglio di Stato¹⁷. Infatti, nel parere dell'Adunanza generale n. 7 del 1987, reso proprio in relazione al ddl Nigro, i giudici di Palazzo Spada avevano osservato come l'introduzione degli accordi amministrativi fosse essenziale al fine di *“svincolare l'amministrazione dal procedimento (e dal provvedimento che lo conclude) quando l'interesse pubblico, affidato dalla normativa a congegni autoritativi (e, perciò, all'atto e al procedimento), possa ottenere più rapido e sicuro soddisfacimento nel quadro di un assetto concordato con il privato”*¹⁸.

In quest'ottica, quindi, la legge 241/1990, collocandosi nel medesimo solco già tracciato dalla Commissione Nigro, prevedendo in capo alla p.a. la facoltà di ricorrere nei casi previsti dalla legge alla figura dell'accordo con il privato interessato in luogo del provvedimento al fine di perseguire un interesse pubblico, ha contribuito in maniera decisiva al declino del modello autoritativo del provvedimento amministrativo a favore del modello consensuale dell'accordo sostitutivo¹⁹.

Tuttavia, l'impianto originario dell'art. 11 presentava ancora un elemento di criticità. Infatti, la disposizione in questione limitava la possibilità di ricorrere all'istituto degli accordi sostitutivi alle sole ipotesi espressamente previste dalla legge. Tutto ciò impediva di superare gli angusti limiti rappresentati dalle sporadiche ipotesi di accordi sostitutivi previsti dalla legge per lo più in materia di procedimenti ablatori o in materia urbanistica, con evidente *vulnus* per la portata innovativa da ascrivere sul punto alla legge 241/1990²⁰. Inoltre, mancava una disposizione che capovolgesse il rapporto regola-eccezione tradizionalmente vigente tra i moduli pubblicistici e quelli privatistici nell'ambito dell'azione della pubblica amministrazione.

A tali esigenze il legislatore ha fatto fronte con la legge 15/2005. E' bene quindi esaminare le innovazioni introdotte con la novella del 2005, non solo mediante l'art. 11, ma, soprattutto, attraverso il comma *1bis* dell'art. 1. Attraverso tale esame, infatti, sarà possibile trarre importanti elementi di valutazione al fine di delineare l'attuale fisionomia del principio di legalità con particolare riferimento all'attività posta in essere dalla p.a. mediante gli istituti del diritto privato, consentendo di sciogliere il nodo problematico relativo al paventato pericolo che *“l'utilizzazione degli strumenti di diritto privato consenta l'elusione dei*

¹⁵ Così, P. A. CAPOTOSTI, op. ult. cit., p. 218.

¹⁶ E' noto come nei lavori della Commissione di studio presieduta da Mario Nigro, si fosse manifestato sin da subito un deciso *favor* nei confronti della consensualizzazione dell'attività amministrativa ed in particolare verso un espresso riconoscimento del principio di consensualità dell'azione amministrativa. In proposito, particolare interesse riveste l'Appunto introduttivo predisposto dallo stesso Nigro per la seduta iniziale della Commissione, pubblicato su *Riv. trim. scienza amm.*, 1984, n. 4, pp. 79 ss.

¹⁷ In proposito, comunque, giova precisare che fu lo stesso Consiglio di Stato a limitare la portata delle innovazioni prefigurate dalla Commissione Nigro dal momento che operò alcuni tagli rispetto al disegno originario, espungendo dall'art. 1 del progetto di legge il principio di contrattualità dell'azione amministrativa, elevato dalla Commissione al rango di principio generale e limitando il ricorso agli accordi sostitutivi alle sole ipotesi previste dalla legge. Si veda in proposito Cons. Stato, Ad. Gen., 19 febbraio 1987, parere n. 7, in *Foro it.*, 1988, III, c. 22. Fortemente critico sulle modifiche proposte dall'Adunanza Plenaria, M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo tra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione*, in *Dir. proc. Amm.*, 1989, pp. 5 ss.

¹⁸ In questo senso Cons. Stato, Ad. Gen., parere n. 7/1987, cit. .

¹⁹ Per una puntuale analisi dei lavori preparatori della legge n. 241/1990 si rinvia a: P.M. VIPIANA, *Il modo di formazione della legge n. 241/1990 in tema di procedimento amministrativo*, in *Quad. reg.*, 1992, II, pp. 637 ss., nonché a P.L. PORTALURI, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, 1998, pp. 21 ss. Inoltre, in una prospettiva storica si veda anche P. CALANDRA, *Il tentativo del legislatore italiano per una legge generale sul procedimento amministrativo*, in *Prob. Amm. Pubbl.*, Quad. n. 1, 1981, pp. 81 ss.

²⁰ Sul punto interessanti anche le riflessioni di G. MANFREDI, *La nuova disciplina degli accordi tra amministrazione e privati e le privatizzazioni dell'azione amministrativa*, op. cit., pp. 75 ss., ove si osserva che *“...con ogni probabilità le ragioni dello scarso utilizzo degli accordi da parte delle amministrazioni sono da rinvenirsi in resistenze di tipo culturale nei confronti di uno strumento fortemente innovativo”*. L'A. prosegue poi rilevando che *“...questo atteggiamento è stato sicuramente favorito anche dal fatto che, perdurando tuttora il dibattito a cui s'è accennato, dopo oltre quindici anni dall'entrata in vigore della legge sul procedimento in dottrina non si rinvenivano indicazioni univoche sulla natura della figura in parola”*.

meccanismi di controllo funzionale e di rispetto del principio di legalità...che invece dovrebbero rappresentare un vincolo irrinunciabile dell'azione amministrativa"²¹. Inoltre, nell'ottica dell'amministrazione di risultato, l'analisi che segue consentirà di trarre elementi utili al fine di verificare se il modello di amministrazione condivisa, in aderenza con quanto auspicato dall'Adunanza generale del Consiglio risulta effettivamente in grado di *"coniugare, attraverso la salvaguardia del valore giuridico della trasparenza, l'efficienza dell'amministrazione e, al contempo, la garanzia del privato e la legalità dell'ordinamento nel suo insieme"*²².

2. L'art. 1 comma I bis della L. 241/1990 tra legalità ed efficienza dell'azione amministrativa

Come si è appena accennato, l'articolo 1 della legge 241 si è arricchito per effetto della legge 15/2005 di un nuovo comma, l'1 *bis*, nel quale viene affrontata la delicata questione del rapporto tra diritto pubblico e diritto privato come modelli alternativi ai quali deve uniformarsi l'attività amministrativa. La scelta di *drafting* cui il legislatore fa ricorso per dirimere il nodo problematico sopra evidenziato è quella di elevare il diritto privato, salvo diversa previsione di legge, a disciplina di riferimento per la pubblica amministrazione limitatamente al campo dell'attività amministrativa non autoritativa.

Indubbiamente si tratta di una disposizione dotata di una forte carica innovativa, in quanto capovolge una regola affermatasi sin dai primordi della scienza del diritto amministrativo. Prima della riforma della legge 241/1990, infatti, le pubbliche amministrazioni, come osservava Cammeo²³, erano tenute in caso di incertezza interpretativa ad applicare la normativa di diritto pubblico, con conseguente relegamento nell'alveo dell'eccezionalità della possibilità di valersi dei moduli convenzionali di stampo privatistico. Orbene, come osservato dall'On. Franco Frattini, relatore nel corso della XIII legislatura di un ddl dai contenuti simili a quello approvato nel 2005, si tratta di una disposizione che registra un'importante evoluzione nel modo di intendere i rapporti tra autorità e cittadini, capovolgendo radicalmente il principio che ispirava l'azione amministrativa, dal momento che il diritto amministrativo, in tal modo, è divenuto solo uno degli strumenti utilizzabili, mentre i più elastici moduli privatistici di azione sono stati elevati a regola generale²⁴.

Sulla stessa lunghezza d'onda di Frattini si è altresì collocato l'On. Prof. Vincenzo Cerulli Irelli, il quale, nel corso della seduta della Camera dei Deputati del 24 luglio 2000, dedicata alla discussione del medesimo disegno di legge, poi decaduto in conseguenza del termine della legislatura e riproposto con contenuti sostanzialmente analoghi da Berlusconi e Frattini nella legislatura successiva, ha precisato che il principio secondo cui l'amministrazione, salvo casi espressamente stabiliti dalla legge, agisce secondo il diritto privato, costituisce *"un criterio di interpretazione che capovolge l'impostazione che da noi è operante almeno a partire da Cammeo, ..., secondo la quale, in caso di incertezza, le PP. AA. applicano il diritto pubblico"*²⁵.

Quindi, prosegue il giurista, viene ribaltata la prassi tradizionale attraverso l'affermazione di un principio nuovo, in forza del quale *"la legge prevede poteri amministrativi laddove questi servono, ma, in*

²¹Cfr. in proposito G. PERICU, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, op. cit., p. 1614, da cui è tratto il corsivo citato.

²²Così, Cons. Stato, Ad. Gen., 11 maggio 1992, parere n. 75, in *Foro It.*, 1993, III, 76, con nota di ARENA.

²³Si veda in proposito F. CAMMEO, *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico. Contratti di diritto pubblico*, in *Giur. It.*, 1900, IV, p. 7, ove emerge che, in materia di rapporti tra p.a. e privati cittadini, il modello largamente e generalmente utilizzato era rappresentato dal provvedimento autoritativo. A detta dell'A., infatti, *"ripugna al tradizionale senso comune giuridico concepire come contrattuali quasi tutti gli atti che sopra ho enumerato (fra gli altri: ordini, autorizzazioni, concessioni, ammissioni in istituti pubblici, nomina di impiegati pubblici), né devesi mai nella scienza giuridica affermare leggermente ciò che al senso della comune degli uomini troppo profondamente ripugna"*. Dello stesso A. si veda anche *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s.d., pp. 203 ss. Sulla stessa lunghezza d'onda sembra collocarsi anche G. MANTELLINI, *Lo Stato e il Codice civile*, Firenze, 1882, p. 431, il quale riteneva che lo Stato, da costui definito *"si nobil soggetto"*, non potesse scendere al livello di un privato cittadino e concordare con questo il contenuto di un provvedimento amministrativo.

²⁴Così F. FRATTINI durante i lavori della I Commissione permanente della Camera dei Deputati in occasione dell'esame in sede referente del ddl. n. 6844, presentato in occasione della XIII legislatura ed al quale il disegno di legge approvato nel 2005 s'ispira in gran parte. L'intervento in questione è riportato da N. PAOLANTONIO, *Principi generali dell'attività amministrativa, Articolo 1, comma 1 bis*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005, p. 77, ove vi è anche un dettagliato esame del travagliato iter parlamentare dei diversi disegni di legge di riforma della legge 241/90, accompagnato peraltro da un articolato panorama dei commenti della dottrina, prima e dopo la promulgazione della legge.

²⁵L'intervento dell'On. Prof. V. CERULLI IRELLI, è consultabile per intero in *Atti parlamentari Camera dei Deputati, XIII Legislatura, A.C.*, n. 6844, resoconto stenografico della seduta del 24 luglio 2000, pp. 50 ss.

caso diverso, vale a dire se la legge non prevede espressamente poteri amministrativi, si applica il diritto comune". Pertanto, "la norma ha innanzitutto un valore di criterio fondamentale di interpretazione"²⁶.

Il nesso che lega il ddl presentato dall'On. Prof. Cerulli Irelli nel corso della XIII legislatura con quello che nella Legislatura successiva condurrà all'effettiva approvazione della riforma della legge 241/1990 emerge con particolare evidenza ove si ponga mente alle parole del relatore del ddl nell'ambito della I Commissione permanente del Senato della Repubblica, il Sen. Bassanini²⁷.

Nella predetta relazione, infatti, il noto giurista ha acutamente rilevato che il nuovo comma 1 *bis* dell'art. 1 della legge 241/1990 sancisce il principio generale in virtù del quale le amministrazioni pubbliche possono operare mediante moduli negoziali anche nello svolgimento dell'attività volta alla cura concreta degli interessi pubblici. Tutto ciò, a giudizio dell'illustre relatore, rappresentava il nucleo fondamentale dell'innovazione in questione, ponendo i prodromi per il superamento "del vecchio dogma che attribuiva alla P.A., in generale, il dovere di agire mediante poteri d'imperio ed attraverso atti unilaterali"²⁸. Tale soluzione, secondo Bassanini, non rispondeva soltanto ad esigenze di natura tecnica, ma costituiva altresì il frutto di una precisa opzione culturale ed istituzionale, in quanto era volta a sostituire il vecchio rapporto gerarchico, espressione di una concezione autoritaria e statalistica, con un rapporto paritario tra i cittadini e le amministrazioni. In quest'ottica, quindi, gli strumenti negoziali hanno acquisito una nuova e diversa rilevanza, divenendo a tutti gli effetti strumento idoneo alla cura concreta dell'interesse pubblico²⁹. Ciò, secondo Bassanini, implica la funzionalizzazione dell'agire consensuale, dal momento che la funzione amministrativa, pur potendo variare le forme in cui essa si manifesta, non può che essere preordinata alla migliore realizzazione dell'interesse pubblico. Ne consegue, pertanto, che anche all'attività amministrativa secondo il diritto comune debbano essere applicati principi di carattere pubblicistico³⁰. Quanto premesso è stato oggetto di ampie convergenze sul piano politico,.

La riprova di ciò è rappresentata dal fatto che anche presso l'altro ramo del Parlamento i lavori relativi all'approvazione del ddl di riforma hanno assunto contenuto analogo. In particolare, la relazione dell'On. Bressa sullo specifico punto in questione riecheggia per più aspetti quella del Sen. Bassanini³¹. Inoltre, la convergenza delle forze politiche sulla necessità di applicare principi di carattere pubblicistico anche

²⁶ *Ibidem*, p. 59. Le tesi esposte da Cerulli Irelli nel corso dell'intervento citato sono state dallo stesso sostenute nel corso della sua attività didattica e di ricerca. Per maggiori approfondimenti in proposito si rinvia a: V. CERULLI IRELLI, *Verso la contrazione dell'area del pubblico: l'amministrazione tra diritto amministrativo e diritto comune*, in ID., *Costituzione e amministrazione. Documenti di un itinerario riformatore*, Torino, 2002; ID., *Innovazione del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione*, in *Annuario dell'Associazione Italiana dei Professori di diritto Amministrativo*, Milano, 2003, pp. 3 ss.; ID., *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, pp. 217 ss.; ID., *Osservazioni generali sulla legge di modifica della legge n. 241/1990*, in *Giust. Amm.*, 2005, pp. 9 ss..

²⁷ Si veda in proposito *Relazione* della I Commissione permanente Affari costituzionali, Affari della Presidenza del Consiglio e dell'Interno, Ordinamento generale dello Stato e della P.A. sul ddl. N. 1281, in *Atti Parlamentari Senato della Repubblica*, XIV Legislatura, reperibile anche sul sito www.senato.it.

²⁸ *Ibidem*. In particolare Bassanini inquadrava la modifica legislativa in questione nell'ambito delle "moderne tendenze di privatizzazione volte a sottrarre parte delle connotazioni pubblicistiche tipiche dell'amministrare". A tale proposito l'eminente giurista prestato alla politica cita a titolo esemplificativo la trasformazione del rapporto di pubblico impiego in rapporto di lavoro disciplinato dal diritto comune e la conseguente trasformazione degli atti amministrativi di gestione del rapporto in atti negoziali.

²⁹ *Ibidem*

³⁰ *Ibidem*. In particolare, a giudizio di Bassanini, all'attività amministrativa che si realizza secondo moduli consensuali vanno applicati i seguenti principi: "dal principio di economicità, che assoggetta anche l'attività negoziale al controllo e alla giurisdizione della Corte dei conti, a quello di non discriminazione che sottopone la contrattazione pubblica ai procedimenti di selezione nella scelta dei contraenti, salve eccezioni, ai principi di trasparenza e pubblicità che accompagnano la scelta dell'utilizzo del modulo negoziale. Principi contemplati e disciplinati dalla legislazione positiva che, ovviamente, resta ferma, salve revisioni e modificazioni di settore".

³¹ Si veda in proposito *Relazione* della I Commissione permanente Affari Costituzionali, della presidenza del Consiglio e Interni sul ddl n. 3890, in *Atti Parlamentari Camera dei Deputati*, XIV Legislatura, pp. 4 ss. In particolare, vi è una chiara affinità di contenuti nella parte in cui il relatore afferma che il comma 1 *bis* dell'art. 1 della legge 241 rappresenta il riconoscimento normativo della possibilità che le amministrazioni pubbliche operino attraverso gli strumenti del diritto privato anche nel conseguimento dei propri fini istituzionali, consistenti nella cura concreta degli interessi pubblici ad esse affidati dalla legge. Molto interessante, poi, le osservazioni che seguono e, in particolare, la precisazione che "la nuova disposizione non incide...sulla natura della funzione amministrativa - che rimane finalizzata al miglior perseguimento dell'interesse pubblico- ma soltanto sulla sua forma, che si potrà esprimere, quando non è richiesta necessariamente l'adozione di atti di natura autoritativa, attraverso i moduli dell'agire consensuale, pur restando assoggettata ai principi di carattere pubblicistico enunciati nel nuovo comma 1 dell'art. 1, sopra richiamati". Nei successivi passaggi parlamentari, poi, pur confermandosi la struttura dianzi delineata, la disposizione in commento assume la fisionomia definitiva, con l'affermazione del carattere vincolante e non più meramente facoltativo del ricorso a moduli consensuali per l'esercizio dell'azione amministrativa ove si tratti di atti di natura non autoritativa.

all'attività amministrativa posta in essere attraverso moduli di carattere consensuale è ulteriormente confermata dall'ampia maggioranza parlamentare che ha approvato le proposte in questione.

Quanto premesso ha riscontrato vasti consensi anche nell'ambito della dottrina più recente, a giudizio della quale l'attività amministrativa costituisce sempre e comunque l'attuazione di finalità di interesse pubblico, anche quando assume la forma dell'azione privatistica³²

Tuttavia, è d'uopo rilevare che, in realtà, l'innovazione in questione reca un *aliquid novi* meno pregnante di quanto si potrebbe a prima vista ritenere. Infatti, se è vero che viene capovolta a vantaggio del diritto privato la prospettiva tradizionale secondo cui la branca dell'ordinamento alla quale fare riferimento per ogni attività della pubblica amministrazione era il diritto amministrativo, ciò vale solo ed esclusivamente per quanto esorbita dall'ambito dell'attività amministrativa autoritativa, stante la modifica in questo senso introdotta dalla Camera rispetto al testo in precedenza approvato dal Senato³³.

Pertanto, a circoscrivere la valenza innovativa della legge 15/2005 sul punto milita un duplice ordine di osservazioni: innanzitutto non viene scalfito, né d'altra parte potrebbe essere altrimenti, dal momento che non è tecnicamente possibile produrre effetti imperativi attraverso i moduli privatistici, il principio per cui si debba fare ricorso al diritto amministrativo allorché un interesse pubblico deve necessariamente essere perseguito attraverso l'esercizio dell'autorità amministrativa. Come sopra rilevato, una efficacia di questo tipo non può in alcun modo ricondursi al diritto privato essendo assolutamente incompatibile con l'intima essenza di quest'ultimo. A limitare ulteriormente gli effetti pratici della novella fa *pendant* con quanto in precedenza sostenuto il principio, già assodato prima della riforma, secondo cui la p.a. svolge attività amministrativa non solo quando esercita poteri autoritativi, ma anche quando tende a realizzare le proprie finalità istituzionali mediante un'attività disciplinata in tutto o in parte dal diritto privato.

³² Così si esprime N. PAOLANTONIO, *Principi generali dell'attività amministrativa, Articolo 1, comma 1 bis*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, op. cit., p. 81. Dello stesso avviso anche G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi*, in V. CERULLI IRELLI, (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, pp. 69 ss. Ed ancora si vedano, sempre nell'ambito della dottrina degli ultimi anni, F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, VI, op. cit., pp. 93 ss., nonché ID., *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 2002, p.439. In entrambi i contributi Scoca delinea uno statuto giuridico unitario della p.a., impermeabile al regime degli atti attraverso cui l'azione amministrativa si esplica, connotato dal vincolo di scopo, o di cura degli interessi pubblici, in guisa da rendere tutta l'attività amministrativa finalisticamente vincolata. Allo stesso ordine di idee sembrano aderire anche M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996, p.61, secondo il quale "il ricorso al contratto (o ad altro strumento del diritto privato) da parte dell'amministrazione non può che porsi in essere nel dominio del principio di funzionalizzazione, espressione del principio di legalità, nella sua veste di legalità-indirizzo"; R. FERRARA, *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, in *D. disc. pubbl.*, VIII, 1993, p. 555, il quale rileva che "l'interesse generale può essere più o meno indifferente perseguito e realizzato vuoi con strumenti autoritativi (di diritto pubblico) vuoi con i mezzi e con le tecniche del diritto comune, pur nel rispetto del principio di legalità"; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Milano, 1997, p. 143, il quale ritiene che sia il provvedimento, sia l'atto amministrativo che precede la stipulazione di un negozio giuridico sono "espressione di potere giuridico dell'amministrazione...e quindi sottostanno alle regole della funzione; M. IMMORDINO, *Legge sul procedimento amministrativo, accordi e contratti di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 1997, p. 109, secondo la quale "tutta l'attività amministrativa, e quindi anche quella consensuale, è sempre funzionalizzata" al perseguimento di un interesse pubblico. Nello stesso solco anche P. L. PORTALURI, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali*, Milano, 1998, pp. 57-59, il quale osserva che la nozione di funzione amministrativa è "inconciliabile con l'idea di una parità assoluta fra pubblico e privato; e che, su altro piano, la discrezionalità dell'amministrazione non può interamente risolversi nei moduli propri dell'autonomia dei privati".

Per quanto invece concerne la dottrina più risalente, sul vincolo di scopo che caratterizza l'azione della p.a. a prescindere dagli strumenti utilizzati, illuminanti sono le pagine di Marzuoli C., *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, pp. 143 ss.. Ancora attuali risultano, inoltre, le riflessioni di F.P. PUGLIESE, F. P. PUGLIESE, *Il procedimento amministrativo tra autorità e <<contrattazione>>*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, pp. 1483 ss., ove l'A. osserva anche che se "il potere amministrativo può concretarsi al termine del suo farsi, cioè alla fine del procedimento, ora in un atto amministrativo e un contratto accestivo, ora in un atto negoziale sostitutivo di provvedimento..., ciò vuol dire che il potere amministrativo può trovare forme diverse di manifestazione, pur restando sostanzialmente se stesso". Ne consegue che il potere "che trova attuazione nel procedimento è un potere amministrativo tout court: le sue forme di manifestazione potranno poi essere di diritto pubblico o di diritto privato, e, più facilmente, mescolate tra di loro". Infine, si ritiene opportuno citare le riflessioni svolte nei primi anni '90 da E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992, pp. 36 ss., il quale rilevava che l'attività amministrativa è sempre diretta alla cura dell'interesse pubblico, e può esprimersi secondo moduli in cui tale interesse costituisce la causa attributiva del potere o secondo moduli in cui l'interesse pubblico si pone come mero motivo o scopo.

³³ In questo senso devono essere lette le parole dell'On. Bressa, il quale nelle fasi conclusive del dibattito parlamentare sul ddl di riforma della legge 241/1990 ha osservato che "...la modifica introdotta dal Senato pare essere assolutamente priva di effetti dirimpenti come, invece, era stato paventato in sede di prima lettura nelle discussioni che avevano interessato la Commissione affari costituzionali e l'Assemblea della Camera...è di tutta evidenza che la portata della modifica recata all'articolo 1 da parte del Senato viene fortemente ridimensionata, al punto tale che la stessa riformulazione operata assume un significato diverso e molto meno problematico".

In altre parole, secondo questo orientamento, affermatosi già prima della legge 15/2005, la forma privatistica non è altro che un modulo alternativo rispetto a quello tradizionalmente pubblicistico per porre in essere un'attività qualificabile comunque come amministrativa³⁴, laddove il fine perseguito sia di natura pubblicistica come del resto le risorse impiegate³⁵.

A riprova di quanto affermato possono altresì citarsi due significative pronunce giurisprudenziali. Con la prima (*Cass. Sez. Un., ordinanza n. 19667 del 22/12/2003*) le Sez. Un. della Suprema Corte ritengono sussistente la giurisdizione della Corte dei Conti in materia di incaute operazioni di investimento in strumenti finanziari compiute da enti pubblici economici, dal momento che pur valendosi di strumenti privatistici, tali enti sono da qualificarsi a tutti gli effetti "soggetti pubblici per definizione e che perseguono fini del pari pubblici attraverso risorse di eguale natura"³⁶. Ciò che rileva, quindi, ai fini della qualificazione dell'attività svolta e dell'assoggettamento o meno al regime della responsabilità amministrativa non è la forma autoritativa o convenzionale in cui essa si manifesta, bensì la natura dello scopo perseguito e delle risorse impiegate. Nel solco tracciato dalla suprema Corte si colloca anche la seconda delle due pronunce dianzi richiamate con la quale la Corte dei Conti, sez. giurisdizionale per la Regione Abruzzo³⁷, ha ritenuto i medesimi principi applicabili non solo in relazione agli enti pubblici economici, ma anche in materia di servizi pubblici, anche se realizzati mediante istituti propri del diritto privato, come le società di capitali, purché con impiego di denaro proveniente dalla generalità dei contribuenti o dai fruitori dei servizi medesimi, ritenendo decisivo, anche in questo caso, ai fini dell'attrazione della materia nell'alveo della giurisdizione contabile "la qualità del soggetto passivo e la natura delle risorse finanziarie di cui esso si avvale", data la tutela rafforzata che il legislatore del '94 accorda al patrimonio di amministrazioni ed enti pubblici. Anche stavolta, quindi, è irrilevante la qualificazione del soggetto agente e gli strumenti da questo impiegati nel perseguimento di un interesse pubblico.

Tanto premesso, l'effetto pratico della riforma risulta nettamente ridimensionato, dal momento che, laddove sia necessario perseguire un interesse pubblico a prescindere dal consenso del destinatario di un atto amministrativo, la p.a. non potrà che continuare ad adottare un provvedimento amministrativo tipico³⁸. Non si è consumata alcuna morte o trasfigurazione del diritto amministrativo³⁹, ma, ben più limitatamente, l'effetto pratico della riforma è di far sì che quell'ambito dell'attività amministrativa nel quale è tecnicamente possibile la sostituzione dello strumento autoritativo con quello negoziale, in virtù del consenso del soggetto privato nella cui sfera l'effetto è destinato a prodursi, si conformi alle regole del diritto privato, che diviene in materia la regola dell'agire pubblico. Assistiamo, quindi, allo sganciamento dell'attività non provvedimentale da un ordinamento di riferimento, quello pubblicistico, con conseguente transito in quello privatistico e correlativo obbligo per la p.a. di utilizzazione degli strumenti convenzionali, salvo i casi oggetto di espressa previsione legislativa nei quali potrà continuare a valersi del diritto pubblico come fonte cui attingere regole che presiedono ad un corretto *modus operandi*⁴⁰.

³⁴ In questo senso M. ATELLI, *Attività non autoritativa: largo al diritto privato*, in *Guida al diritto n. 10 del 12 marzo 2005*, pp.49-50, nonché C. CALABRÒ, il quale nella più volte citata relazione di apertura dell'anno giudiziario del Tar Lazio, osserva come già prima dell'entrata in vigore della legge 15/2005 diritto pubblico e diritto privato fossero sempre più intrecciati nel diritto amministrativo.

³⁵ Se così non fosse, infatti, si dovrebbe arrivare al paradosso di ammettere che il legislatore abbia voluto introdurre una netta contrapposizione tra l'azione della p.a. condotta secondo moduli pubblicistici e quella posta in essere mediante strumenti negoziali, consentendo, pertanto, un'azione non autoritativa svincolata dal perseguimento di finalità di pubblico interesse. Tutto ciò non è condivisibile: ove fosse così, infatti, come osservato da autorevole dottrina, verrebbe eluso il "canone fondamentale dell'azione amministrativa, di una qualsiasi azione amministrativa, e che non ha pari riscontro nel diritto privato: il buon andamento e l'imparzialità". Si veda in proposito F. FRANCIOSI, *Dalla legge sul procedimento amministrativo, alla legge sul provvedimento amministrativo (sulle modifiche ed integrazioni recate dalla legge n. 15/2005 alla legge n. 241/1990)*, in *Giust. amm.*, 2005, p. 46, da cui è tratto il corsivo dianzi riportato. *Contra* F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, pp. 661 ss., nonché ID., *L'art. 1, comma 1 bis della legge n. 241/1990*, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2005, p. 956, ove si osserva che "quando usa il diritto dei privati, l'amministrazione non accampa poteri né subisce vincoli diversi da quelli che valgono per i privati, salvo espresse disposizioni di legge. Il soddisfacimento delle esigenze peculiari della attività amministrativa, quando questa cessa di essere funzione e si svolge in forma privatistica, deve allora passare attraverso vie diverse".

³⁶ Cfr. Cass. Sez. Un., ordinanza n. 19667 del 22/12/2003, in *Giur. Bollettino legisl. tecnica*, 2004, 389

³⁷ Cfr. Corte dei Conti, sez. giur. Abruzzo, 14 gennaio 2005, n. 67 in www.lexitalia.it.

³⁸ Di questo avviso sono anche C. BIONDI – M. MOSCARA – A. RICCIARDI, *La riforma del procedimento amministrativo*, Rimini, 2005, pp. 16-18.

³⁹ Così osserva in proposito G. Virga, *Le modifiche ed integrazioni alla legge n. 241 del 1990 recentemente approvate. Osservazioni derivanti da una prima lettura*, in www.lexitalia.it n. 1/2005.

⁴⁰ Questo in sintesi sembra costituire il nucleo fondamentale della innovazione legislativa in questione. Sul punto si vedano *ex plurimis* N. PAOLANTONIO, op. ult. cit., pp. 77 ss. e G. GRECO, op. ult. cit., pp. 69 ss.

In quest'ottica devi quindi leggersi la relazione di accompagnamento al ddl da parte della I Commissione del Senato nella parte in cui statuisce che l'estensione del diritto privato alle pubbliche amministrazioni è un passo importante nel riconoscere come lo sviluppo democratico comporti necessariamente che la posizione di primazia della p.a. rispetto ai privati cittadini debba cedere sempre più il passo ad una uguaglianza dei cittadini e delle amministrazioni di fronte alla legge⁴¹.

Pertanto, muovendosi in un ambito nel quale l'uso dei moduli privatistici era già unanimemente consentito, la capacità della riforma di realizzare quanto auspicato nel corso dei lavori parlamentari si realizza attraverso una modificazione non di tipo qualitativo, bensì quantitativo, nei rapporti tra diritto pubblico e diritto privato, mediante cioè una estensione degli spazi nei quali il diritto privato diviene la regola dell'agire pubblico.

3. La nozione di attività amministrativa autoritativa

La chiave di volta per una determinazione degli effetti della novella rispondente alla *ratio* che la anima diviene, quindi, l'esatta determinazione del concetto di attività amministrativa autoritativa.

Orbene, secondo l'orientamento largamente prevalente in dottrina⁴², per atti di natura autoritativa si intendono esclusivamente quegli atti che costituiscono il risultato dell'esercizio di un potere conferito dalla legge⁴³. In particolare, secondo tale orientamento, agisce come autorità il soggetto che, nell'esercizio di un potere amministrativo espressamente conferitogli, emana provvedimenti amministrativi di qualunque genere, a prescindere dal fatto che si tratti di provvedimenti di carattere vincolato o discrezionali, ovvero ad effetti favorevoli o sfavorevoli per il destinatario. Alla stregua di tale impostazione, infatti, la nozione di autoritatività rappresenta una caratteristica necessaria ed essenziale di qualsiasi potere amministrativo. Come osservato da M. S. Giannini, “*tutti i provvedimenti amministrativi presentano la caratteristica dell'autoritatività*”⁴⁴. Essa, infatti, non fa altro che enunciare “*la volontà di legge nel caso concreto*”⁴⁵.

Non può, quindi, condividersi l'opposto orientamento, tendente a circoscrivere il novero degli atti autoritativi alle sole ipotesi in cui il provvedimento amministrativo adottato sia sfavorevole per l'interessato, o, addirittura, sia adottato a prescindere dal suo consenso⁴⁶. In queste ultime ipotesi, secondo la ricostruzione di Massimo Severo Giannini, alla quale in questa sede si aderisce, ci troviamo di fronte ad una nozione che non ha nulla a che vedere con quella di autoritatività e con la sua necessaria inerenza al potere amministrativo, vale a dire quella di imperatività⁴⁷. Con tale nozione, secondo il Maestro, si individua la particolare forza propria di quel provvedimento in grado di provocare un'immutazione delle situazioni giuridiche soggettive che storicamente si trova dinanzi allorché viene adottato, per cui le estingue, le

⁴¹ Vedasi, quindi, relazione al ddl n. 1281-b della Commissione affari costituzionali del senato, p.5, reperibile sul sito internet www.senato.it.

⁴² Per una panoramica delle opinioni prevalenti sul punto nella dottrina amministrativistica si vedano, *ex plurimis*, N. PAOLANTONIO, *Principi generali dell'attività amministrativa, Articolo 1, comma 1 bis*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, op. cit., p. 92, nonché G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi*, in V. CERULLI IRELLI, (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, op. cit., pp. 71 ss.

⁴³ in ossequio al principio di legalità il potere amministrativo, al quale tale orientamento dottrinale riconnette il concetto di autoritatività come suo predicato necessario ed essenziale, non può essere esercitato al di fuori di una espressa previsione di legge, che fonda il potere e ne rende doveroso l'esercizio in presenza dei presupposti stabiliti dalla stessa norma attributiva. In quest'ottica, per la chiarezza, si veda G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo, I, L'attività*, Padova, 2005, p. 9, ove si osserva che “*per prevedere poteri amministrativi è dunque necessaria una fonte di rango primario, legge o -per lo Stato- decreto legge e decreto legislativo. In questi termini, il principio di legalità si trasforma in un principio di riserva di legge. Riservata alla legge, in sostanza, è la creazione del potere nei suoi elementi essenziali: il tipo, determinato in relazione agli effetti giuridici, i presupposti, che ne consentono o impongono l'esercizio, la competenza di una p.a.*”. In generale, sul rapporto tra principio di legalità ed azione amministrativa sono sempre fondamentali ed attualissime le pagine di F. LEVI, *Legittimità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, op. cit., pp. 133 ss.

⁴⁴ Cfr. M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, p. 589.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Una panoramica delle diverse posizioni vi è in N. PAOLANTONIO, op. ult. cit., p. 93.

⁴⁷ Sul concetto di imperatività e sulle diverse critiche formulate alle diverse ricostruzioni del concetto di imperatività si rinvia a B. G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, 2000, *passim* ed in particolare pp. 355 ss.. Per quanto riguarda la distinzione tra autoritatività ed imperatività si veda anche P. CAPUTI IAMBRENGHI, *Studi sull'autoritarità nella funzione amministrativa*, Milano, 2005; per quanto concerne l'impostazione qui condivisa si rinvia a M. S. GIANNINI, op. ult. cit., p. 589; si veda, inoltre, V. CERULLI IRELLI, *Principii del diritto amministrativo*, II, Torino, 2005, pp. 27 ss., ove l'imperatività viene correlata al concetto di unilateralità della volontà della pubblica amministrazione.

modifica, le sostituisce con altre, le trasferisce, producendo l'avverarsi di eventi di nascita, morte ed estinzione di situazioni giuridiche soggettive nella sfera altrui, indipendentemente dal concorso e dalla collaborazione del soggetto che lo subisce⁴⁸.

Ciò premesso, è evidente come tale impostazione non possa essere accettata, poiché, se fosse così dovremmo negare la conclusione, peraltro largamente condivisa, secondo cui gli atti di natura autoritativa sono quelli espressione dell'esercizio di un potere amministrativo, a meno di non ritenere che esistano nel nostro ordinamento poteri pubblici privi del connotato dell'autoritatività⁴⁹.

Una volta delineati in astratto i caratteri che accomunano gli atti amministrativi autoritativi è necessario ricondurre sul piano pratico i termini del problema *in itinere*. In quest'ottica, quindi, appare opportuno tentare di operare la delimitazione dello spazio tecnico entro il quale il negozio può concretamente porsi come strumento alternativo rispetto al provvedimento amministrativo operata da Vincenzo Cerulli Irelli, il quale ritiene che tale spazio coincida con quello delle concessioni di beni o servizi pubblici (susceptibili di essere sostituite da un contratto di affitto, di locazione o di uso); con quello delle ablazioni reali, nelle quali si può ricorrere alla compravendita in luogo dell'espropriazione, ovvero alla costituzione di servitù volontaria in luogo di quella coattiva o al contratto di affitto o locazione in luogo del provvedimento di requisizione; ed ancora analoga fungibilità tra moduli privatistici e pubblicistici la si rinviene nel campo delle attività lavorative o imprenditoriali a favore della p.a., peraltro già interessato da un vasto processo di privatizzazione, come evidenziato in precedenza⁵⁰.

4. Il nuovo rapporto tra diritto pubblico e diritto privato nell'azione della p.a.

Una volta precisata la nozione di atti di natura autoritativa e poste le coordinate per determinare l'effettiva portata innovativa del comma 1 *bis* dell'art. della legge sull'azione amministrativa appare necessario fare il punto della situazione, sintetizzando i nuovi termini del rapporto che a seguito della legge 15/2005 viene ad instaurarsi tra diritto pubblico e diritto privato nello svolgimento dell'attività della pubblica amministrazione.

Orbene, in proposito, giova sottolineare lo sforzo del legislatore di fare chiarezza su una materia alquanto complessa e delicata quale quella in questione. Sebbene permangano taluni aspetti problematici, sicuramente l'attuale volto dell'art. 1 della legge 241/1990 consente di ricostruire con un sufficiente margine di tranquillità la linea di discriminazione tra l'attività pubblicistica e quella privatistica della p.a. e le relative discipline di riferimento. In altre parole, come acutamente osservato in dottrina, l'art. 1 pone una serie di norme base⁵¹. In particolare, il comma I della disposizione in questione rappresenta la norma base che regola l'azione della p.a. condotta secondo le regole del diritto pubblico⁵². Il suo ambito applicativo, infatti, si estende a tutte quelle attività in cui il perseguimento dei fini determinati dalla legge e l'assoggettamento ai criteri ed ai principi ivi indicati devono avvenire secondo le modalità previste dalla medesima legge n. 241/1990.

Ciò, quindi, pone la necessità di distinguere tra le attività amministrative che sono assoggettate a quei parametri (perseguimento dell'interesse pubblico e rispetto dei principi di cui al primo comma della legge 241/1990), secondo le modalità previste dalla medesima legge, e le attività che invece sono esonerate dal rispetto di tali vincoli. La linea di confine tra le predette tipologie di attività è fissata dal comma I *bis*, che, precisando quali attività della pubblica amministrazione non rientrano nell'ambito applicativo dell'art. 1 comma I, costituisce, invece, la norma base dell'azione amministrativa condotta secondo il diritto privato. Pertanto, in caso di attività amministrativa non autoritativa la p.a. è tenuta di regola ad agire secondo le norme di diritto comune. In particolare, in adesione a quanto rilevato da autorevole dottrina corre l'obbligo di precisare che il rinvio alle norme di diritto privato è *“globale e non limitato a particolari sue categorie o settori. Quindi si tratterà di applicare non solo le norme sul regime giuridico degli atti di diritto privato, ma anche le norme regolatorie di tali atti, notoriamente molto più elastiche di quelle di diritto pubblico: il tutto in un quadro di privatizzazione, che potremmo definire sostanziale e non condizionato –almeno per quel che riguarda la norma in sé considerata- da principi ed esigenze pubblicistiche; viceversa, ove si tratti di attività*

⁴⁸ Cfr. M.S. GIANNINI, op. ult. cit., p. 589.

⁴⁹ Di questo stesso avviso N. PAOLANTONIO, op. ult. cit., p. 94.

⁵⁰ Vedasi in proposito. V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l.241/90, I parte*, op. cit, pp. 6-7.

⁵¹ Così G. GRECO, op. ult. cit., pp. 83 ss.

⁵² *Ibidem*, p. 83.

autoritativa si applica *tout court* lo statuto pubblicistico⁵³. E' del pari soggetta al medesimo statuto quell'attività che, pur essendo ontologicamente non autoritativa, è equiparata a quella pubblicistica per espressa scelta del legislatore, operata di volta in volta in relazione a fattispecie⁵⁴. Secondo l'orientamento in questa sede condiviso, infatti, vi sarebbe una duplice tipologia di atti amministrativi suscettibili di essere connotati dal predicato dell'autoritatività ai sensi e per gli effetti del comma I *bis* della disposizione in esame: gli atti autoritativi per natura e quelli soggetti al medesimo regime per *voluntas legis*⁵⁵.

In entrambi i casi il diritto pubblico, per usare le parole di A. Amorth, continua ad essere la regola che governa l'azione della p.a.⁵⁶. Viceversa, al di fuori delle ipotesi appena menzionate, l'azione amministrativa, è governata dal diritto privato. Tutto ciò ha permesso finalmente di fugare i dubbi circa la possibilità di configurare in capo alla pubblica amministrazione una capacità generale di diritto privato⁵⁷. Strettamente connessa a tale tematica è quella concernente la fungibilità degli strumenti di diritto comune in luogo di quelli pubblicistici nei casi in cui consentano di pervenire comunque al medesimo risultato pratico. Orbene, come chiarito da autorevole dottrina, l'utilizzabilità degli strumenti privatistici nell'esercizio dell'azione amministrativa non dipende affatto dal carattere autoritativo o meno dell'attività sostituita: in proposito, infatti, basti pensare alla possibilità di convenire la cessione volontaria dei beni espropriandi in luogo del provvedimento ablatorio, o alla possibilità di ricorrere ad un contratto di locazione in luogo di un provvedimento di requisizione per ricavarne che la sostituzione può riguardare *tout court* anche gli atti autoritativi⁵⁸. Pertanto, come acutamente osservato da Amorth, l'amministrazione può sostituire il mezzo pubblicistico con quello privatistico che sia idoneo a raggiungere il medesimo scopo pratico tutte le volte in cui non sia configurabile un divieto legislativo espresso o comunque desumibile dalla legge⁵⁹. Tuttavia, come opportunamente osservato da G. Greco, è necessario precisare che, anche quando s'intende sostituire un provvedimento con un contratto (tipico o atipico) di diritto comune, non per questo i profili pubblicistici risultano del tutto estromessi dalla fattispecie⁶⁰. Infatti, prosegue l'A., gli enti pubblici non economici (e talvolta anche quelli economici) saranno pur sempre tenuti al rispetto delle regole dell'evidenza pubblica, quanto meno per quel che concerne la scelta del contraente privato. Inoltre, giova rilevare che l'evidenza pubblica, a sua volta, implica la necessità di osservare le regole che presiedono all'agire amministrativo funzionalizzato ed in particolare quelle riguardanti l'obbligo di motivazione⁶¹. In particolare, sarà necessaria

⁵³ Si veda in proposito G. GRECO, op. ult. cit., p. 70, da cui è tratto il corsivo riportato nel testo.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Così G. GRECO, op. ult. cit., p. 70, a giudizio del quale, "una ulteriore precisazione si impone. Perché un atto di natura non autoritativa possa essere equiparato a quelli di natura autoritativa non basta che una norma di legge preveda un inquadramento pubblicistico; ma è necessario che la norma di legge espressamente o, comunque, per necessità interpretativa, imponga anche il regime tipico dell'atto amministrativo. Solo in tal caso, infatti, v'è certezza non solo della sottrazione al campo di operatività del diritto privato, ma anche dell'equiparazione di cui si è detto". Sul problema del regime degli atti posti in essere dalla p.a. in caso di impiego del diritto privato nell'azione amministrativa si veda, di recente, F. TRIMARCHI BANFI, *Il principio di legalità e l'impiego del diritto privato per compiti dell'amministrazione pubblica*, in *Amministrare*, n. 1/2-2008, pp. 5 ss.

⁵⁶ Si veda, A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, p. 532.

⁵⁷ Di questo avviso è anche G. GRECO, op. ult. cit., p. 82. In proposito, ma con conclusioni diametralmente opposte si vedano anche A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. Dir. pubbl.*, 1938, pp. 455 ss., ora in ID. *Scritti giuridici*, I, Milano, 1999, pp. 271 ss. e C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, *passim*; da ultimo, per la profondità dell'analisi e l'attualità delle conclusioni cui perviene si rinvia a F.G. SCOCCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 2002, pp. 75 ss.

⁵⁸ In questi termini si esprime G. GRECO, op. ult. cit., p. 82. Del medesimo avviso sembra anche essere V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2002, pp. 617 ss., nonché ID., *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, pp. 217 ss., nonché pp. 230 ss. L'A. ritiene in proposito che in molti settori l'azione amministrativa è suscettibile da un punto di vista tecnico di essere interamente svolta mediante atti giuridici di diritto comune. Egli, infatti, acutamente osserva che in tali settori, quali ad esempio quello degli atti ablatori la compravendita possa sostituirsi *tout court* all'espropriazione, così come la locazione può prendere il posto della requisizione. Orbene, nei predetti campi l'utilizzo del modulo provvedimentale come strumento di azione amministrativa non è tecnicamente necessario al fine di produrre determinati effetti giuridici. Esso, pertanto, è previsto dagli ordinamenti positivi in virtù di una serie di ragioni di carattere storico – ideologico, o di scelte di carattere meramente politico, rientrando in quel vasto fenomeno della pubblicizzazione dell'azione amministrativa, che ha portato alla costruzione dei c.d. sistemi a diritto amministrativo. In questo caso, tuttavia, come opportunamente precisa l'A., bisogna distinguere i differenti effetti giuridici scaturenti da ciascuna delle tipologie di atti astrattamente utilizzabili nel caso di specie in quanto ritenuti fungibili. Ne consegue che, in taluni casi, la scelta del modulo pubblicistico in luogo di quello privatistico può fondarsi sulla esigenza di produrre taluni degli effetti propri della disciplina pubblicistica: si pensi in proposito alla c.d. autotutela, caratteristica esclusiva degli strumenti provvedimentali.

⁵⁹ Si veda in proposito, A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. Dir. pubbl.*, 1938, pp. 455 ss., ora in ID. *Scritti giuridici*, I, Milano, 1999, pp. 271 ss.

⁶⁰ Così G. GRECO, op. ult. cit., p. 83.

⁶¹ *Ibidem*.

una congrua motivazione circa le ragioni che inducono alla scelta dello strumento privatistico in luogo di quello autoritativo.

In sostanza, si può chiosare sul punto affermando che a seguito della riforma della legge 241 il diritto pubblico ed il diritto privato hanno acquisito pari dignità di ruolo e piena fungibilità come moduli alternativi nell'esplicazione della funzione pubblica, ciascuno in relazione al proprio campo di applicazione: sussistono talune materie nelle quali entrambe le discipline si intrecciano e sono chiamate ad operare (basti pensare ad esempio ai contratti ad evidenza pubblica, o, come vedremo tra poco agli accordi amministrativi; ciò che conta, è l'esigenza di stabilire anche in questi casi i segmenti ricadenti entro l'ambito di regolamentazione dell'una o dell'altra disciplina e le relative interferenze, in modo da evitare di trasferire le peculiarità e le esigenze proprie di ciascun ramo del diritto nell'ambito dell'altro⁶².

A completamento del quadro delle norme base volte a regolare il rapporto tra diritto pubblico e diritto comune nell'ambito dell'azione della p.a. ed introdotte nell'ambito dell'art. 1 della legge 241/1990 dalla novella del 2005, giova fare riferimento al comma I *ter*, il quale costituisce sul piano soggettivo il necessario complemento comma I *bis*. Orbene, la norma in questione statuisce che le attività amministrative esercitate da soggetti privati sono anch'esse assoggettate al rispetto dei principi che regolano l'esercizio della funzione amministrativa. Si tratta, secondo taluno⁶³, di una sorta di riconoscimento postumo della validità delle categorie elaborate da Zanobini nel secolo scorso⁶⁴. In sostanza, stando alla predetta disposizione, gli atti autoritativi, o quelli che ad essi sono equiparati per legge, sono assoggettati al rispetto dei principi generali che regolano l'azione della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 1, comma I, della legge 241 del 1990⁶⁵. Ne consegue che l'attività posta in essere dai soggetti rientranti nell'alveo applicativo dell'art. 1 comma I *ter*, dovendo essere svolta secondo le modalità previste dalla stessa legge 241, è soggetta sia al regime proprio degli atti amministrativi, sia alla cognizione del giudice amministrativo sul piano della tutela giurisdizionale⁶⁶.

⁶² Di questo avviso è G. GRECO, op. ult. cit., p. 86, il quale, rifacendosi a quanto sostenuto nei primi anni del '900 da A. RAVA, *Il diritto come norma tecnica*, Cagliari, 1911, stigmatizza, al pari di quest'ultimo A. la tendenza a "costruire i rapporti di diritto pubblico a immagine somiglianza di quelli di diritto privato, che sono per loro natura fundamentalmente diversi".

⁶³ Si veda in proposito G. GRECO, op. ult. cit., p. 85, ove si osserva che, "mentre è difficile che soggetti privati siano preposti all'esercizio di attività autoritativa (ma un esempio lo abbiamo nella legge sulla espropriazione per pubblica utilità, ove il relativo compito può essere affidato al concessionario: art. 6 D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327), è certo più facile che un soggetto privato sia preposto ad un'attività equiparata per legge a quella autoritativa (ad esempio atti di evidenza pubblica in gare d'appalti comunitari): ma in quest'ultimo caso credo che la legge debba stabilire non solo tale equiparazione, ma anche che essa valga per i soggetti privati, ove preposti al relativo esercizio (cfr., ad esempio, art. 6 c.1 della legge 205/2005)".

⁶⁴ Per un approfondimento delle ancora interessanti teorie di Zanobini sul punto, si rinvia a G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato completo di Diritto amministrativo italiano*, Milano, 1935, vol. II, p.III, pp. 422 ss.

⁶⁵ Per una disamina più recente delle problematiche sottese al comma I *ter* dell'art. 1 della legge 241 si rinvia a F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, 2000; A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, in F.G. SCOCA, F. A. ROVERSI MONACO, G. MORBIDELLI (a cura di), *Sistema del diritto amministrativo italiano*. Inoltre, di particolare pregio si rivelano sul punto i contributi di Giulio Napolitano, sia per il livello di approfondimento, che per l'acutezza delle argomentazioni utilizzate dall'A. In particolare, si rinvia a G. NAPOLITANO, *Soggetti privati "enti pubblici"?*, in *Dir. amm.*, 2003, pp. 801 ss., nonché ID., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003. Per una trattazione della tematica ancora più recente, successiva all'introduzione del comma I *ter* nel corpo dell'art. 1 della legge 241, si vedano D. MARRAMA, *Principi generali dell'attività amministrativa, Articolo 1, comma 1 ter*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, op. cit., pp. 117 ss., nonché G. NAPOLITANO, *L'esercizio privato di attività amministrative*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa, Saggi ordinati in sistema*, op. cit., pp. 89 ss.

⁶⁶ Per quanto concerne la sussistenza della giurisdizione amministrativa in materia di attività amministrativa poste in essere da privati, il principio sembra ormai assodato in giurisprudenza ove si tratti di provvedimenti adottati dal gestore di un pubblico servizio. Sul punto, *ex plurimis*, fa stato la celeberrima sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale, la quale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 33, comma I, del D.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, come sostituito dall'art. 7, lett.a), della legge 21 luglio 2000, n. 205, nella parte in cui prevede che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi anziché le controversie nella medesima materia relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi (così come era peraltro previsto fin dall'art. 5 della legge n. 1034 del 1971), ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge n. 241 del 7 agosto 1990, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore. In altre parole, la sentenza in questione ha ribadito la sussistenza della giurisprudenza del g.a. nella materia dei pubblici servizi, limitatamente, però, a quelle materie nelle quali si verifica un esercizio privato di funzioni pubbliche, in quanto un soggetto privato pone in essere atti espressione di un potere amministrativo, agendo alla stregua di un'entità amministrativa. Per maggiori approfondimenti si rinvia *ex plurimis* a Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204, in *Giorn. Dir. amm.*, 2004, 9, p. 969, con nota di CLARICH. Dello stesso tenore sembra essere anche Cass. Civ., Sez. Un., 29 dicembre 1990, n. 12221, in *Giur. It.*, 1992, I, 1, p. 322, con nota di SATTA, la quale ha statuito che la legittimità degli atti di gara compiuti dai concessionari di sola costruzione di opera pubblica deve essere contestata innanzi alla giurisdizione amministrativa, in quanto tali

Si può, quindi, concludere affermando che il diritto amministrativo è ormai divenuto una disciplina nella quale rileva non più tanto la natura soggettiva dell'ente che agisce nel perseguimento di un interesse pubblico, quanto l'effettiva funzionalizzazione nella medesima direzione dell'attività concretamente posta in essere, indipendentemente dalla natura pubblica o privata del soggetto agente⁶⁷. In quest'ottica, quindi, diritto pubblico e diritto privato finiscono per assumere pari dignità, quali strumenti alternativi per la realizzazione dell'interesse pubblico, che, stando all'insegnamento di Alberto Romano⁶⁸, costituisce la causa prima ed il fine ultimo che giustifica l'attribuzione in base alla legge di un potere amministrativo.

5. Accordi amministrativi, legalità ed efficienza dell'azione amministrativa

Per ragioni di evidente connessione sistematica appare opportuno trattare in questa sede delle modifiche introdotte nell'ambito dell'art. 11 della legge 241 del 1990.

Infatti, come da più parti osservato, esiste tra le due disposizioni una evidente identità di *ratio*: entrambe, infatti, sia pure in base a regimi diversi, hanno l'obiettivo di favorire l'utilizzazione di strumenti di natura consensuale nell'esercizio dell'azione amministrativa⁶⁹.

Inoltre, su un piano più generale, non si può sottacere la centralità degli accordi amministrativi in relazione alla tematica relativa ai rapporti tra diritto pubblico e diritto privato. Ciò, inoltre, è necessario al fine di poterne valutare la rispondenza al principio di legalità ed ai principi dell'amministrazione di risultato.

Orbene, come evidenzia la Relazione al disegno di legge della Commissione affari costituzionali del Senato, sussiste un evidente collegamento tra quanto sancito dall'art. 1 *bis* e la disposizione di cui si tratta, la quale tende a rafforzarlo e concretizzarlo⁷⁰. Tuttavia, è d'uopo precisare che tra le due disposizioni non sussiste un rapporto del tipo *genus – species*, per cui non è corretto affermare che il principio generale per cui le amministrazioni pubbliche possono utilizzare gli strumenti del diritto privato quando la legge non disponga altrimenti viene attuato anche attraverso la piena liberalizzazione dell'istituto degli accordi sostitutivi del provvedimento⁷¹.

atti, compiuti nell'esercizio privato di pubbliche funzioni, incidono su interessi legittimi. Per quanto concerne, invece, la giurisprudenza del Consiglio di Stato, nello sterminato novero di pronunce in materia si segnalano tra tutte Cons. Stato, Sez. VI, 28 ottobre 1998, n. 1478, in *Giur. It.*, 1999, p. 1537, con nota di CANNADA BARTOLI, nonché Sez. VI, 9 maggio 2000, n. 2681, in *Foro Amm.*, 2000, p. 1765. Nella prima pronuncia i Giudici di Palazzo Spada hanno affermato il principio per cui rientra nella giurisdizione amministrativa la controversia avente come oggetto le determinazioni adottate da società per azioni a partecipazione pubblica in sede di gara indetta per l'affidamento di lavori. Nella seconda, invece, la Suprema magistratura amministrativa ha esteso i medesimi principi agli appalti aggiudicati da enti ecclesiastici, ritenendo sussistente la cognizione del g.a. nelle controversie relative agli appalti aggiudicati da tali enti per la realizzazione di opere di interesse pubblico inerenti il Giubileo del 2000.

⁶⁷ Così G. GRECO, op. ult. cit., p.86, ove l'A. osserva che il “*diritto amministrativo va caratterizzandosi sempre più non già sotto il profilo soggettivo, per essere il diritto della pubblica amministrazione, ma sotto il profilo oggettivo, per essere il diritto delle “attività amministrative”... . E ciò indipendentemente dal soggetto pubblico o privato, chiamato ad esercitarle*”.

⁶⁸ Cfr., A. ROMANO, *Introduzione*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 2001, pp. 54- 60.

⁶⁹ Di quest'avviso è F. CANGELLI, *Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento, Art. 11, commi 1 e 4 bis*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, op. cit., pp. 271 ss., la quale, però, precisa che, nonostante la medesimezza della *ratio* che caratterizza le due disposizioni, ciò non deve tuttavia indurre a ritenere che le regole contenute nell'art. 11 assumano il valore di disciplina di dettaglio rispetto al principio sancito all'art. 1, comma I bis, poiché l'accordo rappresenta lo strumento privilegiato di un'azione che si svolge in base al diritto privato. Secondo l'A., infatti, gli accordi di cui all'art. 11, infatti, rappresentano il frutto dell'esercizio di un potere discrezionale, il quale, anziché manifestarsi secondo la tradizionale forma unilaterale, si estrinseca attraverso il consenso, pur senza abbandonare la cornice autoritativa. Nello stesso ordine di idee si collocano anche G. GRECO, op. ult. cit., pp. 76 ss., nonché S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contratti e accordi di diritto pubblico*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, op. cit., pp. 99 ss. Sul punto, con particolare riferimento all'uso promiscuo del termine contratto si vedano anche, *ex plurimis*, P. MORABITO, *Brevi note sull'accordo di diritto pubblico*, in *Riv. Amm.*, 1989, p. 1470; G. BENEDETTI, *L'accordo procedimentale tra autorità e libertà*, in G. BARBAGALLO – E. FOLLIERI – G. VETTORI, *Gli accordi fra privati e P.A. e la disciplina generale del contratto*, Napoli, 1995, p. 86, nonché F. CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004, p. 56.

⁷⁰ Vedasi, quindi, relazione al ddl n. 1281-b della Commissione Affari Costituzionali del Senato, p.6, reperibile sul sito internet www.senato.it.

⁷¹ Di questo avviso F. CANGELLI, *Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento, Art. 11, commi 1 e 4 bis*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, op. cit., pp. 271 ss.; G. GRECO, op. ult. cit., pp. 76 ss., nonché S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contratti e accordi di diritto pubblico*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, op. cit., pp. 99 ss; *contra* G. MANFREDI, *La nuova disciplina degli accordi tra amministrazione e privati e le privatizzazioni dell'azione amministrativa*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Le riforme della L. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, op. cit., pp. 75 ss., il quale nel saggio in questione argomenta in maniera articolata ma non condivisibile la propria tesi circa la natura privatistica degli accordi.

Anzi, come acutamente osservato in dottrina, le due disposizioni, ben lungi dall'essere espressione del medesimo principio, sono caratterizzate da un differente ambito applicativo⁷². Ciò in quanto l'accordo amministrativo è espressione del potere discrezionale dell'amministrazione procedente, la quale, in accoglimento di osservazioni o proposte presentate dal privato interessato, ed a seguito di un autonomo giudizio di ponderazione, opta per una conclusione concordata del procedimento, ritenendo che non vi sia corrispondenza tra il risultato ottenibile mediante un provvedimento e quello ottenibile mediante una fattispecie consensuale⁷³.

Rimane, quindi, ferma la cornice procedimentale ed il contesto autoritativo; cambia solo lo sbocco consensuale del procedimento, fermo restando, però, che la scelta di valersi di un siffatto modulo per il perseguimento dell'interesse pubblico rappresenta comunque il frutto di un potere amministrativo. Pertanto, non si verifica alcun del principio di autoritarità dei pubblici poteri con conseguente affermazione dell'opposto principio di contrattualità. Orbene, nell'ipotesi in esame resta assolutamente inalterato l'impianto dogmatico del potere amministrativo, il quale, come acutamente osservato, resta sostanzialmente se stesso, pur potendo esplicitarsi in forme consensuali o imperative, le quali rappresentano entrambe strumenti per la cura di interessi pubblici, senza che la scelta di valersi in concreto dell'uno o dell'altro strumento faccia venir meno la natura autoritativa del potere stesso la quale non dipende dalla forma dell'atto adottato, bensì dalla natura pubblica degli interessi che esso mira a realizzare⁷⁴.

Come acutamente osservato, esulano dall'ambito applicativo degli accordi amministrativi le fattispecie caratterizzate da un'azione vincolata, poiché in esse viene a mancare l'oggetto dell'accordo, vale a dire la scelta discrezionale; né, d'altra parte, vi sono elementi in virtù dei quali ritenere che il fondamento della disciplina degli accordi amministrativi vada ricercato nella possibilità di porre in essere delle deroghe rispetto ai vincoli gravanti sull'attività della pubblica amministrazione⁷⁵.

Pertanto, gli accordi amministrativi rimangono soggetti al regime proprio degli atti amministrativi, con tutto ciò che ne consegue in relazione a quelle garanzie di imparzialità, funzionalizzazione dell'azione, tutela dei terzi e stabilità dei rapporti che sono proprie della disciplina pubblicistica e si realizzano in particolare attraverso la patologia dell'eccesso di potere e l'ampio sindacato che esso garantisce nei confronti dell'azione amministrativa⁷⁶.

Al fine di corroborare ulteriormente quanto premesso, sulla scia dell'insegnamento di F. G. Scoca si può osservare che l'autoritatività è quell'attributo del potere amministrativo in base al quale operare un giudizio

⁷² Di questo avviso F. CANGELLI, *Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, Art. 11, commi 1 e 4 bis, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, op. cit., pp. 271 ss.; G. GRECO, op. ult. cit., pp. 76 ss., nonché S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contratti e accordi di diritto pubblico*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, op. cit., pp. 99 ss.

⁷³ Si vedano in proposito F. G. SCOCA, *Autorità e consenso, nell'attività amministrativa*, in AA.VV., *Atti del XLVII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione*, Milano, 2002, pp. 43 ss., nonché P.L. PORTALURI, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, 1998, pp. 21 ss. In senso conforme all'interpretazione degli accordi amministrativi come espressione di potere discrezionale si veda anche S. CIVITARESE MATTEUCCI, op. ult. cit., p. 100.

⁷⁴ Si vedano in proposito, F. CANGELLI, *Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, Art. 11, commi 1 e 4 bis, op. cit., pp. 276-280; G. GRECO, op. ult. cit., pp. 76-80; S. CIVITARESE MATTEUCCI, op. ult. cit., pp. 99 ss.; F.G. SCOCA, op. ult. cit., pp. 42 ss. Infine, assolutamente condivisibili risultano le parole espresse sul punto da F.P. PUGLIESE, *Il procedimento amministrativo tra autorità e contrattazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, p. 1484, ove si osserva che "se il potere amministrativo si traduce in un modulo negoziale che viene ad impiantarsi nel corpo -per così dire- del procedimento, il potere relativo diviene forse un potere privato? ... Evidentemente no ...né muta il regime giuridico".

⁷⁵ Così S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contratti e accordi di diritto pubblico*, op. cit., pp. 99-100, ove l'A. prosegue concludendo che "pertanto, il dato su cui sembra possa ricercarsi un punto di avvio nella sistemazione di questa materia (e sperabilmente di intesa tra gli studiosi) è che quella parte così essenziale (tanto da farne forse il dato di fondo dell'identità disciplinare del diritto amministrativo) dell'attività amministrativa, costituita dal potere discrezionale, è deducibile in un quid che la legge chiama accordo e che risponde (in parte, o in buona parte o in gran parte, questo è già oggetto di disputa) ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti".

⁷⁶ Così G. GRECO, op. ult. cit., pp. 78 ss., ove l'A. afferma che "gli accordi, anche se non fossero da inquadrare tra gli atti di natura autoritativa, presentano per legge una connotazione sostanziale e di regime, che ne impone una equiparazione ai primi (ai sensi dell'art. 1, 1-bis co.) e li sottrae così ad una disciplina meramente privatistica. Del resto, essi non sono "tout court" assoggettati alle norme di diritto privato, come si esprime il citato comma 1-bis, sottintendendo una completa disciplina di diritto comune, sibi sono assoggettati ai principi del codice civile su obbligazioni e contratti in quanto compatibili: e, dunque, secondo l'interpretazione che a mio modo di vedere scaturisce dall'intero art. 11- in quanto compatibili col regime dell'atto amministrativo, in funzione complementare e integrativa, ma non sostitutiva, della disciplina pubblicistica". Secondo l'A., infatti, l'interpretazione circa la natura privatistica degli accordi amministrativi è altamente criticabile nella misura in cui, in nome della parità delle posizioni dell'amministrazione e del privato, fa sì che vengano gravemente conculcate le garanzie proprie della disciplina pubblicistica. Né, d'altra parte, è possibile pensare, prosegue l'A. "che siano cumulabili i vantaggi della disciplina privatistica con le garanzie pubblicistiche, attraverso un'opera di adattamento della prima alle seconde".

di ponderazione tra interessi alla luce dell'interesse pubblico primario e va pertanto distinta dalla consensualità, la quale, invece, non è attribuito del potere, bensì dell'atto⁷⁷. Ne consegue che sono ammissibili atti autoritativi in forma consensuale. Anzi, in accordo con quanto affermato dal Maestro, è d'uopo precisare che il potere amministrativo si estrinseca tipicamente mediante atti unilaterali, ma può altresì trasferirsi in atti bilaterali, formati attraverso il consenso del privato interessato⁷⁸.

La progressiva diffusione degli accordi amministrativi come strumento in grado di consentire l'esercizio in forma consensuale del potere autoritativo in alternativa rispetto al tradizionale sbocco provvedimentale del procedimento amministrativo rappresenta la più importante conseguenza del riconoscimento del principio partecipativo nell'azione della pubblica amministrazione⁷⁹. Anzi, si può ragionevolmente ritenere che gli accordi amministrativi rappresentano proprio la formalizzazione in atti consensuali della partecipazione degli interessati al procedimento⁸⁰.

Pertanto, come autorevolmente sottolineato, *“più che al superamento del provvedimento, si assiste ad una sua trasformazione e, nel mentre l'azione amministrativa si procedimentalizza per recepire appunto la pluralità degli interessi, all'interno dell'attività amministrativa vengono ad innestarsi una serie di modelli genericamente qualificabili come convenzionali”*⁸¹.

Quanto premesso vale a sconfiggere definitivamente la teoria dualistica propugnata tra gli altri negli anni scorsi da M.S. Giannini, il quale riteneva che tra la logica del potere amministrativo e quella del contratto sussistesse una netta scissione⁸². In quest'ottica, quindi, il principio contrattuale, espressione della libertà della p.a. di darsi mezzi e fini non può che avere spazio solo ed esclusivamente dove terminano quei vincoli teleologici che costituiscono l'essenza del potere amministrativo discrezionale⁸³. Questa ricostruzione, eccessivamente rigida da un punto di vista dogmatico, oltre a porre una netta dicotomia tra la sfera del provvedimento e quella del contratto non lasciava altresì alcuno spazio per figura intermedie, quale quella del contratto di diritto pubblico⁸⁴.

Appare, quindi, apprezzabile, sotto il profilo dell'inquadramento dogmatico la ricostruzione della natura giuridica dell'istituto in questione risultante *ictu oculi* da una valutazione sinergica della disciplina introdotta dalla legge 15/2005.

Orbene, la tesi della natura autoritativa degli accordi amministrativi, ai quali va di conseguenza applicato il regime pubblicistico, si fonda su una pluralità di argomentazioni: talune di queste hanno carattere per così dire testuale, in quanto scaturiscono da una corretta interpretazione del tenore letterale della fattispecie di cui all'art. 11 della legge 241/1990, come di recente modificata; le altre, invece, nascono da una valutazione di più ampio respiro dell'intero sistema normativo in cui affonda le proprie radici la disciplina degli accordi, o nella giurisprudenza della Corte costituzionale.

In particolare, la più importante argomentazione a sostegno dell'impostazione condivisa in questa sede è da rinvenire nel comma 4*bis* dell'art. 11, introdotto proprio dalla legge 15/2005.

⁷⁷ Cfr. F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formazione alla legge sul procedimento*, in S. AMOROSINO, (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1995, pp. 257 ss, nonché ID., *Autorità e consenso, nell'attività amministrativa*, op. cit., pp. 43 ss.

⁷⁸ Sul punto si rinvia anche a F. CANGELLI, op. ult. cit., p. 278.

⁷⁹ Del medesimo avviso sembra essere G. BERTI, *Il “casuale” nell'amministrazione pubblica*, in G. MARONGIU – G.C. DE MARTIN (a cura di), *Democrazia e amministrazione – In ricordo di V. Bachelet*, Milano, 1992, p. 122, ove si osserva che l'accordo *“è un istituto quasi spoglio di caratterizzazioni esistenziali, uno strumento per trasferire nell'autorità e nella forza politica ciò che, avendone gli elementi e i requisiti, apparterebbe in modo naturale al campo dei rapporti e delle manifestazioni di diritto comune”*.

⁸⁰ Così F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formazione alla legge sul procedimento*, op. cit., p. 293, nonché M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996, pp. 167 ss.

⁸¹ Così A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997, pp. 44 ss., ove osserva anche che l'accordo *“è diventato uno dei luoghi comuni in cui si concretizza la reale disciplina degli interessi in gioco ed al provvedimento, che in molti casi, è stato considerato soltanto l'espressione simbolica dell'incontro fra il contratto e l'Autorità...”*. Tuttavia, prosegue l'A., *“... se si resta ancorati alla realtà amministrativa, infatti, ci si accorge che il potere autoritativo non è per nulla declinato, mentre i provvedimenti continuano ad essere, anche quantitativamente, lo strumento preferito di azione delle Amministrazioni pubbliche”*.

⁸² Sul punto si rinvia a M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, pp. 856 ss., nonché ID., *Dell'amministrazione per accordi*, in *Administration-politique, Scritti in onore di G. Tsoutos*, Atene, 1990, pp. 95 ss.. Inoltre, si rinvia a F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, 1965.

⁸³ Più di recente sembrano aderire alla tesi dualistica circa la natura giuridica degli accordi amministrativi C. MAVIGLIA, *Accordi con l'amministrazione pubblica e disciplina del rapporto*, Milano, 2002, pp. 45 ss. e N. PAOLANTONIO, *Autoregolamentazione consensuale e garanzie giurisprudenziali*, in *Cons. Stato*, 2000, II, pp. 793 ss.

⁸⁴ Così, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contratti e accordi di diritto pubblico*, op. cit., pp. 100-101.

La previsione normativa dianzi richiamata stabilisce che “a garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, in tutti i casi in cui una pubblica amministrazione conclude accordi nelle ipotesi previste al comma 1, la stipulazione dell'accordo è preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento”. Si tratta, quindi, di un vero e proprio passaggio autorizzatorio che precede la stipulazione dell'accordo e rivela comunque l'ineliminabilità del momento pubblicistico anche nell'ipotesi in cui la p.a. si avvalga dei moduli dell'agire consensuale.

Ne consegue che, anche nella prefata ipotesi, l'attività posta in essere dall'amministrazione ha natura pubblicistica e, come tale, è funzionalizzata alla realizzazione di un interesse pubblico⁸⁵.

Pertanto, l'istituto in questione si configura come un passaggio di garanzia necessario per verificare la rispondenza del *modus operandi* prescelto rispetto allo scopo cui è funzionale, con un occhio attento alle esigenze di tutela delle posizioni giuridiche dei terzi suscettibili di essere vulnerati dall'accordo, i quali dovrebbero quindi, impugnare tale determinazione unitamente all'accordo laddove ritengano di essere stati da questo pregiudicati⁸⁶. Medesimo potere dovrebbe essere riconosciuto ai privati proponenti l'accordo in caso di immotivata o comunque illegittima determinazione negativa⁸⁷.

In quest'ottica, quindi, l'istituto in parola si rivela secondo i primi commentatori, nonostante l'evidente aggravio procedimentale indotto, un opportuno strumento di penetrazione nel campo dell'agire consensuale delle regole proprie dell'evidenza pubblica, “al fine di rendere pubbliche e trasparenti le decisioni circa il contenuto stesso dell'accordo nonché le ragioni dell'adesione dell'amministrazione⁸⁸”, il tutto alla luce delle risultanze dell'istruttoria⁸⁹.

Astrattamente, però, si potrebbe ritenere che la determinazione ex art. 11 comma 4 *bis*, si ponga in stridente contrasto con le ragioni che stanno alla base della liberalizzazione degli accordi sostitutivi, legittimando un pericoloso *revirement* della concezione ormai superata secondo cui l'agire consensualistico non sarebbe di per sé in grado di garantire il rispetto dei principi di buon andamento ed imparzialità dell'amministrazione.

Inoltre, un passaggio procedurale del tipo di quello in commento potrebbe comunque rivelarsi ultroneo dal momento che lo stesso art. 11 statuisce che la pubblica amministrazione può concludere accordi con i privati solo ed esclusivamente nel perseguimento del pubblico e senza pregiudicare peraltro i diritti dei terzi. per cui, da questo punto di vista, il comma 4*bis* finirebbe col risolversi in una mera sottolineatura di principi *aliunde* affermati, i quali, pertanto, dovrebbero comunque porsi come limite al potere discrezionale di cui l'amministrazione procedente dispone nella scelta se aderire o meno all'accordo propostole.

Ed ancora, oltre che per l'evidente aggravio procedurale, l'innovazione di cui si tratta potrebbe essere stigmatizzata poiché rischia di svuotare di contenuto il momento della trattativa propedeutico al raggiungimento dell'accordo, trasformando, cioè, la fattispecie consensuale in una sorta di contratto per

⁸⁵ Di questo avviso F. CANGELLI, *Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento, Art. 11, commi 1 e 4 bis*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, op. cit., pp. 271 ss.; G. GRECO, op. ult. cit., pp. 76 ss., nonché S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contratti e accordi di diritto pubblico*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, op. cit., pp. 99 ss.

⁸⁶ Si veda in proposito F. CANGELLI, op. ult. cit., p. 293, ove la stessa A. osserva che “l'esame dei lavori parlamentari, o, più in generale, il dibattito dottrinario intorno all'art. 11, sembrano privilegiare una lettura in cui assumono posizione di assoluta centralità i terzi, rispetto ai quali l'originaria formulazione della norma offriva una tutela pressoché nulla”.

⁸⁷ In dottrina vi sono diversi autorevoli commentatori i quali ritengono la determina di cui al comma 4 *bis* istituito posto a tutela non solo dei terzi, ma anche del privato proponente l'accordo e pertanto riconoscono la necessità di una specifica tutela nei confronti di quest'ultimo anche in caso di rifiuto dell'accordo o condotta silente da parte dell'amministrazione destinataria della proposta. In proposito si rinvia a V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l.241/90, I parte, p.3-5*, su www.giustamm.it, ove l'A. osserva che “per quanto attiene agli aspetti di tutela, ai privati proponenti l'accordo deve essere riconosciuta la possibilità di impugnare la determinazione negativa (anche solo parzialmente), laddove contenga, ad esempio, una irragionevole o immotivata distanza dalle risultanze istruttorie”. Dello stesso avviso F. CANGELLI, op. ult. cit., p. 293, la quale osserva che, ferma restando la necessità di attendere il formarsi di una prassi applicativa stabile e consolidata, per quanto attiene alla tutela del privato proponente “l'interposizione della determina induce un incremento di tutela limitatamente alla possibilità di contestare, in fase endoprocedimentale, il mancato accoglimento della proposta di accordo o l'inerzia dell'amministrazione sulla stessa. In quest'ottica, la determina diviene il luogo in cui l'amministrazione evidenzia il giudizio di ponderazione in ordine all'an dell'accordo e all'assetto di interessi che detto accordo andrà a determinare”.

⁸⁸ Vedasi V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l.241/90, I parte, p.3-5*, su www.giustamm.it.

⁸⁹ L'introduzione di tale adempimento endoprocedimentale è vista con favore anche da S. CIVITARESE MATTEUCCI, op. ult. cit., pp. 104-106, ove l'A. osserva che la norma di cui al comma IV *bis* dell'art. 11 della L. 241/90, lungi dall'implicare il ritorno alla concezione dualistica in precedenza richiamata, “introduce semplicemente una più corretta articolazione del procedimento che si conclude con la stipulazione dell'accordo”. In particolare, secondo la dottrina in esame, la determinazione preventiva assume una funzione giustificativa delle scelte compiute, sia sull'opportunità di pervenire all'accordo, sia sulle effettive modalità di cura concreta degli interessi pubblici compatibili con l'interesse dei privati.

adesione, nel quale il privato, anziché concorrere alla formazione del volere pubblico secondo i tradizionali canoni dell'agire consensuale, è costretto a subire il contenuto dell'accordo, come cristallizzato nella determinazione che lo precede.

Alla stregua di questa impostazione sarebbe stato opportuno, piuttosto che introdurre un ulteriore cadenza procedurale necessaria, subordinare l'efficacia dell'accordo alla *condicio iuris* del silenzio da parte dell'organo titolare del potere di riesame entro un breve termine perentorio, durante il quale, non essendo la convenzione divenuta ancora efficace, è possibile, nell'interesse pubblico o dei terzi suscettibili di ricevere *vulnus* dall'accordo, nell'esercizio del potere di autotutela, formulare delle osservazioni, il mancato accoglimento delle quali rende impercorribile la strada consensuale, con conseguente ritorno a quella autoritativa. Il vantaggio di tale soluzione sarebbe duplice. In primo luogo, infatti, l'aggravio procedurale sarebbe eventuale e non necessario. In secondo luogo, poi, esso verrebbe a gravare non sulla fase costitutiva, bensì su quella integrativa dell'efficacia, con conseguente guadagno in termini di libertà delle trattative e capacità del privato di concorrere effettivamente alla formazione del volere pubblico.

Tuttavia, a giudizio di chi scrive, la soluzione prescelta dal legislatore è comunque preferibile nei limiti in cui l'appesantimento dell'iter negoziale venga contenuto entro limiti ragionevoli e la p.a. si attenga ad un rigoroso *self-restraint* del proprio potere discrezionale. In particolare, l'amministrazione procedente dovrebbe limitarsi ad esternare le ragioni dell'adesione alla fattispecie consensuale, fissando altresì gli opportuni paletti affinché il contenuto dell'accordo si riveli rispettoso dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento.

Diversamente, ove l'amministrazione procedente dovesse spingersi oltre, ciò si tradurrebbe in una surrettizia predeterminazione del contenuto dell'accordo tale da svilire la capacità partecipativa del privato proponente, degradandolo da attore a mero spettatore passivo del volere dell'amministrazione, con conseguente reflusso di quella concezione autoritaria ed unilaterale dell'*agere* amministrativo, che proprio l'innovazione in questione tende a ribaltare.

Inoltre, a sostegno della soluzione prescelta dal *conditor iuris* militano una serie di ragioni. Innanzitutto, come rilevano i primi commentatori della riforma, un siffatto innesto nel tessuto dell'art. 11 si rivela opportuno laddove si consideri che, mentre nel caso previsto dall'art. 1 comma 1 *bis*, la facoltà riconosciuta alla p.a. di valersi in via generale dei moduli consensuali è confinata dal legislatore nell'alveo dell'attività amministrativa non autoritativa, in materia di accordi sostitutivi, invece, tale limite non ricorre e dunque il ricorso a tali istituti è ammesso anche in luogo di atti o provvedimenti amministrativi connotati dal predicato dell'autoritatività⁹⁰.

In questi casi, infatti, allo scopo di evitare una elusione delle esigenze di garanzia connesse col principio di legalità si pone la necessità di far rifluire all'interno della fattispecie procedimentale un presidio di garanzia, rappresentato dall'esternazione delle ragioni che inducono l'amministrazione a ricorrere al diritto privato, nonché delle motivazioni per cui i limiti che l'istituto degli accordi sostitutivi incontra stante il disposto dell'art. 11 si ritengono nel caso di specie rispettati. Nell'ambito dell'attività amministrativa autoritativa, infatti, il ricorso al *modus operandi* consensuale rappresenta un'eccezione, che, come tale, deve essere congruamente motivata al fine di evitare uno sviamento dell'agire pubblico dai fini che gli sono propri⁹¹.

Ed ancora, ad ulteriore corroborazione di quanto affermato in precedenza è d'uopo osservare che la determinazione da parte dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento svolge un'ulteriore funzione nelle materie in cui la competenza provvedimento spetterebbe ad un organo collegiale. In tali casi, infatti, essa serve a dirimere ogni possibile dubbio circa la legittimazione di colui che, per conto dell'amministrazione ha sottoscritto l'accordo⁹². Tale problematica è stata oggetto di esame non solo in sede dottrinale, ma anche giurisprudenziale. In dottrina è stata rilevata la necessità di una pronuncia dell'organo collegiale deliberante in ordine all'effettiva adesione all'accordo, che di fatto è stipulato da un diverso soggetto⁹³.

⁹⁰ In senso conforme, C. BIONDI - M. MOSCARA - A. RICCIARDI, *La riforma del procedimento amministrativo* op.cit, pp. 52-53. Inoltre, per ulteriori approfondimenti si vedano anche F. CANGELLI, *Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento, Art. 11, commi 1 e 4 bis*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, op. cit., pp. 271 ss.; G. GRECO, op. ult. cit., pp. 76 ss., nonché S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contratti e accordi di diritto pubblico*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, op. cit., pp. 99 ss.

⁹¹ Di questo avviso sono F. CANGELLI, op. ult. cit., pp. 271 ss., nonché G. GRECO, op. ult. cit., pp. 83 ss.

⁹² Così rileva D. D'ALESSIO, *Più spazio agli accordi sostitutivi e integrativi*, in *Guida al diritto*, n. 10 del 12 marzo 2005, p. 69.

⁹³ Si veda in proposito S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contratti e accordi di diritto pubblico*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, op. cit., pp. 105-106, ove si osserva che colui che stipula, non essendo munito del

Quest'ultimo, non essendo titolare del potere sostanziale dedotto nell'accordo è in realtà un mero *nuncius* dell'organo collegiale deliberante, per cui, come giustamente osservato da Nigro, la deliberazione a contrarre non ha un valore meramente integrativo, bensì costitutivo della volontà dell'amministrazione⁹⁴.

Ad ulteriore riprova di quanto dianzi osservato, milita un argomento lessicale. Orbene, lo stesso termine impiegato nella disposizione in esame, ossia stipulazione, indica, che non si allude al profilo sostanziale della conclusione dell'accordo, ma alla mera stesura e sottoscrizione del documento contrattuale⁹⁵.

Nello stesso ordine di idee sembra collocarsi la giurisprudenza del Consiglio di Stato. I giudici di Palazzo Spada, infatti, sul punto osservano che “*la volontà manifestata nell'accordo deve provenire dall'organo competente all'adozione del provvedimento finale o da altro organo appositamente delegato, altrimenti non vi sarebbe inidoneità dell'atto di autonomia ad impegnare l'amministrazione procedente e si potrebbe richiamare la disciplina del falsus procurator o del rappresentante senza potere (art. 1398 cod. civ.) per dedurre l'inefficacia –relativa- dell'accordo (che vincola solo gli stipulanti, salva ratifica) (art. 1399 cod. civ.)*”⁹⁶.

Tutto ciò premesso in ordine alla determinazione di cui all'art. 11 comma 4 *bis*, che costituisce la più importante delle argomentazioni a sostegno dell'inquadramento pubblicistico degli accordi amministrativi, giova ora accennare agli ulteriori elementi che convergono a favore di siffatta ricostruzione, iniziando da quelli definiti in precedenza “testuali”.

In quest'ambito spicca innanzitutto il ricorso all'autotutela previsto dal comma 4 dell'art. 11. Orbene, secondo l'orientamento prevalente in dottrina già prima della riforma della legge 241, nonostante il tenore letterale della fattispecie in esame, l'istituto in essa disciplinato si deve inquadrare nell'ambito dell'autotutela amministrativa piuttosto che in quello delle figure di recesso contrattuale disciplinate dal diritto comune⁹⁷.

Difatti, il tenore letterale del predetto comma 4, che prevede la possibilità per le P.A. di recedere dagli accordi per sopravvenute ragioni di interesse pubblico, salvo indennizzo in caso di pregiudizio, ricalca palesemente la figura pubblicistica della revoca, ora disciplinata dall'art. 21 *quinquies* della legge 241, con ciò confermando pienamente le posizioni dottrinali dianzi richiamate circa la natura pubblicistica e non privatistica dell'istituto in parola, nonostante il *nomen juris* utilizzato dal legislatore deponga in senso opposto⁹⁸.

Ed ancora, nella medesima direzione converge una ulteriore argomentazione emergente dalla lettera dell'art. 11. In particolare, giova rilevare che il rinvio ai principi civilistici operato dalla predetta disposizione è più ristretto, oltre che sottoposto a condizioni, rispetto a quello posto in essere dall'art. 1 *bis*.

potere sostanziale dedotto nel contratto, è in realtà un mero portavoce dell'organo deliberante, al quale ultimo soltanto va ricondotto l'atto di adesione al regolamento contrattuale. In particolare l'A. cita gli esempi delle convenzioni urbanistiche o dei contratti di servizio relativi alla gestione dei servizi locali, entrambi implicanti competenze proprie del consiglio comunale. In questi casi, conclude lo stesso A., il dirigente che stipula è *nuncius* della decisione assunta dal Consiglio. Sulla scissione tra atto di adesione al contratto e stipulazione dello stesso si veda anche G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986, pp. 126 ss.

⁹⁴ Sul punto si rinvia a M. NIGRO, *Deliberazione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, pp. 1004 ss.

⁹⁵ Così S. CIVITARESE MATTEUCCI, op. ult. cit., p. 105.

⁹⁶ Così Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2636, in *Foro Amm. CDS*, 2002, 3018.

⁹⁷ Per quanto riguarda l'orientamento della dottrina prevalente prima della riforma della legge 241/1990 si rinvia *ex plurimis* a: M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999, *passim*; S. VASTA, *La revoca degli atti amministrativi consensuali*, Padova, 2004, *passim*, nonché in senso ancora più specifico a F. TUCCARI, *Recesso ed inadempimento negli accordi amministrativi*, Bari, 1993.

⁹⁸ Del medesimo avviso G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi*, in V. CERULLI IRELLI, (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, op. cit., p. 77, ove l'A., ponendo a confronto l'istituto della revoca del provvedimento disciplinato dall'art. 21 *quinquies* della 241 e quello del recesso dai contratti di diritto privato, disciplinato dall'art. 21 *sexies* della medesima legge con la figura di recesso prevista in materia di accordi dal quarto comma dell'art. 11, finisce per osservare che “*non v'è chi non veda che, al di là della qualificazione formale..., ogni altro aspetto sostanziale dimostra una assoluta sovrapposizione ed identità tra i due istituti (più esattamente, tra recesso ex art. 11 e revoca per sopravvenuti motivi di interesse pubblico). Ed è questo un argomento sistematico di non poco conto per confermare che l'interesse pubblico, cui si riferisce non solo il 4° co., ma anche il 1° co. dell'art. 11, è assoggettato alla medesima disciplina e riceve la medesima protezione sia negli accordi sia nei provvedimenti amministrativi*”. Delo stesso avviso S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contratti e accordi di diritto pubblico*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, op. cit., p. 115, ove l'A. rileva che “*maggior fortuna, nell'opinione scientifica, incontra la tesi che dall'ipotesi di recesso di cui all'art. 11, 4° co., in collegamento con la necessità che l'interesse pubblico rimanga fermo ai sensi dell'art. 11, 1° co., ricava la natura pubblicistica*” dell'accordo. Infatti, prosegue Civitarese Matteucci, “*la maggior parte degli autori, anche coloro che propendono per il carattere privatistico dell'accordo, riconoscono, in tutti i modi, natura di provvedimento amministrativo all'atto di recesso...Pertanto, è lecito nutrire più di una perplessità sul fatto di essere al cospetto di una genuina ipotesi di recesso in senso civilistico*”. Del medesimo ordine di idee, infine, F. CANGELLI, op. ult. cit., pp. 281-282.

Difatti, mentre quest'ultima disposizione rinvia genericamente alle norme di diritto privato come norme applicabili *tout court* all'azione amministrativa non autoritativa, la prima, invece, anche dopo la riforma, continua a ritenere applicabili, in quanto compatibili, i principi del codice civile in materia di contratti e obbligazioni. Pertanto, emerge con assoluta evidenza che il rinvio al diritto privato operato dall'art. 11 sia estremamente più ridotto di quello operato dal comma 1 *bis* dell'articolo 1, anche a prescindere dalla nota *querelle* sul diverso significato del rinvio alle norme rispetto a quello ai principi. Ciò, quindi, è indicativo del diverso ambito applicativo delle due disposizioni e dell'impossibilità di ritenere l'art. 11 come norma direttamente applicativa del precetto posto dall'art. 1 comma 1 *bis*⁹⁹.

Tutto ciò premesso in ordine agli argomenti a sostegno della tesi qui condivisa che sono direttamente ricavabili da una ricognizione del tenore letterale della disposizione in esame, al fine di una ulteriore corroborazione di tale posizione giova accennare in maniera sintetica a due argomenti di natura sistematica che emergono da un'analisi di ampio respiro, avente ad oggetto l'intero complesso principi e regole su cui si regge attualmente il nostro diritto amministrativo sia sostanziale che processuale.

In primo luogo giova fare riferimento alle ineludibili esigenze di garanzia su cui si fonda il regime pubblicistico che caratterizza la disciplina del provvedimento amministrativo. Ebbene, ove si ritenesse prevalente la tesi che attribuisce natura privatistica agli accordi amministrativi, con conseguente applicazione del regime tipico dei contratti, proprio in nome della parità di posizione tra l'amministrazione ed il privato verrebbero gravemente conculcate le garanzie di imparzialità, tutela dei terzi, stabilità dei rapporti, funzionalizzazione dell'azione verso la soddisfazione di un pubblico interesse che costituiscono il contenuto tipico della disciplina pubblicistica¹⁰⁰. Né d'altra parte, come autorevolmente osservato, si può ritenere sussistente una situazione di privatizzazione formale del diritto amministrativo che consentirebbe di cumulare artificiosamente i vantaggi della disciplina privatistica con le garanzie pubblicistiche¹⁰¹.

Peraltro, tale commistione tra diritto pubblico e diritto privato non solo non è accettata dalla giurisprudenza¹⁰², ma non può garantire comunque la possibilità di tradurre in forma privatistica la patologia dell'eccesso di potere e la funzione di garanzia che l'ampio sindacato su di esso svolge in ambito pubblicistico.

Pertanto, pur senza negare che l'attività di diritto privato possa essere finalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico, senza però che ciò implichi che tale interesse debba avere nel diritto privato una tutela analoga a quella offerta dal diritto amministrativo, appare senz'altro preferibile, al fine di soddisfare le predette esigenze, la tesi che considera l'accordo ex art. 11 una forma esercizio del potere amministrativo, sia pure in forma consensuale, e come tale lo assoggetta alla disciplina ed al regime dell'atto amministrativo¹⁰³.

Infine, una ulteriore conferma di quanto premesso viene anche dalla lettura che la Corte costituzionale ha dato della norma che assoggetta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo gli accordi ex art. 11. Orbene, nella ormai celeberrima sentenza n. 204/2004, la Consulta ha statuito che la facoltà di avvalersi di strumenti consensuali quali quello in esame presuppone l'esistenza di un potere autoritativo in capo all'amministrazione procedente¹⁰⁴.

Peraltro, da un esame sinergico del complesso *iter* argomentativi su cui si regge la predetta pronuncia, ad ulteriore conferma della tesi sostenuta può richiamarsi l'assunto in base al quale la Corte ha ritenuto che può giustificarsi l'esistenza di una giurisdizione esclusiva solo nelle particolari materie in cui per l'inscindibilità tra interessi legittimi e diritti soggettivi, si è resa necessaria da parte del legislatore

⁹⁹ Di quest'avviso F. CANGELLI, op. ult. cit., pp. 280-281, G. GRECO, op. ult. cit., p. 80. Dello stesso avviso sembra essere S. CIVITARESE MATTEUCCI, op. ult. cit., p. 102, benché in quest'ultima sede l'A. non si occupa diffusamente della problematica in questione, ma si limita ad accennare alla stessa *incidenter tantum*.

¹⁰⁰ Così G. GRECO, op. ult. cit., p. 78.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² Si vedano in proposito *ex plurimis* Cass. Sez. Lav., 16 maggio 2003, n. 7704, in *Arch. Civ.*, 2004, 387; ID., 19 marzo 2004, n. 5565, in *Foro Amm. CDS*, 2004, 678, nonché ID., 20 marzo 2004, n. 5659, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2004, 10, 1095, con nota di NICOSIA.

¹⁰³ Così si esprime G. GRECO, op. ult. cit., pp. 80-81, ove l'A. conclude osservando che "gli accordi, anche se non fossero da inquadrare tra gli atti di natura autoritativa, presentano per legge una connotazione sostanziale e di regime, che ne impone una equiparazione ai primi (ai sensi dell'art. 1, 1-bis co.) e li sottrae così ad una disciplina meramente privatistica. Del resto, essi non sono *tout court* assoggettati alle norme di diritto privato, come si esprime il citato comma 1-bis, sottintendendo una completa disciplina di diritto comune, sibbene sono assoggettati ai principi del codice civile su obbligazioni e contratti in quanto compatibili, e, dunque – secondo l'interpretazione che a mio modo di vedere scaturisce dall'intero art. 11 – in quanto compatibili col regime dell'atto amministrativo, in funzione complementare e integrativa, ma non sostitutiva, della disciplina pubblicistica".

¹⁰⁴ Si veda in proposito Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204, in *Giorn. Dir. amm.*, 2004, 9, p. 969, con nota di CLARICH.

l'estensione anche nei confronti di questi ultimi della giurisdizione da parte del giudice amministrativo¹⁰⁵. Come autorevolmente osservato, quindi, deve trattarsi di materie caratterizzate da specifici connotati pubblicistici e come tali già soggette al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, che il g.a. non perde, ma implementa, conoscendo anche dei diritti soggettivi¹⁰⁶.

Pertanto, la riconosciuta conformità rispetto al parametro costituzionale della giurisdizione esclusiva stabilita dal legislatore in materia di accordi amministrativi rappresenta una ulteriore e definitiva conferma che essi sono senza dubbio soggetti al regime proprio degli atti amministrativi.

Tanto premesso, si può ritenere che le modifiche introdotte nell'ambito dell'art. 11 della medesima legge debbano essere salutate con favore dagli operatori del diritto.

Si tratta, infatti, di innovazioni che da un punto di vista dogmatico confermano l'orientamento, già in precedenza affermatosi, per cui, nonostante le evidenti differenze strutturali, ambedue le fattispecie di accordo rappresentano i due volti del medesimo istituto, che, in entrambi i casi, "*si risolve nell'obbligo per le parti e quindi anche per la pubblica amministrazione, di adempiere a quanto pattuito*"¹⁰⁷, rispettando quel vincolo giuridico che costituisce il tratto qualificante dell'istituto, visto come strumento teleologicamente orientato non tanto all'esclusivo perseguimento dell'interesse pubblico, quanto piuttosto all'armonico contemperamento dell'interesse pubblico con quello privato¹⁰⁸.

Per effetto della novella in commento il modulo consensuale diviene, quindi, uno degli strumenti posti in via generale a disposizione della pubblica amministrazione. Quest'ultima, infatti, assume il potere di valersene ogni qualvolta lo ritenga opportuno, non più soltanto in ipotesi residuali e necessitanti di un'espressa previsione di legge. Tutto ciò pone fine al tradizionale scetticismo nei confronti dell'agire mediante il consenso, ritenuto per lungo tempo inidoneo a consentire il perseguimento degli interessi pubblici, dal momento che la ricerca di un accordo avrebbe impedito alla pubblica amministrazione di mantenere la necessaria posizione di preminenza che le derivava dall'essere depositaria di quell'interesse pubblico che giustificava e sostanzialmente la potestà che le era attribuita¹⁰⁹.

In quest'ottica, infatti, la ricerca del consenso avrebbe dato vita ad un'eterogenesi dei fini nell'esercizio del potere amministrativo, che, essendo teleologicamente diretto alla realizzazione di un interesse pubblico, doveva necessariamente imporsi rispetto ad un interesse ontologicamente di parte quale è quello privato, piuttosto che fondersi con questo, come invece avviene nell'agire consensuale¹¹⁰.

Solo un lungo processo di democratizzazione dell'*agere* pubblico, che trova proprio nella norma in questione il suo coronamento, ha permesso il superamento di posizioni così pervicacemente radicate nel patrimonio genetico del nostro diritto amministrativo e l'affermazione di un modo di vedere l'attività amministrativa sempre più polarizzata sulla partecipazione dei privati alla formazione della volontà pubblica.

Giova comunque ribadire che a seguito della novella sono stati meglio delineati i rispettivi ambiti di applicazione dell'attività amministrativa di diritto privato e di quella che, pur svolgendosi talvolta attraverso moduli consensuali costituisce espressione di un potere autoritativo.

Ebbene, la fungibilità tra il regime privatistico e quello pubblicistico nell'ambito dell'azione amministrativa non è totale, bensì limitata alle sole ipotesi nelle quali non sia ravvisabile un potere autoritativo. Al di fuori di ciò, infatti, la scelta dello strumento consensuale in luogo di quello unilaterale si configura esclusivamente come una particolare modalità di esercizio del medesimo potere, senza che ciò determini una novazione della disciplina e del regime, con transizione dal campo pubblicistico a quello privatistico. Pertanto, stante l'interpretazione dianzi richiamata degli accordi amministrativi, la disciplina privatistica non può ritenersi sostitutiva, ma meramente aggiuntiva rispetto a quella pubblicistica, che, nel

¹⁰⁵ Ibidem.

¹⁰⁶ Così G. GRECO, op. ult. cit., p. 77. Dello stesso avviso anche S. CIVITARESE MATTEUCCI, op. ult. cit., p.107, nonché F. CANGELLI, op. ult. cit., p. 301.

¹⁰⁷ Si veda in proposito M. IMMORDINO, *Legge sul procedimento amministrativo, accordi e contratto di diritto pubblico*, in *Dir. Amm.* 1997, p.138.

¹⁰⁸ Così si esprime S. GIACCHETTI, *Partecipazione e tutela cautelare*, in *Consiglio di Stato*, 1990, XLI, II, p.1316.

¹⁰⁹ Si rinvia per una approfondita disamina della questione a F.G. SCOCA, *Autorità e consenso nell'azione amministrativa*, op. cit., pp. 42 ss.

¹¹⁰ Per una testimonianza degli sforzi compiuti dalla dottrina nell'iter che ha condotto all'affermazione dell'accordo come strumento di regola utilizzabile dall'amministrazione nel perseguimento dei propri fini si rinvia a, M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, op. cit., pp.777 e ss, e pp. 860 e ss. per quanto concerne la tematica dei contratti ad oggetto pubblico. Si vedano ancora R. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1994, pp. 821 e ss.; F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, op. cit., pp. 1907-1912; nonché M. NIGRO, *Conclusioni*, in *Atti del convegno "L'accordo nell'azione amministrativa"*, Roma, 1988, p. 14 e ss. Ed ancora, AA. VV., *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, in *Atti del XLVII convegno di studi amministrativi di Varenna*, 20-22 settembre 2001, Milano, 2002.

caso di ricorso all'istituto disciplinato dall'art. 11 della legge sull'azione amministrativa, rimane ferma, pur variando la forma dello strumento utilizzato¹¹¹.

6. Riflessioni sulla fungibilità tra moduli consensuali ed autoritativi nell'esercizio della funzione amministrativa; considerazioni conclusive

Appare infine opportuno, prima di svolgere le considerazioni conclusive, affrontare il problema della fungibilità tra atti unilaterali ed atti consensuali nell'esercizio della funzione amministrativa, verificando, quindi, quali limiti incontra il potere discrezionale riconosciuto all'amministrazione procedente secondo la ricostruzione dianzi posta in essere. Orbene, la tematica in questione si arricchisce di ulteriori spunti laddove la riforma dell'art. 11 venga calata nel contesto della giurisprudenza comunitaria e costituzionale, in particolare di quella in materia di tutela della libertà di concorrenza e di quelle posizioni soggettive riconducibili nel novero dei diritti sociali¹¹².

I principi elaborati dalla prefata giurisprudenza, infatti, dimostrano come non sia comunque possibile sostenere, nemmeno dopo la riforma dell'art. 11, la piena fungibilità tra modelli consensuali e modelli unilaterali, residuando, viceversa, una serie di ambiti *tout court* riservati all'attività unilaterale. Ad esempio, come rileva in proposito un acuto commentatore¹¹³, la Corte di Giustizia europea¹¹⁴ ha stabilito che la normativa nazionale in materia urbanistica è incompatibile con i principi comunitari posti a tutela della libertà di concorrenza, nell'ipotesi in cui, senza rispettare le procedure previste dalla direttiva sugli appalti pubblici, consente al titolare di un atto concessorio o di un piano di lottizzazione di realizzare un'opera di urbanizzazione a scomputo, totale o parziale, del contributo dovuto per la concessione, anche quando il valore dell'appalto sia al di sopra della soglia comunitaria.

Ebbene, l'arresto giurisprudenziale dianzi richiamato è indice della necessità di verificare caso per caso la compatibilità con i principi comunitari della normativa interna in materia di accordi, con evidente possibilità di un significativo ridimensionamento della sua portata nel caso in cui essa debba essere applicata a fattispecie di rilevanza comunitaria.

Difatti, nonostante l'indubbio passo in avanti compiuto con la legge 15/2005 nella direzione dell'incremento della democraticità dell'azione amministrativa, i principi elaborati dalla Corte Europea si pongono inevitabilmente come diaframma rispetto alla possibilità di ricorrere in via generale allo strumento degli accordi allorquando vengano in rilievo situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione europea.

Pertanto, nella gerarchia dei valori riconosciuti e tutelati in ambito comunitario, l'esigenza di porre sullo stesso piano pubblico e privato ricorrendo a moduli convenzionali piuttosto che unilaterali è destinata a cedere dinanzi a valori come quello della libertà di concorrenza, ma non solo¹¹⁵.

Infatti, accanto alla giurisprudenza comunitaria in materia di concorrenza, anche la Corte Costituzionale ha messo in luce come non si possa affermare una fungibilità generale ed incondizionata tra strumenti unilaterali e strumenti consensuali, stante la necessità di dare respiro in determinate fattispecie a posizioni soggettive non riconducibili all'amministrazione procedente o al cittadino che con essa si relaziona come destinatario del provvedimento o come polo privato di un eventuale accordo. Orbene, secondo la Corte Costituzionale nella scelta dello strumento più idoneo a realizzare l'interesse pubblico, tali posizioni soggettive non possono essere prese in considerazione in via esclusiva, ma devono altresì essere poste in

¹¹¹ Così G. GRECO, op. ult. cit., p. 76.

¹¹² Sulla nozione di diritti sociali e sulle differenze rispetto alla contigua categoria dei diritti di libertà sia consentito rinviare alla magistrale partizione tracciata da P. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, op. cit., pp. 274-284.

¹¹³ Si veda in proposito G. TULUMELLO, *Il nuovo regime di atipicità degli accordi sostitutivi: forma di stato e limiti all'amministrazione per accordi*, in www.giustamm.it.

¹¹⁴ Si tratta della sentenza della Corte di Giustizia UE sez. VI 12 Luglio 2001, in causa C-399/98, in *Corriere Giuridico*, 2002, 176, con nota di I. NASTI, *Opere di urbanizzazione sopra soglia comunitaria e rispetto delle procedure di evidenza pubblica: il caso Bicocca davanti alla Corte di Giustizia*. Sulle successive modifiche di diritto interno, imposte dall'esigenza di adeguamento alla sentenza comunitaria, si veda T. CORETTI, *Opere di urbanizzazione a scomputo e gara nella legge 166/2002*, in *Urbanistica e Appalti*, 2003, 625.

¹¹⁵ Come osserva in proposito C. VARRONE, *Stato sociale e giurisdizione sui diritti del giudice amministrativo*, Napoli, 2001, p. 51, "Solidarietà e concorrenza hanno sempre più assunto, anche per l'influenza delle norme del Trattato, il significato di valori-guida del nuovo Stato sociale".

rapporto con altre situazioni giuridiche ugualmente meritevoli di tutela, che rappresentano l'espressione più evidente di quel pluralismo sociale che è un corollario necessario dello stato democratico pluriclasse¹¹⁶.

A titolo esemplificativo è d'uopo ricordare il l'orientamento della Consulta in base al quale non è in contrasto con la Carta Costituzionale la preclusione degli accordi tra i privati e le amministrazioni pubbliche allorché il mancato ricorso a modelli consensuali nell'esercizio dell'azione amministrativa risponde a finalità di tutela di interessi generali¹¹⁷.

Pertanto, non potendosi ricondurre nell'alveo di una semplice relazione binaria tra interesse pubblico primario ed interesse privato antagonista, la necessità di operare un bilanciamento tra la pluralità di posizioni soggettive che assumono rilevanza in fattispecie nelle quali a mente del nuovo articolo 11 si potrebbe affermare la fungibilità tra provvedimento discrezionale ed accordo sostitutivo, ecco allora la necessità di ridimensionare alla stregua di un attento vaglio critico dei prefati principi giurisprudenziali la lettura che di primo acchito verrebbe spontanea della nuova disposizione in materia di accordi sostitutivi.

Tanto premesso, non si può non concordare con chi afferma che, il provvedimento amministrativo, *“in quanto strumento di politiche sociali diventa la sede infungibile ove trovano considerazione e tutela tutti i fattori coinvolti nella scelta”*¹¹⁸. Infatti, l'accordo, per la sua struttura bilaterale, che, necessariamente riduce e semplifica ad una mera dicotomia il caleidoscopio di posizioni giuridiche coinvolte, è ontologicamente orientato a non prendere in considerazione ai fini della scelta che l'amministrazione è chiamata a compiere, tutte quelle posizioni d'interesse correlate alle plurime figure soggettive, che, pur essendo coinvolte nella fattispecie, non sono strettamente riconducibili alla prefata relazione dicotomica che costituisce il patrimonio genetico da cui trae vita l'accordo stesso. Ferme le superiori considerazioni emerge *ictu oculi* che in questi casi il modulo dell'agire amministrativo convenzionale si rivela uno strumento assolutamente inadeguato rispetto alla garanzia costituzionale del pluralismo sociale. La già paventata *“frantumazione progressiva del potere amministrativo”*¹¹⁹ impone una revisione della concezione tradizionalmente duale del rapporto amministrativo¹²⁰.

Pertanto, una volta collocata nella giusta posizione questa tessera del variegato mosaico che costituisce la legge 15/2005, appare senz'altro eccessivo l'ottimismo da più parti manifestato circa le potenzialità deflative del contenzioso che la riforma presenta sul punto¹²¹. In questa ottica, invece, nuova luce appare acquistare la previsione del comma 4 *bis* dell'articolo 11, che, stante l'impossibilità di ricondurre ad una relazione binaria le posizioni giuridiche coinvolte, può fungere da camera di compensazione anticipata delle situazioni degli eventuali controinteressati, come strumento di equilibrio e di ponderazione anticipata degli interessi privati ulteriormente rilevanti ai fini della scelta, al fine di stabilire il perimetro di garanzia del pluralismo entro il quale dovrà necessariamente muoversi la fattispecie consensuale. Solo così lo strumento dell'accordo sostitutivo potrà svolgere quella funzione da più parti riconosciutagli all'indomani della novella, fermo restando che, comunque, la portata della riforma risulta sicuramente ridimensionata, stanti gli opportuni limiti che il principio della fungibilità deve necessariamente subire alla stregua di una visione

¹¹⁶ Sull'esasperazione che il fenomeno del pluralismo sociale sta assumendo, con il rischio di sconfinare nella patologia, oltre alla già citata Relazione di Corrado Calabrò, si veda A. SPADARO, *Il fenomeno della pubblicizzazione degli interessi privati e, di riflesso, della privatizzazione degli interessi pubblici: una piccola introduzione sulla crisi dell'etica costituzionale*, in AA.VV., *Diritto e potere nell'Italia di oggi*, Torino, 2004, pp. 9 e ss.

¹¹⁷ In proposito, si veda Corte Cost., 23 aprile 1998, n. 135, in *Riv. Giur. Urb.*, 1998, 233, con nota di A. PERINI, *Verso l'urbanistica consensuale: un'occasione mancata. L'interesse pubblico fra autorità e consenso*. Nella sentenza in questione la Corte costituzionale ha ritenuto infondata, ai sensi degli artt. 41, 42 e 97 Cost., la q.l.c. dell'art. 35 della legge 865/71, nella parte in cui non prevede la possibilità per i privati espropriati di dare esecuzione direttamente alle prescrizioni del P.E.E.P. mediante accordo con il comune interessato, in considerazione delle rilevanti finalità di interesse sociale che la legislazione in materia di edilizia economica popolare è diretta a concretizzare. Si ritiene che una tale posizione possa ragionevolmente essere sostenuta anche dopo la riforma del procedimento amministrativo.

¹¹⁸ Così si esprime G. TULUMELLO, *Il nuovo regime di atipicità degli accordi sostitutivi: forma di stato e limiti all'amministrazione per accordi*, in *www.giustamm.it*, p. 5.

¹¹⁹ Queste parole, come già visto in precedenza, sono di Corrado Calabrò.

¹²⁰ Ad esempio S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma - Bari, 2002, p. 74 e ss., ritiene ormai tramontato *“il paradigma binomico tradizionale”*, fondato sulla contrapposizione tra soggetti attivi e soggetti passivi della potestà amministrativa, a vantaggio di una visione del panorama sostanziale che fa da sfondo all'esercizio dei poteri amministrativi come *“arena pubblica”*, icastica locuzione indicativa *“dello spazio sociale nel quale si svolgono dialogo e conflitti e che serve al trasferimento sociale della domanda al corpo politico”*. Ed ancora A. TRAVI, *Nuovi fermenti del diritto amministrativo sul finire degli anni '90*, in *Foro italiano*, 1997, V, pp. 168 e ss., in particolare p. 175, considera il rapporto amministrativo non come relazione bipolare, bensì multipolare.

¹²¹ Di diverso avviso V. CERULLI IRELLI, op. cit., parte II, p. 4, il quale ritiene che lo strumento degli accordi sostitutivi, *“una volta generalizzato, ridurrà di gran lunga il contenzioso amministrativo, dando luogo a rapporti fondati su atti condivisi, dotati di stabilità”*.

sinergica dei principi affermati dalla giurisprudenza costituzionale e comunitaria in quanto funzionali alla tenuta di un sistema fortemente pregnato dal pluralismo sociale.

Tanto premesso, è arrivato il momento di effettuare alcune brevi considerazioni conclusive circa la rispondenza dell'attuale disciplina dell'art. 1 comma *bis* e dell'art. 11 della legge 241 del 1990 rispetto al principio di legalità ed alle esigenze tipiche dell'amministrazione c.d. di risultato. Orbene, con riferimento alla prima delle due disposizioni citate non può sottacersi la piena rispondenza della stessa al principio di legalità dell'azione amministrativa. Il comma 1 *bis* dell'art. 1, infatti, ha definitivamente chiarito che ove vi sia un potere amministrativo l'azione della pubblica deve necessariamente svolgersi secondo le cadenze delineate dalla legge sul procedimento amministrativo. Tutto ciò, quindi, risponde ad un'esigenza di certezza del diritto e, pertanto, non può che collocarsi nel solco del principio di legalità inteso come esigenza di un fondamento legislativo del potere amministrativo, come attributo spettante alla p.a. in funzione della realizzazione di un interesse pubblico. Ove una disposizione di legge abbia posto un potere amministrativo, allora tale potere deve potersi svolgere attraverso un provvedimento amministrativo, in virtù delle maggiori garanzie che tale strumento offre. Viceversa, ove la legge non abbia attribuito alla p.a. un potere in funzione della realizzazione di un interesse pubblico, in questo caso, non ponendosi le esigenze di garanzia che rendono necessario lo strumento autoritativo, la p.a. si vede finalmente riconosciuta una piena capacità di diritto privato. Anzi, in questo caso, per l'elasticità e la flessibilità che caratterizzano lo strumento negoziale, quest'ultimo diviene lo strumento privilegiato dell'azione amministrativa, con evidente guadagno in termini di efficienza. Si tratta, quindi, di una soluzione che, ferma restando la portata innovativa limitata rispetto al passato, coniuga le esigenze di legalità con quelle di risultato.

Lo stesso può dirsi in relazione alla disciplina dell'accordo amministrativo, che, diviene lo strumento alternativo rispetto al provvedimento nei casi in cui il risultato da realizzare nella fattispecie renda più opportuna l'adozione di uno strumento consensuale in luogo di quello unilaterale.

Tutto ciò risulta perfettamente coerente con le esigenze proprie dell'amministrazione di risultato. Ciò che conta, infatti, non è la forma dello strumento prescelto, bensì l'idoneità dello stesso a conseguire l'obiettivo atteso. Pertanto, la generalizzazione degli accordi sostitutivi rappresenta l'indice più rilevante di quella tendenza a realizzare uno statuto giuridico unitario dell'azione amministrativa, il quale, nel quadro di taluni principi fondamentali, quali la procedimentalizzazione e la legalità, intesa non solo come strumento di garanzia, ma anche come strumento di indirizzo, si caratterizza per l'alternatività tra provvedimenti unilaterali ed accordi, come strumenti volti alla realizzazione dell'interesse pubblico nella maniera più rapida ed economica possibile¹²².

In conclusione, si può osservare che, se l'unica innovazione di rilievo è rappresentata dalla generalizzazione degli accordi sostitutivi, mentre le altre norme qui esaminate non fanno altro che rafforzare tesi già affermatesi in precedenza, quali quella della autoritatività degli accordi amministrativi o della necessità di applicare il regime pubblicistico nelle fattispecie in cui sia riscontrabile un potere amministrativo, un incremento del tasso di legalità e di efficienza dell'azione amministrativa non può che passare attraverso uno sforzo in questo senso da parte dei teorici del diritto e della prassi applicativa. E' quindi auspicabile un mutamento radicale nella cultura amministrativa del nostro Paese al fine di favorire un reale radicamento di un maggior tasso di legalità ed efficienza della normativa che regola i rapporti tra moduli unilaterali e moduli consensuali nell'esercizio dell'azione amministrativa.

¹²² Per una decisa affermazione dello statuto unitario dell'attività della p.a. a prescindere dalla natura pubblica o privata o dello strumento prescelto in funzione dell'obiettivo da conseguire si veda F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, VI, Milano, 2002, pp. 95 ss.