

Università degli Studi di Salerno
Facoltà di Scienze Politiche

Corso di Laurea Specialistica in
Scienza dell'Amministrazione e dell'Organizzazione

Diritto Contrattuale della P.A.
A.A. 2007 – 2008

Riassunto dal testo

Autonomia Negoziale e
Discrzionalità Amministrativa

Prof.ssa Daddino

Studente: Aniello Spina – 1220300118

AUTONOMIA NEGOZIALE E DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA

GLI “ACCORDI” TRA PRIVATI E PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

CAPITOLO I

ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA CONSENSUALE E UNITARIETÀ DELL’ORDINAMENTO GIURIDICO

1.1 La previsione dell’art. 11 L. 241/90 ed il “tormentato” problema della natura dei moduli convenzionali. L’incompatibilità del potere discrezionale con lo strumento contrattuale. L’influenza della separazione tra diritto privato e diritto pubblico.

L’emanazione delle “nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi” ha consentito di non revocare la raffigurabilità e la giuridica ammissibilità, nel procedimento amministrativo, degli accordi tra i privati e la Pubblica Amministrazione

Tuttavia, l’ingresso dei moduli convenzionali nella fenomenologia legislativa non ha posto fine alla discussione sulla struttura e sull’area applicativa e, pertanto, si deve riconoscere che il quesito circa la morfologia degli accordi, previsti dall’art. 11 della Legge n. 241 del 1990¹, è ancora lontano

¹**Art. 11. Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento**

1. In accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'articolo 10, l'amministrazione procedente può concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo.
- 1.bis. Al fine di favorire la conclusione degli accordi di cui al comma 1, il responsabile del procedimento può predisporre un calendario di incontri cui invita, separatamente o contestualmente, il destinatario del provvedimento ed eventuali controinteressati .
2. Gli accordi di cui al presente articolo debbono essere stipulati, a pena di nullità, per atto scritto, salvo che la legge disponga altrimenti. Ad essi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili.
- 2.bis Gli accordi sostitutivi di provvedimenti sono soggetti ai medesimi controlli previsti per questi ultimi.
3. Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse l'amministrazione recede unilateralmente dall'accordo, salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato.

dal ricevere una persuasiva soluzione.

Dinanzi all'espresso disposto della legge che sottopone gli accordi tra i privati e l'Amministrazione procedente ai principi del Codice Civile in materia di obbligazioni e di contratti la dottrina non sembra disposta ad ammettere un paradigma² contrattuale, o comunque negoziale nel procedimento amministrativo. Essa, infatti, appare saldamente ancorata al dogma dell'incompatibilità dell'esercizio del potere discrezionale con lo strumento contrattuale, nonché ad una rigida separazione tra il diritto privato ed il diritto pubblico, che impedisce di riconoscere l'unitarietà dell'ordinamento giuridico è la conseguente utilizzazione di tecniche ed istituti nati nel settore del diritto privato tradizionale in quello del diritto pubblico e viceversa.

Pertanto, il quesito da dibattere, per giungere ad un'adeguata cognizione dell'attività amministrativa "per accordi", si risolve nell'accertamento dell'ammissibilità dell'esercizio del potere discrezionale mediante lo strumento contrattuale e nella conseguente identificazione della relazione esistente tra l'autonomia negoziale ed il potere amministrativo.

In ordine alla questione, occorre valutare l'idoneità degli atti di autonomia negoziale alla realizzazione dell'interesse pubblico puntualmente determinato nel procedimento amministrativo, verificando la fondatezza dell'assunto che reputa l'interesse pubblico, con il ricorso al contratto, relegato a mero motivo o scopo dell'azione "amministrativa", senza avere alcuna rilevanza giuridica, ai fini della regolamentazione del rapporto, per l'assenza di una disciplina specificamente rivolta ad assicurare la corrispondenza dell'attività rispetto all'interesse.

Inoltre, la previsione del potere - dovere di recesso impone di accertare se la configurabilità del paradigma contrattuale sia ostacolata dalla sussistenza di un diverso grado di vincolatività che consente alla Pubblica Amministrazione di sciogliersi dal contratto per sopravvenuti motivi di pubblico interesse.

-
4. bis. 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.
 5. Le controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi di cui al presente articolo sono riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

² Nel linguaggio comune un **paradigma** è un modello di riferimento, un termine di paragone. La parola deriva dal [greco antico](#) *paradèigma*, che significa esemplare, esempio.

Per quanto concerne i rapporti tra l'autonomia negoziale e il potere discrezionale, si manifesta ineludibile l'esigenza di sottoporre ad attenta analisi la fondatezza del diffuso orientamento che nega la sussistenza di qualsiasi relazione. Tale problematica si sviluppa nella ricerca diretta a stabilire se il provvedimento costituisca la "forma" esclusiva dell'esercizio del potere amministrativo. In questa direzione, occorre accertare non soltanto se sia possibile sostituire il provvedimento con il contratto, individuando una fungibilità tale da permettere, nell'ambito del procedimento amministrativo, lo svolgimento "contrattuale" di una funzione ordinariamente perseguibile, attraverso il provvedimento, ma anche se, pur concludendosi con l'emanazione dell'atto amministrativo, il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione possa essere esercitato, nel procedimento e "in via preliminare", mediante l'atto negoziale.

La qualificazione degli strumenti consensuali di esercizio del potere discrezionale è altresì condizionata dal riconoscimento allo Stato e agli Enti Pubblici della capacità giuridica generale di diritto privato.

In altri termini, l'art. 11 non evoca la discussione sull'ampiezza della legittimazione negoziale della P.A. ma impone esclusivamente di verificare, se il paradigma negoziale possa costituire la veste giuridica degli accordi conclusi dall'Amministrazione procedente nell'esercizio del potere.

Pertanto, l'affermazione della giuridica rilevanza del perseguimento del pubblico interesse anche nei contratti conclusi dalla Pubblica Amministrazione "*iure privatorum*" non è sufficiente per la riconduzione degli accordi al paradigma contrattuale. Nella c.d. attività amministrativa di diritto privato è assente, nel regolamento prospettato con la partecipazione del contraente privato, non soltanto la determinazione del concreto interesse pubblico da perseguire, ma anche la deduzione e la conseguente negoziazione (dell'esercizio) del potere.

Appare, allora, fuorviante porre l'accento, nell'attività amministrativa di diritto privato, sulla fungibilità tra l'agire unilaterale e l'agire contrattuale. Qualora l'Amministrazione decida di acquistare un'area piuttosto che espropriarla, essa non negozia il potere discrezionale; né il contraente privato partecipa all'individuazione dell'interesse pubblico. Sebbene si debba riconoscere, da un punto di vista pratico, la sussistenza di una piena sostituibilità, la considerazione giuridica della vicenda impone di rilevare che, mediante il ricorso alla compravendita, l'Amministrazione procedente ha effettuato un'esecuzione contrattuale del programma di realizzazione dell'interesse pubblico, prospettato nell'atto amministrativo che ha preceduto la

conclusione del contratto, ma non ha esercitato il potere mediante il ricorso al modello negoziale. Insomma, gli accordi tra i privati e la Pubblica Amministrazione sollecitano non la valutazione dell'esecuzione contrattuale del risultato bensì la verifica della legittimità dell'esercizio del potere amministrativo attraverso il contratto.

Tale interrogativo, in una prospettiva più ampia, si risolve nell'accertare se l'autonomia negoziale continui a mostrare "grande vitalità" fino al punto di assumere, nell'ambito del cd., diritto pubblico, il ruolo di unico strumento idoneo alla definizione di un'equilibrata sintesi della "libertà" dei privati con "l'autorità" della Pubblica Amministrazione.

1.2 La valutazione costituzionale dell'autonomia negoziale e della Pubblica Amministrazione. L'opposizione alla riduzione del ruolo del c.d. diritto pubblico, nella regolazione dell'attività amministrativa, in favore di modelli consensuali che assoggettino la Pubblica Amministrazione ai principi che regolano l'agire dei privati. La mancata diffusione degli accordi e la cd. attività amministrativa occulta.

La ricerca deve essere svolta sulla base non soltanto nella rilettura delle norme ordinarie, ma anche nell'applicazione diretta degli enunciati costituzionali.

Sebbene da più parti si rilevi una scarsa attenzione della Carta fondamentale ai problemi dell'amministrazione, si deve riconoscere che la disciplina della Pubblica Amministrazione non si risolve nell'art. 97 cost. ma si desume dall'intero complesso delle disposizioni costituzionali, ai diversi principi costituzionali, di volta in volta, coinvolti dagli interessi rappresentati dalle parti.

La "rilettura" costituzionale dell'Amministrazione Pubblica non si esaurisce nella determinazione del contenuto percettivo e dell'ambito di applicazione dei principi di buon andamento e di imparzialità sanciti dall'art. 97 cost.³, ma impone la riformulazione di categorie

³ **Art. 97.**

I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione.

Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari. Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge.

fondamentali - interesse pubblico, potere amministrativo ed interesse legittimo - che, nelle tradizionali configurazioni, non consentono di rappresentare la realtà del vigente ordinamento.

Per quanto concerne l'ulteriore area d'incidenza della ricerca, la dimensione costituzionale esclude la fondatezza della ricorrente risoluzione dell'autonomia negoziale nel mero potere di autodeterminazione.

Si ha ragione di supporre che il processo di "modernizzazione" della Pubblica Amministrazione non sia ostacolato esclusivamente dalla carenza, nella burocrazia, di conoscenze giuridiche adeguate o di strutture idonee, ma soprattutto da una consapevole opposizione alla riduzione del ruolo del cd. diritto pubblico nella regolazione dell'attività amministrativa in favore di modelli che assoggettino la Pubblica Amministrazione ai medesimi principi che regolano l'agire dei privati. Tale atteggiamento induce a privilegiare - dinanzi al possibile coinvolgimento degli amministrati nella cura degli interessi pubblici - la "solitudine" dell'autorità decidente e a preferire l'utilizzazione dei modelli pubblicistici per l'attuazione dell'interesse pubblico.

In particolare, la "responsabilizzazione" dell'esercizio del potere discrezionale - operata con la previsione dell'obbligazione di pagamento di un indennizzo qualora la Pubblica Amministrazione receda per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, dall'accordo concluso con il privato - sollecita l'Amministrazione procedente a preferire l'esercizio unilaterale del potere.

1.3 L'incidenza degli enunciati costituzionali sulla definizione dell'interesse pubblico e della struttura del potere amministrativo. Il principio dell'imparzialità e la commisurazione del potere amministrativo alla pluralità e consistenza degli interessi dei privati. L'interesse pubblico come criterio normativo di scelta della regolamentazione degli interessi individuali al fine dell'attuazione, secondo modalità diacroniche e sincroniche, dei valori dell'ordinamento racchiusi nei principi costituzionali. Il conseguente condizionamento della ricostruzione delle "forme" di esercizio del potere discrezionale. L'attività amministrativa consensuale come "forma" privilegiata dalla Costituzione per lo svolgimento della funzione amministrativa.

Nella delineata prospettiva, la nozione di interesse pubblico acquista un particolare significato

ed assume un ruolo rilevante nel processo diretto ad assicurare la democraticità e l'attuazione del progetto costituzionale della salvaguardia e della promozione della persona umana. La sua identificazione consente di procedere alla valutazione dell'attività amministrativa "per accordi".

Gli enunciati costituzionali individuano la funzione dell'ordinamento nella difesa dei diritti dell'uomo, della dignità e dello sviluppo della persona, e impongono il riconoscimento, in favore della personalità umana, di una positiva rilevanza che non si esaurisce nella previsione dei rimedi per la cessazione dell'eventuale attività lesiva, per la reintegrazione in forma specifica, per l'accertamento, per il risarcimento. Essa, infatti, richiede da un lato, una valutazione della meritevolezza degli interessi privati condizionata dall'idoneità dei medesimi all'attuazione del valore della persona umana, dall'altro, la previsione di strutture rivolte alla configurazione delle situazioni necessarie per la promozione della personalità, giustificando così l'esistenza e la funzione dell'Amministrazione Pubblica.

Il principio di legalità costituzionale impone di riconoscere che i Compiti dello Stato e la "missione" dell'amministrazione derivano dai diritti delle persone e, conseguentemente, sollecita l'identificazione del cd. interesse pubblico nella realizzazione dei diritti inviolabili dell'uomo. L'interesse pubblico si manifesta come un "interesse" che deve essere soddisfatto al solo scopo di consentire il soddisfacimento degli interessi meritevoli di tutela dell'individuo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali dove si svolge la personalità.

La soddisfazione di un siffatto interesse pubblico può essere correttamente attuata, soltanto in virtù della messa in evidenza e della successiva regolamentazione degli interessi privati sì che l'attribuzione allo Stato ed alla Pubblica Amministrazione della sua promozione comporta non l'assunzione della titolarità di "propri" interessi, né tantomeno il trasferimento della titolarità degli interessi dai privati ai soggetti pubblici, ma esclusivamente il dovere di garantire la tutela e di attuare le condizioni per la realizzazione dei diritti dell'uomo, della dignità e dello sviluppo della persona.

Con riferimento all'attività amministrativa, la diffusa identificazione della funzione della Pubblica Amministrazione nella cura concreta degli interessi pubblici postula l'attribuzione ai diversi soggetti pubblici di un potere di operare delle scelte per il conseguimento dell'interesse pubblico. L'amministrazione Procedente è tenuta ad effettuare tali scelte nel rispetto del principio di legalità nel suo complesso e dunque ai principi costituzionali.

In ordine alla fattispecie concreta che richiede l'intervento dell'ente deputato alla cura degli interessi pubblici, giova rammentare che i principi costituzionali attribuiscono il potere discrezionale alla Pubblica Amministrazione e conseguentemente esaltano il ruolo degli amministrati coinvolgendoli nella determinazione e nella successiva attuazione del concreto interesse pubblico. Infatti l'art. 97 Cost. esige che i pubblici uffici siano organizzati in modo da assicurare l'imparzialità della Pubblica Amministrazione.

Si conferma che l'identificazione della funzione amministrativa nella cura concreta degli interessi pubblici comporta la preventiva messa in evidenza del profilo funzionale "privato" e la successiva prospettazione di un particolare assetto degli interessi dei privati. In altri termini, il peculiare interesse affidato alla cura della Pubblica Amministrazione presenta una sostanziale e connaturata inettitudine a formare oggetto di una diretta ed immediata realizzazione da parte dell'Amministrazione procedente ed esige, per la compiuta attuazione del fine pratico nel quale si risolve, la preventiva determinazione e la conseguente indicazione di un programma di realizzazione degli interessi privati coinvolti dall'azione amministrativa.

Si comprende, allora, perché l'interesse pubblico "non esiste mai solitario, ma sta insieme ad altri interessi, pubblici, collettivi e privati" e perché "l'interesse pubblico e, quello privato e individuale come non possono essere fisiologicamente in conflitto, così non possono non essere presenti in ogni attività, giuridicamente rilevante": il soddisfacimento dell'interesse pubblico richiede necessariamente la ponderazione e la disciplina degli interessi privati presenti, nella concreta fattispecie oggetto dell'intervento dell'Amministrazione. Quando la Pubblica Amministrazione rimuove degli ostacoli posti dalla legge all'esercizio di determinate attività, ammette i privati al godimento di beni riservati ai soggetti pubblici, sacrifica l'interesse di un privato ad un bene della vita organizzata, un servizio diretto all'offerta di determinate prestazioni per la tutela della salute piuttosto che altre, stabilisce una peculiare destinazione ad un'area pubblica, l'esercizio del potere discrezionale si traduce sempre in una regolamentazione degli interessi privati funzionalizzata alla realizzazione del concreto interesse pubblico individuato dall'autorità decidente nel procedimento amministrativo e dopo la ponderazione di tutti gli interessi coinvolti.

Pertanto, l'interesse pubblico che deve essere realizzato dalla Pubblica Amministrazione è il prodotto della ponderazione di tutti gli interessi in gioco. L'Amministrazione, in sostanza, è chiamata caso per caso a identificare il modo di atteggiarsi dell'interesse pubblico mediante la ricognizione, degli interessi coinvolti nella vicenda e delle relazioni correnti tra essi nel rispetto della

gerarchia di valori stabilita nell'ordinamento, e soltanto dopo la determinazione del risultato da raggiungere, può emanare gli atti idonei alla sua attuazione.

Tale operazione può essere effettuata soltanto nel procedimento amministrativo, sede della ponderazione degli interessi, e con la partecipazione dei soggetti coinvolti dall'attività amministrativa i quali, in questo modo, contribuiscono alla specificazione dell'interesse pubblico da perseguire nel caso concreto.

Il dovere di attuare l'interesse pubblico impone all'autorità decidente l'identificazione. Ne consegue che la cura concreta degli interessi pubblici da parte della P.A. è diretta all'attuazione dei valori dell'ordinamento nell'ambito dell'attività che la medesima è chiamata a svolgere nel sistema.

Si comprende, allora, l'infondatezza di qualsiasi contrapposizione tra interesse pubblico ed interesse privato, perché si tratta di termini non omogenei e non confrontabili. Il pubblico interesse si risolve nella definizione del modo di atteggiarsi dei valori costituzionali in un determinato contesto storico e, nel contempo, dello specifico significato che assumono in relazione agli interessi privati presenti nella fattispecie che invoca l'intervento dell'Amministrazione.

Per converso, l'interesse privato indica il legame tra un soggetto determinato ed un bene della vita che acquista rilevanza giuridica ai fini dell'attività amministrativa, nel momento della qualificazione effettuata nel procedimento amministrativo. Esso costituisce l'oggetto della regolamentazione operata dalla Pubblica Amministrazione, della quale l'interesse pubblico è la finalità concreta da perseguire, vale a dire la ragione giustificatrice dell'azione del soggetto pubblico.

L'intervento dei cittadini nel procedimento, imprescindibile per la relativizzazione nel caso concreto dell'interesse pubblico, diventa la regola, anche nella fase decisoria. Non sembra eccessivo affermare che l'attività amministrativa "per accordi" costituisce la forma privilegiata dalla Costituzione per lo svolgimento della funzione amministrativa e consente "un recupero di autorità da parte della Pubblica Amministrazione in un contesto sociale che privilegia l'acquisizione del consenso rispetto all'imposizione di misure coattive".

1.4 Il principio di democraticità e la partecipazione degli amministrati alla cura degli interessi pubblici. Il fondamento costituzionale del “giusto procedimento”. La configurabilità di un atto negoziale diretto alla messa in evidenza degli interessi privati, al fine della specificazione dell’interesse pubblico nel caso concreto, ed alla prospettazione di un programma realizzativo.

La procedimentalizzazione dell’attività amministrativa non discende soltanto dalla prospettata ricostruzione dell’interesse pubblico e dai principio di imparzialità, ma anche; e soprattutto, dal principio di democraticità che, in funzione della promozione della persona e del suo coinvolgimento all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese, caratterizza l’intero ordinamento giuridico ed impone la partecipazione all’amministrazione dei, singoli o gruppi, estranei, all’organizzazione amministrativa, il cui legame di interesse con la scelta che l’Amministrazione deve porre in essere, può manifestarsi nelle forme più diverse.

Il principio di imparzialità dell’azione amministrativa e il principio di democraticità, propri di un ordinamento che postula la centralità del valore della persona umana, impongono la ponderazione di tutti gli interessi connessi all’agire della Pubblica Amministrazione, mediante la partecipazione dei cittadini (rectius delle persone) alla cura degli “interessi pubblici”. Pertanto, il fondamento costituzionale del “giusto procedimento” ne esclude la riduzione a mero principio generale dell’ordinamento giuridico privo di copertura costituzionale, non potendo dipendere dall’arbitrio del legislatore la partecipazione dei privati all’esercizio del potere amministrativo.

La necessità di una previa ricognizione degli interessi privati in gioco, al fine di determinare il “risultato concreto” che l’Amministrazione procedente deve realizzare, e la possibilità che quest’ultima e i privati, titolari degli interessi coinvolti dall’azione amministrativa, concordino su di una sistemazione degli interessi individuali tale da attuare lo specifico interesse pubblico individuato nel procedimento, consente affermare che la conclusione di un atto negoziale che metta in evidenza gli interessi privati al fine di specificare l’interesse pubblico nel caso concreto e ne prospetti un programma realizzativo che sia diretto, oltre alla determinazione della concreta finalità dell’attività amministrativa, a vincolare la Pubblica Amministrazione, qualora decida di emanare il provvedimento ad adottarlo con il contenuto corrispondente al programma concordato con il privato.

Il conseguimento dell'interesse pubblico coinvolge, da un lato, il potere dell'individuo di determinare l'assunzione dell'interesse, da lui liberamente individuato e dal diritto adattato agli interessi comuni, tra gli interessi giuridicamente protetti, mediante la formulazione di un programma di attuazione, e, dall'altro, il potere discrezionale che si manifesta normalmente mediante il provvedimento, vale a dire mediante un atto di esercizio dell'autonomia dell'Amministrazione in confronto con l'eteronomia giuridica costituita dai valori e dalle regole dell'ordinamento che consente di rilevare che "il fenomeno dell'autonomia e quello degli atti programmatici mediante i quali l'autonomia viene esercitata, non è esclusivo del diritto privato e non sta esclusivamente a servizio di interessi e valori individuali" e che esso "trova applicazione di preminente importanza nel diritto pubblico, nell'ambito del quale esistono centri molteplici d'interessi ai quali è riservato uno specifico spazio giuridico ed un autonomo campo di evidenziazione e di realizzazione.

Si manifesta, quindi, inaccettabile, ed in contrasto con i caratteri attribuiti dalla Costituzione al potere amministrativo e all'interesse pubblico, ogni ricostruzione che miri ad escludere o a ridimensionare la portata della partecipazione del privato in favore della "solitudine" dell'Amministrazione.

1.5 La partecipazione dei privati al procedimento amministrativo come corollario dell'asserito principio di ragionevolezza. I tre profili del controllo di ragionevolezza degli atti legislativi. Inutilità e pericolosità del ricorso alla ragionevolezza. Il principio di legalità costituzionale e il controllo della conformità della soluzione legislativa, o amministrativa, ai valori dell'ordinamento e alle peculiarità della concreta fattispecie.

Si reputa che la partecipazione dei privati al procedimento amministrativo, necessaria per la determinazione del concreto risultato che la P.A. deve perseguire, discenda anche dell'operatività di un altro principio generale che caratterizzerebbe il nostro ordinamento giuridico, il principio di ragionevolezza, che è generalmente fondato sui principi costituzionali di eguaglianza imparzialità e buon andamento.

Al fine di garantire la realizzazione dell'interesse pubblico, il principio in esame consente di

effettuare non solo il controllo della logica consequenzialità dei risultati dell'attività amministrativa rispetto a determinate premesse, ma anche la valutazione della ricerca e dell'analisi dei dati di fatto, della conseguente scelta e della concreta determinazione del fine da realizzare le finalità previste dalla legge. Sulla base di questo principio la partecipazione dei privati al procedimento è essenziale, perché essa moltiplica le possibilità, nel momento "fisiologico", di un'attività amministrativa rispondente alla situazione concreta e, nella fase "patologica", opera un ampliamento del sindacato del giudice amministrativo. Questi, in virtù della specificazione delle posizioni individuali, può, in modo più efficace, controllare le motivazioni, la coerenza dell'atto amministrativo e la corrispondenza della disciplina concreta ai fini della legge, corrispondenza che non può che essere connessa al grado di conoscenza dei fatti. In questa direzione la ragionevolezza ingloba anche il principio di aderenza dell'azione amministrativa alla situazione concreta.

Giova rammentare, al riguardo, che l'elaborazione della ragionevolezza sorge in relazione al controllo di costituzionalità degli atti e costituisce un limite del principio di uguaglianza. La Corte Costituzionale afferma che il legislatore può disciplinare in modo uguale situazioni uguali ed in modi diversi situazioni diverse sempre che non ricorrano logiche razionali giustificatrici. In sostanza la Corte reputa che la "discrezionalità legislativa" sia limitata dalla ragionevolezza delle disposizioni dirette a determinare una disparità.

Così la ragionevolezza si pone, da un lato come "razionalità", cioè come "non contraddittorietà interna del sistema giuridico" e, dall'altro come "imperativo di giustizia". Il difetto di razionalità che non costituisce un vizio dell'atto, ma del prodotto dell'atto. In questi termini, il controllo di ragionevolezza si traduce nella verifica della conformità della disposizione all'intero ordinamento giuridico e sembra porsi come uno strumento efficace per contrastare il pericolo di scelte contraddittorie da parte del legislatore.

Il cd. controllo di ragionevolezza si risolve nel giudizio di legittimità costituzionale, perché costituisce il risultato di un procedimento ermeneutico diretto alla relativizzazione dei valori costituzionali con specifico riferimento alla fattispecie prevista dal legislatore. In altre parole, l'eliminazione di una disposizione per difetto di ragionevolezza non deriva dalla non conformità ad un'astratta e imprecisata razionalità, ma dalla non rispondenza della disposizione legislativa alla dimensione che hanno assunto, in quel determinato contesto temporale ed in relazione alla fattispecie prevista dalla legge i valori racchiusi nei principi costituzionali. Tale situazione determina l'inidoneità della disposizione alla realizzazione dei valori fondamentali dell'ordinamento e,

conseguentemente, ne esige l'eliminazione.

In conclusione, il cd. principio di ragionevolezza sembra risolversi nella necessità di assicurare che la soluzione legislativa e quella amministrativa siano individuate nel rispetto dei valori caratterizzanti l'ordinamento e delle peculiarità dei singoli atti storicamente determinati.

Tale esigenza non discende da un'imprescisa "razionalità", ma dal puntuale rispetto del principio di legalità costituzionale che condiziona il procedimento di interpretazione e di qualificazione imponendo l'abbandono della logica della sussunzione ed esigendo la considerazione, da un lato, delle peculiarità della fattispecie concreta e, dall'altro, dell'intero ordinamento giuridico al fine di sciogliere l'assolutezza dei valori racchiusi nei principi costituzionali. Pertanto, la verifica della coerenza e della congruità del bilanciamento degli interessi operata dalla Pubblica Amministrazione si identifica con la verifica della coerenza e della congruità del bilanciamento dei principi costituzionali che concorrono nella valutazione della fattispecie concreta di esercizio dell'attività amministrativa.

1.6 L'interesse legittimo e la partecipazione dei privati al procedimento amministrativo. La risarcibilità della lesione degli interessi legittimi e la "responsabilizzazione" del potere discrezionale, il ricorso agli strumenti c.dd. di diritto privato e la conciliazione della "autorità" degli apparati amministrativi con la "libertà" dei privati.

La fondatezza dell'ipotesi prospettata di esercizio del potere della Pubblica Amministrazione mediante atti negoziali appare confermata anche dalla "rilettura" costituzionale dell'interesse legittimo. La Carta fondamentale esclude la legittimità della dissoluzione di tale situazione giuridica soggettiva nella definizione di un interesse individuale, connesso ovvero coincidente con l'interesse pubblico, protetto, mediante la tutela giuridica di quest'ultimo, dall'ordinamento in via occasionale e indiretta.

Com'è noto, gli artt. 24, 103, e 113 cost. individuano due situazioni giuridiche, costituzionalmente rilevanti, diritto soggettivo e interesse legittimo, che, tutelate in sede giurisdizionale, configurano entrambe degli interessi protetti dall'ordinamento.

La peculiarità dell'interesse legittimo consiste nel fatto che il suo soddisfacimento dipende dal comportamento della Pubblica Amministrazione nell'esercizio del potere ad essa attribuito. In altre parole la completa soddisfazione dell'interesse privato, non può che avvenire in seguito ad un comportamento programmatico dell'Amministrazione precedente e, pertanto, interesse legittimo identifica la "posizione di vantaggio fatta ad un soggetto dell'ordinamento giuridico in ordine ad un bene oggetto di potere amministrativo e consistente nell'attribuzione al medesimo soggetto di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere in modo da rendere possibile la realizzazione dell'interesse al bene".

L'elaborazione dottrinale conferma che la soddisfazione dell'interesse richiede la "collaborazione" della P.A. Conseguentemente, la protezione accordata dall'ordinamento giuridico non può consistere che nell'attribuzione, al titolare dell'interesse, di strumenti idonei, a sollecitare, ad attivare ed orientare tale cooperazione e ad assicurare la corretta esplicazione del potere discrezionale. La tutela giuridica non si esaurisce nel potere di reagire all'emanazione dell'atto illegittimo ma si manifesta nell'ammissione al procedimento amministrativo dei soggetti titolari degli interessi coinvolti dall'attività amministrativa.

La diffusione delle tendenze dirette a diminuire la distanza dell'interesse legittimo rispetto al diritto soggettivo in forza del riconoscimento della dimensione di interesse sostanziale protetto dall'ordinamento, si realizza, in modo pienamente visibile, nell'affermazione della risarcibilità della lesione dell'interesse legittimo per atti posti in essere dalla P.A. in violazione delle norme sostanziali e procedurali che ne regolamentano l'attività, affermazione diffusa in dottrina e recepita, di recente, anche dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

La risarcibilità degli interessi legittimi appare del tutto rispondente al dettato costituzionale che impone di riconoscere che l'attuazione del valore della persona umana non opera esclusivamente in forza dell'attribuzione di diritti soggettivi ma anche mediante la tutela degli interessi legittimi.

La necessità di attuare il cd. interesse pubblico giustifica il sacrificio delle posizioni dei privati soltanto se l'azione amministrativa è conforme alla legalità costituzionale e non anche quando si pone in contrasto con essa.

1.7 Gli interventi legislativi successivi alla L. n. 241 del 1990. L’emanazione delle “nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi” e il processo di riforma della Pubblica Amministrazione nella direzione tracciata dalla Costituzione. L’idoneità del “diritto civile” al perseguimento degli obiettivi dell’efficienza dell’attività amministrativa e il rifiuto della necessità logico-giuridica di uno “statuto” separato della Pubblica Amministrazione.

L’ammissibilità di utilizzare gli strumenti di diritto privato all’interno del procedimento amministrativo non può essere fondata esclusivamente sulla formulazione del disposto dell’art. 11 della 241/90, ma esige la considerazione anche di altri elementi legislativi.

L’emanazione delle nuove norme sul procedimento amministrativo e del diritto di accesso non costituiscono un episodio isolato ma si inseriscono nel quadro più ampio della riforma della P.A.

Particolare rilievo assume la riforma del pubblico impiego che, allo scopo di attuare l’integrazione della normativa del lavoro pubblico con quella del lavoro privato, ha definitivamente sganciato il rapporto di lavoro pubblico dalla prospettiva dell’organizzazione amministrativa.

Significativa appare la disposizione dell’art. 2 della 421/92 che, al fine di realizzare il contenimento, la razionalizzazione ed il controllo della spesa, il miglioramento dell’efficienza e della produttività la riorganizzazione del settore del Pubblico Impiego, delega il Governo ad operare la riconduzione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni dello Stato e degli altri Enti sotto la disciplina del diritto civile, riconoscendone l’idoneità al perseguimento degli obiettivi di razionalizzazione e dell’efficienza della P.A. rifiutando la necessità di uno Statuto della P.A. La riconduzione diritto civile è stata, successivamente, attuata con il D.lgs. n°29/93.

Interessante risulta essere il D.lgs. n°80/98 diretto alla devoluzione al giudice ordinario di tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro dei dipendenti della P.A., nonché alla contestuale estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle concernenti il risarcimento dei danni, in materia di edilizia, urbanistica e servizi pubblici.

Si manifesta, così, il superamento del tradizionale sistema del riparto della giurisdizione

fondato sulla contrapposizione diritto soggettivo - interesse legittimo in favore della previsione di un sistema che si determina in virtù del criterio della materia e che attribuisce al giudice amministrativo una nuova giurisdizione esclusiva che non si risolve nell'eliminazione dell'atto illegittimo, ma consente la reintegrazione delle conseguenze patrimoniali dannose dell'atto.

Infine, nell'ambito delle delineate trasformazioni del sistema, un ruolo fondamentale deve essere ascritto al processo di "privatizzazione" in atto nella struttura organizzativa della Pubblica Amministrazione. In questa direzione si assiste, all'utilizzazione degli strumenti cd. di diritto privato, da parte dei pubblici poteri, anche sul piano organizzativo.

Dinanzi ad una peculiare regolamentazione del rapporto di pubblico impiego e al ricorso ai modelli privatistici anche sul piano dell'organizzazione amministrativa non si può non rilevare l'insussistenza di una rigida linea di demarcazione tra il diritto privato ed il diritto pubblico e, discorrere "anziché di diritto privato, di diritto civile, di diritto dei cittadini, titolari di diritti nei confronti anche dello Stato", eliminando qualsiasi contrapposizione tra privato e pubblico, giacché il diritto civile è parte di un ordinamento unitario e non può che ampliare i suoi confini verso il diritto amministrativo.

La piena realizzazione della "privatizzazione" non potrà mai costituire il mero prodotto di una serie di interventi legislativi. Se è vero che il sistema amministrativo di ogni ordinamento non può essere separato dal tipo di cultura che sottende le concezioni politiche ed amministrative, il passaggio ineludibile per l'edificazione di una Pubblica Amministrazione trasparente, efficiente, rispettosa dei diritti delle persone è costituito dal superamento di certi pregiudizi e di una certa mentalità, di quella stessa cultura giuridica, cioè, che sembra ostacolare l'attuazione della L. n. 241/90 in altri termini, appare utopistico reputare che la riforma della Pubblica Amministrazione sia legata esclusivamente alla predisposizione di nuove disposizioni legislative, perché, la, "riforma" richiede anche uno sforzo del giurista al fine di cogliere le opportunità che l'ordinamento offre, adeguandole alle esigenze dei tempi. In difetto, gli interventi del legislatore mostrano soltanto l'insufficienza della legge per un contesto del tutto refrattario ad essa.

1.8 L'utilità della comparazione nella valutazione della attività amministrativa consensuale. L'incidenza del diritto comunitario nella disciplina della Pubblica Amministrazione. La configurazione del soggetto pubblico sulla base dell'attività svolta, con esclusione di una valutazione in chiave meramente strutturale. La presenza, nella dimensione comunitaria, della tendenza all'omogeneizzazione dei sistemi amministrativi e alla sottoposizione della Pubblica Amministrazione ai principi che regolano l'agire dei privati.

La sistemazione dei rapporti tra il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione e l'autonomia negoziale non costituisce un'operazione isolabile dal contesto istituzionale che caratterizza l'ordinamento giuridico nazionale.

Lo studio dell'attività amministrativa negli altri ordinamenti giuridici rende il giurista consapevole della relatività della propria esperienza.

Al fine della qualificazione degli accordi tra i privati e la Pubblica Amministrazione previsti dall'art. 11 L. n. 241/90, è sufficiente rammentare la presenza, nei sistemi giuridici contemporanei, di Amministrazioni Pubbliche rette da norme c.dd. di diritto comune e di Amministrazioni Pubbliche rette da norme c.d. diritto pubblico, sebbene si debba constatare la fragilità di tale distinzione per l'emersione di un lento processo che vede gli ordinamenti a regime amministrativo e quelli a normazione comune scambiarsi l'uno con l'altro numerosi caratteri. Infatti negli ordinamenti di *civil law* si assiste alla progressiva attenuazione della rilevanza dell'atto amministrativo e dei momenti autoritativi mediante l'espansione di forme di collaborazione con i privati e l'utilizzazione di schemi tipici di Diritto Privato; nei sistemi di *common law* assumono maggiore consistenza le peculiarità connesse all'agire della Pubblica Amministrazione ed alle finalità pubbliche.

L'esperienza degli ordinamenti che presentano la sottoposizione della P.A. al cd. diritto comune consente di osservare che la tutela del cittadino nei confronti delle autorità amministrative si svolge negli stessi modi che sono propri dei rapporti tra i privati e che grande spazio è riconosciuto all'accordo tra l'autorità e i cittadini, senza che derivi alcun pregiudizio all'efficienza degli apparati pubblici.

Infine, nella dimensione europea, ogni indagine sull'attività amministrativa per accordi non può non essere condizionata dall'appartenenza all'Unione Europea. Il Diritto comunitario, infatti,

non soltanto riduce la sovranità dello Stato ma incide sugli aspetti organizzativi della P.A. determinando la trasformazione delle amministrazioni pubbliche nazionali in “organismi codipendenti”, e sulla regolamentazione del procedimento amministrativo; condiziona la formulazione dei caratteri fisiognomici del provvedimento amministrativo, ridefinisce il “servizio pubblico”, favorisce i “trapianti” di istituti da un diritto nazionale all’altro, impone l’affermazione di una piena responsabilità dell’Amministrazione per danni arrecati al cittadino nell’esercizio dell’attività autoritativa fino al punto di superare il “dogma” dell’irrisarcibilità degli interessi legittimi.

L’incidenza del diritto comunitario, infine, si manifesta anche sulla stessa “nozione” di Pubblica Amministrazione¹⁷⁶. La normativa dell’impresa pubblica, la disciplina degli appalti pubblici, l’applicazione del principio di libera circolazione al rapporto d’impiego con la Pubblica Amministrazione non operano, infatti, in ragione della peculiare struttura attribuita al soggetto pubblico, ma della natura dell’attività svolta. Da tale tendenza deriva l’identificazione dei soggetti pubblici sulla base di una valutazione in chiave funzionale e, nell’ambito di una verifica della compatibilità dell’esercizio del potere discrezionale mediante il paradigma negoziale, la necessità della considerazione della pluralità dei soggetti ricompresi sotto l’espressione “Pubblica Amministrazione”.

In questa direzione, la dipendenza comunitaria della regolamentazione dell’attività amministrativa non si risolve nell’obbligo di tutte le P.A. di disapplicare le disposizioni legislative nazionali in contrasto con il diritto comunitario ma si manifesta nella sussistenza di un corpus di regole, stabilite dagli atti normativi comunitari e principi giuridici elaborati dalla Corte di Giustizia, che interferiscono con l’applicazione delle regole degli istituti del diritto nazionale.

Nella dimensione Comunitaria, dunque, è possibile cogliere i segni della presenza di una tendenza a rendere omogenei i diversi sistemi amministrativi anche mediante la sottoposizione della Pubblica Amministrazione ai principi che regolamentano l’agire dei privati. Pertanto ogni valutazione dell’attività amministrativa per accordi non può prescindere dall’operatività dei principi comunitari che costituiscono parte integrante dell’ordinamento giuridico nazionale.

CAPITOLO 2

ESERCIZIO “NEGOZIALE” DEL POTERE AMMINISTRATIVO

2.1 L'attività amministrativa “per accordi” nel periodo antecedente all'emanazione della L. 241/90. L'eterogeneità della considerazione normativa della partecipazione del privato alla funzione amministrativa e l'approssimazione della relativa disciplina. La cessione in corso d'esproprio, le convenzioni urbanistiche e le difficoltà dell'individuazione di un'adeguata collocazione tra i modelli dell'agire giuridico.

La questione della legittimità e della conseguente qualificazione degli accordi tra i privati e la P.A., non è stata introdotta dalle “nuove norme in materia di procedimento amministrativo e diritto di accesso”. Anche prima della 241/90 si riscontra l'utilizzazione da parte dell'Amministrazione Procedente di accordi con i privati, in alcune ipotesi previsti da disposizioni legislative.

Tuttavia, si reputa che la complessa elaborazione teorica formatasi in tema di attività amministrativa consensuale, prima delle “nuove norme in materia di procedimento amministrativo”, divenga dopo tale evento, subitaneamente inutilizzabile, o, al più, relegabile al rango di curiosità storico-culturale anche se la dottrina non risulta essere unanime.

Le difficoltà dell'individuazione di un'adeguata collocazione dei modelli convenzionali tra i fondamentali modelli dell'agire giuridico (il contratto e il provvedimento amministrativo) si manifestano in particolare, in relazione al trasferimento consensuale dell'area durante il corso della procedura espropriativa.

La cd. cessione dell'area in corso di esproprio ora è definita come atto avente la struttura contrattuale ma la funzione e gli effetti del provvedimento sono riconducibili al contratto di diritto pubblico mentre viene configurata come compravendita.

La generalizzazione operata con l'attribuzione, alla Pubblica Amministrazione, della facoltà di utilizzare il contratto nell'esercizio del potere discrezionale determina l'identificazione della cessione cd. sostitutiva d'esproprio con una “normale” compravendita, obliterando la “ambientazione” della vicenda traslativa in un peculiare procedimento amministrativo.

In questa direzione, “nessuna delle configurazioni proposte realizza un equilibrato contemperamento delle ragioni pubbliche e private, coinvolte nel fenomeno espropriativo”, o, più correttamente, nessuna delle proposte ricostruttive individua la qualificazione di un regolamento funzionalizzato all’attuazione del concreto interesse pubblico determinato nel corso del procedimento espropriativo ed in confronto con tutti gli altri interessi coinvolti dall’azione amministrativa.

La qualificazione della cessione come contratto di diritto pubblico comporta l’estinzione sia dei diritti del proprietario effettivo, nell’ipotesi che sia diverso dal proprietario catastale che ha concluso la cessione, sia dei diritti dei terzi non “subordinata all’assolvimento di alcun onere nei loro confronti da parte dell’espropriarne, in quanto tali oneri sono contemplati da fasi del procedimento eliminate a loro volta dalla cessione”.

Allo stesso modo, la riconduzione della figura in esame alla compravendita a causa della non estinzione dei diritti dei terzi e della non opponibilità al proprietario catastale, determina un grave ritardo nell’acquisizione dell’area che non si concilia con l’urgenza e l’indifferibilità che normalmente caratterizza la realizzazione di opere pubbliche. Inoltre risulta gravemente pregiudizievole per le ragioni del proprietario che ha ceduto il bene, perché, in caso di mancata esecuzione dell’opera pubblica, il privato non può invocare la retrocessione.

L’insufficienza delle soluzioni proposte, induce la dottrina più attenta a distinguere la “cessione” dalla “compravendita” in corso di esproprio, sulla base della diversa funzione realizzata, sostitutiva del decreto di esproprio, ovvero di mero scambio, prospettando la necessità di differenziare l’idoneità di un atto alla produzione dei medesimi effetti giuridici ricollegabili ad una diversa struttura, rispetto alla mera capacità di produzione di risultati analoghi sul piano pratico.

Del pari significativo è il dibattito dottrinale in ordine alle convenzioni, urbanistiche che, nel periodo anteriore alla L. n. 241/90, presenta sia l’affermazione, sia la negazione della natura contrattuale di tali moduli convenzionali, anche se la distanza esistente tra le opposte configurazioni è interamente eliminata dal riconoscimento, operato da una giurisprudenza costante, del potere del Comune d’imprimere, anche dopo la stipula di una convenzione, una diversa destinazione alle aree in essa incluse.

In particolare, si osserva che le Convenzioni di lottizzazione non condizionano in alcun modo la potestà pubblicistica del Comune in materia di governo del territorio e di regolamentazione

urbanistica, perché l'Amministrazione Pubblica ha sempre la possibilità di liberarsi dagli "impegni" assunti, degradando, nell'esercizio del potere discrezionale, la posizione soggettiva dei privati contraenti da "diritto soggettivo" ad "interesse legittimo". Esclusa ogni risarcibilità della lesione degli interessi dei privati a seguito del "ripensamento" del soggetto pubblico, l'affermazione della natura contrattuale è vanificata e ridotta ad una mera espressione verbale, perché l'Amministrazione procedente, dopo aver concluso una convenzione, può non consentirne l'esecuzione, non rilasciando le concessioni edilizie, ovvero modificando il piano regolatore "in danno" dei proprietari delle aree convenzionate

La sostanziale negazione della vincolatività, per il Comune, delle convenzioni, concluse nei casi previsti dalla legge, è giustificata dalla natura pubblica della funzione urbanistica e dalla conseguente inammissibilità della contrattazione di una funzione indisponibile. Tale orientamento, anche prima della L. n. 241 del 1990, non soltanto non presenta alcun fondamento legislativo²⁰¹, ma appare il risultato di un'erronea individuazione del principio dell'indisponibilità dei poteri discrezionali della Pubblica Amministrazione e della sovrapposizione (rectius della confusione) dei diversi piani di operatività del principio medesimo.

L'inclinazione dell'esercizio del potere discrezionale alla soddisfazione dell'interesse pubblico esclude che l'Amministrazione possa realizzare con il privato la "definitiva" sistemazione di un determinato assetto del territorio, impegnandosi a non addivenire, ovvero ad addivenire in futuro, a modifiche degli strumenti urbanistici, perché in questo modo il soggetto pubblico abdicerebbe, con riferimento alle aree oggetto della convenzione, alla funzione di governo del territorio. Si manifesta, pertanto, legittima la ricorrente affermazione della nullità di qualsiasi convenzione diretta a vincolare "in modo definitivo" l'esercizio di una pubblica funzione e la conseguente attribuzione al Comune del potere di stabilire una diversa destinazione urbanistica, anche dopo la stipula di una convenzione.

Tuttavia, nella trasposizione del principio dal piano del governo del territorio a quello della regolamentazione dei rapporti con i privati coinvolti, mediante la convenzione prevista dalla legge, nell'esercizio della funzione urbanistica, il potere del Comune di modificare l'assetto discendente dalla convenzione - potere che si presenta in tutta la sua pienezza al livello del governo del territorio - non comporta, come imprescindibile corollario che la Pubblica Amministrazione sia svincolata, per la necessità di realizzare il pubblico interesse, da ogni "responsabilità" per la mancata attuazione della convenzione e non debba neanche "indennizzare" i privati.

Si deve constatare che non esiste alcun rapporto di consequenzialità, né logica, né giuridica, tra l'attribuzione alla Pubblica Amministrazione del potere di imprimere una diversa destinazione urbanistica e l'esclusione della responsabilità (e della conseguente indennizzabilità) nei confronti dei privati per i danni sofferti a causa del "non adempimento" degli "impegni" assunti. Né l'affermazione dell'obbligo della corresponsione di un indennizzo si traduce in una surrettizia compressione del potere discrezionale della Pubblica Amministrazione, come si potrebbe ritenere ravvisando nell'indennizzo una sorta di prezzo da pagare per l'esercizio del potere amministrativo. In vero l'indennizzabilità, che presuppone l'esistenza del potere discrezionale della Pubblica Amministrazione di mutare la destinazione urbanistica, impone all'Amministrazione precedente, nel rispetto della legalità costituzionale, un esercizio responsabile del potere. Conseguentemente, non è legittimo confondere la "responsabilizzazione" di un potere con la sua "esclusione", a meno di considerare il potere amministrativo per sua natura irresponsabile.

In questa direzione, sopravvenute ragioni, di pubblico interesse possono (devono) determinare la modificazione della destinazione urbanistica, ma la Pubblica Amministrazione è tenuta ad indennizzare i privati contraenti. Qualora il "ripensamento" del Comune non sia dettato dall'interesse pubblico, non soltanto l'atto amministrativo è illegittimo ma ai privati spetta il risarcimento integrale dei danni.

La necessità della realizzazione dell'interesse pubblico rende legittimo il mutamento della destinazione urbanistica da parte della Pubblica Amministrazione, che non deve operare un risarcimento dei danni ma corrispondere un indennizzo ai privati che hanno confidato nell'accordo.

In definitiva, la vicenda delle convenzioni urbanistiche mostra, nel periodo anteriore alla L. 241/90, la prevalenza di una concezione autoritaria dell'amministrazione che si traduce nell'attribuzione di poteri non accompagnati dalla responsabilità, connubio imprescindibile in uno Stato democratico. La "supremazia" della P. A. non consente di introdurre una surrettizia esclusione, della tutela delle posizioni individuali, ma richiede che la limitazione delle situazioni giuridiche soggettive dei privati sia giustificata in termini di diritto positivo e non mediante la mera invocazione dell'indisponibilità del potere dell'Amministrazione.

*2.2 L'attività amministrativa "per accordi" nel periodo antecedente all'emanazione della L. 241/90
Gli accordi c.dd. ufficiosi. Gli "atti procedurali di formazione della volontà del provvedimento secondo un modulo convenzionale" e l'elaborazione del contratto ad oggetto pubblico. La fragilità dell'asserita distinzione strutturale.*

Accanto ai moduli convenzionali previsti da espresse previsioni legislative, nel periodo anteriore all'emanazione della L. 241/90 la prassi mostra molti casi nei quali le P.A. si accordano, nel corso del procedimento, in ordine al contenuto del provvedimento finale.

L'assenza di un'esplicita disposizione di legge induce la dottrina a negare l'ammissibilità di accordi diretti a predeterminare il contenuto del provvedimento, rifiutando la negoziabilità del potere amministrativo, ovvero privando gli accordi medesimi di qualsiasi carattere vincolante.

In ordine alla "negoziabilità" del potere amministrativo, si esclude che la Pubblica Amministrazione possa impegnarsi ad esercitare il potere discrezionale in un determinato modo, ma la "pluralità" dei soggetti ricompresi sotto l'espressione "Pubblica Amministrazione" e le diverse manifestazioni del potere discrezionale revocano in dubbio la fondatezza di un'affermazione così generalizzante ed esigono una considerazione "analitica" dei soggetti deputati alla cura degli interessi pubblici e del potere discrezionale.

Il riconoscimento dell'ammissibilità degli accordi con la contestuale privazione di ogni vincolatività è, invece, operato in forza dell'attribuzione alla Pubblica Amministrazione del potere di adottare, un provvedimento con contenuto diverso da quello concordato con il privato, se l'interesse pubblico lo impone. Il provvedimento amministrativo emanato in modo difforme dall'accordo è inattaccabile, anche sotto il profilo dell'eccesso di potere se l'amministrazione motiva adeguatamente il mancato rispetto dell'accordo. Allo stesso modo il privato "può, con una dichiarazione contraria, disvolere, e non è neppure tenuto a motivare". La non vincolatività degli accordi, conclusi in assenza di una previsione legislativa, costituisce una soluzione corretta, anche se non giustificabile nei termini riferiti. Si può convenire su tale conclusione qualora si rilevi che gli accordi, assunti nel corso del procedimento, tra funzionari dell'amministrazione e soggetti interessati, non possono avere alcuna rilevanza sull'emanazione dell'atto, amministrativo, perché l'accordo determinativo del contenuto del provvedimento, deve essere concluso dall'autorità

competente, vale a dire dall'autorità che deve emanare il provvedimento. Inoltre, l'eventuale conclusione da parte dell'autorità competente non è sufficiente, perché si richiede la forma scritta. La necessità di tale forma si giustifica non solo per i necessari caratteri di pubblicità e trasparenza dell'azione della Pubblica Amministrazione, ma anche sulla base dei limiti istruttori che il giudice amministrativo, nel periodo antecedente alla L. n. 241/90 e al d.lgs. n. 80 del 1999, incontra nella giurisdizione di legittimità - che escludono la rilevanza delle intese orali.

In alcuni casi gli accordi si presentano formalizzati in dichiarazioni scritte e sono definiti atti di sottomissione o accordi preliminari, ma si nega, comunque il carattere vincolante, con la sola eventualità di un'esposizione al rischio di invalidazione del provvedimento per eccesso di potere, qualora il provvedimento sia adottato con un contenuto non conforme all'accordo e tale difformità non sia giustificata dal pubblico interesse.

In una prospettiva che rifiuta, l'utilizzazione delle categorie civilistiche, si afferma che gli accordi formalizzati devono essere qualificati come "atti procedurali di formazione della volontà del provvedimento".

Accanto ai suddetti moduli convenzionali, si riscontra la diffusione di accordi tra la Pubblica Amministrazione ed i privati i quali difficilmente possono essere intesi diversamente da contratti; solo che dei contratti manca loro un tratto tipico, cioè la parità dei contraenti. Si rileva l'esistenza di una figura generale, quella del cd. contratto ad oggetto pubblico: il tratto comune a questa categoria di contratti sarebbe l'oggetto, un oggetto pubblico "di cui solo l'amministrazione pubblica dispone, perché oggetto di potestà amministrativa pubblica".

In primo luogo, si deve riconoscere che il carattere non vincolante, degli accordi procedurali è smentito dall'ammissibilità di un'impugnativa del provvedimento per eccesso di potere, qualora il contenuto del provvedimento sia difforme da quello concordato. La possibilità di impugnazione postula uno specifico grado di "Impegnatività", perché dimostra che la Pubblica Amministrazione, pur non essendo tenuta all'emanazione del provvedimento, è obbligata, se lo adotta, ad emanarlo con il contenuto concordato.

In Secondo luogo, la negoziazione della natura contrattuale degli accordi procedurali non appare condivisibile. È facile osservare che con i contratti ad oggetto pubblico, si ammette l'ingresso del contratto nel procedimento amministrativo. Si afferma, infatti, che la Pubblica Amministrazione ed i privati possono, attraverso il ricorso allo strumento contrattuale "meglio

disciplinare” le obbligazioni derivanti dal provvedimento, ovvero che lo strumento contrattuale può sostituire una parte degli atti del procedimento (contratti ausiliari) e addirittura interi procedimenti (contratti sostitutivi). Pertanto, non si comprende perché gli accordi procedurali non possono essere considerati contratti, “perché altrimenti si uscirebbe dal procedimento”. Ambiguo, poi, appare il significato dell’espressione “atti procedurali di formazione della volontà del provvedimento secondo un modulo convenzionale” e, conseguentemente, il senso della contrapposizione di tale categoria ai contratti.

Non si comprende, allora, come può distinguersi tra contratto ad oggetto pubblico e moduli convenzionali non contrattuali, rilevandone la diversa natura. L’orientamento in esame afferma tale distinzione nel senso che vi è contratto laddove vi è obbligazione, ma ammette l’esistenza di “casi perplessi” (cioè di ipotesi nelle quali la suddetta distinzione è di difficile individuazione), e precisa che alcuni contratti ad oggetto pubblico, in particolare i contratti ausiliari confinano con gli accordi procedurali dai quali non sempre è agevole distinguerli.

I caratteri fisionomici di questo gruppo di contratti ad oggetto pubblico, rispetto agli accordi procedurali, sono rinvenuti nella regolamentazione di un rapporto patrimoniale e nella sostituzione di atti del procedimento: l’accordo procedimentale, invece, non regolerebbe un rapporto patrimoniale e, pur inserito nel procedimento, non sostituirebbe atti di questo. In realtà, nell’accordo procedimentale non fa difetto la disciplina di un rapporto patrimoniale: ciò che contraddistingue il regolamento fissato da un accordo procedimentale è l’ipoteticità della sua attuazione, dal momento che la Pubblica Amministrazione non è obbligata all’adozione del provvedimento. Inoltre, si potrebbe comunque riscontrare la sostituzione di atti del procedimento, in particolare quelli diretti alla determinazione del contenuto del provvedimento, vale a dire di atti d’istruttoria.

La tesi in esame, in sostanza, afferma che il provvedimento costituisce il rapporto ma le parti, con il ricorso al paradigma contrattuale, possono regolare tale rapporto negli aspetti patrimoniali e, in alcuni casi, sostituire interi procedimenti o atti dello stesso; non possono, tuttavia, fissare il contenuto discrezionale del provvedimento amministrativo ricorrendo al modello consensuale dell’agire.

Tale orientamento potrebbe giustificarsi rilevando che, nonostante il ricorso al contratto ad oggetto pubblico, la Pubblica Amministrazione non perde i poteri amministrativi di cui è titolare.

Infatti, si riscontra la presenza, accanto al rapporto cd. amministrativo, di un rapporto contrattuale. Nel rapporto amministrativo, l'Amministrazione conserva il suo carattere di "autorità" e può sempre revocare il provvedimento per sopravvenute ragioni di opportunità. Il provvedimento condiziona il contratto, ma non viceversa: ciascuno dei due atti presenta un peculiare regime di validità che non interferisce sull'atto ad esso non sottoposto se non quando l'invalidità del provvedimento rimuove la condizione di esistenza del contratto.

Si ha ragione di supporre che la riferita ricostruzione si limita a descrivere l'esistenza di un collegamento tra il provvedimento ed il contratto, ma da tale collegamento non deduce alcuna conseguenza normativa: l'inserimento di un contratto nel procedimento amministrativo appare come una circostanza irrilevante ai fini del concreto regolamento. Le qualificazioni "sostitutivo", "accessivo" ed "ausiliario" descrivono esclusivamente il nesso logico-giuridico che lega il contratto al provvedimento e comportano la duplicazione di un unico rapporto che, al contrario, si caratterizza per essere sottoposto ad una disciplina che, sebbene fissata nel provvedimento e nel contratto - ovvero esclusivamente nel contratto nel caso di un contratto sostitutivo del provvedimento - si pone in termini unitari di regolamento determinato dalla Pubblica Amministrazione con la partecipazione del privato.

Tuttavia, se la negazione della natura contrattuale degli accordi procedurali mira ad escludere che la Pubblica Amministrazione possa vincolarsi ad adottare il provvedimento, si può certamente convenire sulla necessità di salvaguardare tale esigenza perché, altrimenti, si vanificherebbe completamente il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione.

*2.3 L'attività amministrativa "per accordi" nel periodo antecedente all'emanazione della L. 241/90
La manifestazione del privato come presupposto di legittimità, o requisito di efficacia del provvedimento, e l'influenza della "mistica" della fusione delle volontà.*

Prima dell'emanazione della L. 241/90, il problema dell'esercizio del potere amministrativo con il concorso dei privati si affronta anche attraverso la verifica dell'ammissibilità della conclusione di contratti, nell'esercizio di pubbliche potestà, per l'emissione di atti amministrativi "che siano il risultato di un incontro di volontà con il privato su di un piano di parità".

Dinanzi alle previsioni legislative che consentono l'adozione del provvedimento preceduta da

un accordo con il privato, pur reputando che l'amministrazione non si limita ad ascoltare le osservazioni dei privati, ma "tratta" al fine di concordare il contenuto del provvedimento, si considera la manifestazione del privato un mero presupposto di legittimità o requisito di efficacia del provvedimento, secondo che debba essere posta in essere prima o dopo l'emanazione dell'atto.

La "fusione delle volontà" sembra ammessa dalla stessa dottrina in esame, come risulta dalla qualificazione della cessione sostitutiva di esproprio come vendita che, sia pure implicitamente, rappresenta il riconoscimento di un contratto che sostituisce la procedura espropriativa. Il rilievo che anche nell'ipotesi di tale cessione la Pubblica Amministrazione è titolare di poteri amministrativi, dovrebbe indurre, nel rispetto delle riferite premesse, ad escludere, l'ammissibilità di un contratto, a meno di cedere alla finzione che si tratti di una semplice vendita, trascurandone la funzione sostitutiva. Invece, si afferma che la cessione sostitutiva d'esproprio va qualificata in termini di "atto privatistico contrattuale, che costituisce il titolo traslativo e si sostituisce alla procedura espropriativa".

L'identificazione della bilateralità nella riferibilità del regolamento degli interessi ad almeno due soggetti conduce a riscontrare la sussistenza del paradigma contrattuale anche dove si registri l'impossibilità di identificare un incontro tra volontà provenienti da soggetti distinti, come nell'ipotesi del contratto con obbligazioni a carico del solo proponente (art. 1333 cod. civ.) e del contratto con se stesso (art. 1395 cod. civ.).

Pertanto, l'eventuale impossibilità di una "fusione" delle volontà non pregiudica il perfezionamento del contratto, la cui configurabilità, comunque, non è ostacolata dalla riferibilità del regolamento di interessi a soggetti di natura diversa.

2.4 Gli accordi ex art. 11 L. n. 241/90 come contratti di diritto pubblico. Inconfigurabilità della categoria elaborata sulla base della cura degli interessi pubblici e dell'attribuzione delle controversie alla giurisdizione amministrativa. Il contratto di diritto pubblico come categoria caratterizzata dalla rilevanza funzionale, emergente anche nella disciplina del rapporto, del "momento pubblicistico" su di uno schema procedimentale costituito da momenti autoritativi commisti con attività negoziale. Insufficienza del trasferimento della ratio di norme speciali nella causa del contratto.

Nell'ambito delle elaborazioni proposte prima dell'emanazione della L. 241/90, particolare attenzione deve essere rivolta al tentativo di offrire una giuridica rappresentazione dei fenomeni riconducibili all'attività amministrativa "per accordi" mediante la definizione della categoria del contratto di diritto pubblico. Determinante, al riguardo, è la diffusa riproposizione di tale prospettiva per la qualificazione dei moduli convenzionali previsti dalle nuove norme in materia di procedimento.

Si reputa, infatti, che l'art. 11 della citata Legge introduca nel nostro ordinamento la figura del contratto di diritto pubblico che si caratterizza per "essere un modo di cura dell'interesse pubblico alternativo all'esercizio del potere discrezionale unilaterale, che si iscrive in pieno nell'ambito del diritto pubblico e dà luogo ad esercizio di potere amministrativo in senso proprio, e per essere assoggettato ad un particolare regime di tutela che è quello del processo amministrativo e non del processo comune".

Sulla base di una siffatta definizione del contratto di diritto pubblico gli accordi costituiscono uno degli "esiti normali dell'esercizio del potere discrezionale" e che la giurisdizione in ordine alle relative controversie è attribuita in esclusiva al giudice amministrativo, non si esita a riconoscere negli accordi in esame i caratteri fisionomici dei contratti di diritto pubblico. Tuttavia, restando imprecisate le conseguenze sul piano applicativo dell'utilizzazione di tale categoria, si ha ragione di supporre che la dottrina in esame esaurisca ogni energia nello sforzo diretto a dimostrare il riconoscimento normativo del contratto di diritto pubblico, nella convinzione che il suo ingresso nella fenomenologia legislativa possa superare tutte le dispute ad esso relative.

Invero, i peculiari caratteri attribuiti al contratto di diritto pubblico non si manifestano idonei

alla fondazione di una categoria autonoma, che è, invece, improponibile sul piano dogmatico e priva di profili di utilità pratica.

Si deve, infatti, constatare che ogni contratto concluso dalla Pubblica Amministrazione costituisce un modo di cura dell'interesse pubblico, alternativo all'esercizio del potere discrezionale unilaterale.

Inoltre, se la locuzione contratto di diritto pubblico è diretta all'indicazione di una peculiare efficacia della figura, non riconducibile al contratto cd. di diritto privato, occorrerebbe dimostrare che lo, schema privatistico non è idoneo alla realizzazione del concreto risultato che la P.A. è chiamata ad attuare e non fondare la peculiarità del contratto di diritto pubblico rispetto ad una tralaticia nozione che reca con sé il dogma dell'inidoneità dello schema privatistico alla soddisfazione dell'interesse pubblico.

Infine, nessun valore ricostruttivo, ai fini dell'identificazione dei caratteri fisionomici del contratto di diritto pubblico, assume la sottoposizione dell'accordo ex art. 11 L. n. 241/90 alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

La configurazione della giurisdizione esclusiva costituisce un rimedio per superare i complessi problemi che possono sorgere, in particolari materie, per la commistione di situazioni giuridiche soggettive che impedisce una chiara e puntuale separazione delle questioni attinenti ai diritti soggettivi da quelle relative agli interessi legittimi. In questi termini, non si comprende come l'attribuzione della giurisdizione al giudice amministrativo possa contribuire all'edificazione della categoria del contratto pubblico, là dove essa potrebbe essere confermata dalla natura contrattuale degli accordi ex art. 11 L. 241/90, postulando anche la nascita di rapporti obbligatori e dunque la presenza di diritti soggettivi richiede, per le ragioni in precedenza indicate, la sottoposizione di ogni questione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Particolare attenzione deve essere rivolta all'elaborazione operata da chi riscontra nel contratto di diritto pubblico una categoria caratterizzata dalla rilevanza funzionale, emergente anche nella disciplina del rapporto, del "momento pubblicistico" su di uno schema procedimentale costituito da momenti autoritativi commisti con attività negoziale.

Nonostante che tale nozione del contratto di diritto pubblico non comprenda gli accordi tra i privati e la Pubblica Amministrazione nell'ambito del procedimento amministrativo, ma si riferisca ai "contratti (il cui prototipo è l'appalto) stipulati dalla Pubblica Amministrazione con un soggetto

privato per il perseguimento di fini istituzionalmente propri di essa Pubblica Amministrazione, e con l'impiego di risorse finanziarie pubbliche all'uopo stanziate, attraverso la collaborazione, di indole appunto contrattuale di un contraente privato.

Si riscontra, inoltre, un livello superiore, quello dei c.dd. contratti ad evidenza pubblica cioè contratti che si inseriscono "in una sequenza procedimentale caratterizzata da una pluralità e da un alternarsi di momenti autoritativo-provvedimentali e di momenti negoziali". Tali contratti configurano uno schema meramente formale che si caratterizza per la rilevanza degli interessi pubblici attraverso l'impiego di strumenti formali attinenti alla fase della formazione della volontà del soggetto pubblico, della ricerca del contraente privato, e quindi "alla stessa struttura interna del procedimento di conclusione del contratto, ovvero ancora ai condizionamenti, in ragione della migliore tutela degli interessi pubblici, dell'efficacia del contratto per il periodo necessario alla conclusione del procedimento formativo attraverso approvazioni, controlli, verifiche, sugli eventuali impegni di spesa".

Al di sopra di questa categoria si collocano fattispecie morfologicamente contrattuali, da altri definite come contratti di diritto pubblico o ad oggetto pubblico, che si inseriscono, in forza della legge che li prevede, in una sequenza procedimentale la quale si conclude con un provvedimento autoritativo. In realtà, si tratta di "contratti che da soli non producono alcun effetto, che da soli non potrebbero produrre alcuna, efficacia vincolante, ma che in tanto servono a qualcosa in quanto ad essi sempre si affiancano o li precedono provvedimenti autoritativi, quindi contratti accessori di un atto autoritativo procedimentale". I contratti ad oggetto pubblico costituiscono, in altre parole, fattispecie a struttura morfologicamente contrattuale che consentono all'Amministrazione di realizzare direttamente finalità che non solo si inseriscono negli scopi istituzionali, ma sono intrinsecamente giuspubblicistiche. In queste ipotesi, "vi sarebbe ben poco di contrattuale perché la Pubblica Amministrazione opera, anche nel momento in cui svolge attività morfologicamente giusprivatistica, nell'ambito della sua potestà autoritativa".

La ricostruzione in esame evidenzia l'insopprimibile presenza del momento pubblicistico, sia pure con diversi gradi di intensità, in tutti i contratti della Pubblica Amministrazione e ammette la rilevanza causale dell'interesse pubblico.

Qualora si operi una ricostruzione della causa che tenga conto degli interessi rappresentati e regolati nel contratto, l'interesse pubblico, perseguito dalla Pubblica Amministrazione, non può che

rilevare, in termini concreti, in tutti i contratti della Pubblica Amministrazione e, conseguentemente, “condizionare”, la disciplina del rapporto. Se, l’interesse pubblico è componente della causa la sua rilevanza si manifesta anche in assenza della previsione di strumenti autoritativi e, pertanto, dovrebbe ritenersi che il contratto, e non il contratto di diritto pubblico, è idoneo a realizzare il pubblico interesse. E, con molta probabilità, la negazione dell’idoneità del contratto alla realizzazione dell’interesse pubblico induce all’utilizzazione della: locuzione contratto di diritto pubblico.

Si conferma, allora, l’antico insegnamento che “priva di reale significato costruttivo è la categoria del contratto di diritto pubblico, perché o si tratta di ipotesi in cui ricorre il carattere essenziale del contratto come atto di autonomia dei soggetti che intendono cooperare per l’attuazione di un programma comune, ed allora, a parte le norme speciali più o meno complesse, che ne possono disciplinare alcuni aspetti, si rimane sempre nell’ambito del diritto civile, o si tratta di un’ipotesi in cui quel carattere non si riscontra, in cui cioè l’alto si qualifica come esercizio di una specifica potestà pubblica, ed allora il richiamo alla figura del contratto ha solo il significato di un semplice riferimento verbale”.

2.5 Gli accordi tra i privati e la Pubblica Amministrazione come atti bilaterali non negoziali. L’influenza della definizione del negozio giuridico come esercizio del diritto soggettivo e la presunta inidoneità del contratto alla realizzazione dell’interesse pubblico. La rilevanza causale dell’interesse pubblico nei contratti conclusi dalla Pubblica Amministrazione iure privato rum.

La rilevata insufficienza delle elaborazioni proposte per la qualificazione degli accordi conclusi tra i privati e la Pubblica Amministrazione nell’ambito del procedimento amministrativo e il rifiuto della categoria del contratto di diritto pubblico consentono di affrontare il problema della riconduzione dei c.dd. moduli convenzionali agli atti di autonomia negoziale.

L’esclusione della ricostruzione in chiave negoziale degli accordi previsti dalla L. 241/90 è fondata sull’incompatibilità tra l’esercizio del potere discrezionale, e gli atti di autonomia negoziale. Si rileva, infatti, che, negli accordi ex art. 11, la situazione giuridica soggettiva di cui è titolare l’amministrazione è il potere amministrativo discrezionale, cioè la medesima situazione giuridica

soggettiva che presiede alla produzione del provvedimento, che l'accordo integra nel contenuto o sostituisce. Si tratta di potere amministrativo funzionalizzato, come risulta dalla formulazione della disposizione che vincola l'accordo al perseguimento del pubblico interesse.

La circostanza che il contratto della Pubblica Amministrazione non costituisca l'espressione dell'esercizio di un potere di disporre in senso privatistico, ma del potere di valutare e di realizzare "l'interesse" affidato al soggetto pubblico, non esclude il carattere negoziale dell'atto. Inoltre l'incompatibilità non può essere affermata in termini generali, ma richiede una osservazione "analitica" e del potere discrezionale e dei soggetti ricompresi sotto l'espressione "Pubblica Amministrazione".

Si ha ragione di supporre che la riferita ricostruzione degli accordi riscontri il suo autorevole fondamento nella posizione che, distinguendo l'atto giuridico bilaterale dal negozio giuridico bilaterale, categoria "tipica se non esclusiva del diritto privato, perché complementare alla nozione del diritto soggettivo, che ha nel diritto privato il suo massimo sviluppo", sembra rivolta, per ragioni ad evitare il ricorso alla categoria del negozio nel settore del diritto pubblico in virtù dell'utilizzazione della categoria dell'accordo, che si traduce, nella sostanza, in un mero espediente verbale. La configurazione degli accordi come atti bilaterali non negoziali appare, dunque, condizionata dall'orientamento, ormai superato dalla dottrina civilistica, che ravvisa nel negozio giuridico l'esercizio del diritto soggettivo, inteso come prevalenza di un interesse attuato mediante un potere di volontà.

In realtà, la correlazione tra diritto soggettivo e negozio costituisce una correlazione storico-ideologica, anche se, a differenza del diritto soggettivo, nell'originaria definizione del negozio giuridico il riferimento alla volontà creatrice di effetti "sembra avere una valenza eminentemente tecnico-sistematica". Infatti, l'accentuazione della volontà costituisce l'elemento che consente nell'ambito della categoria del fatto "di individuare e circoscrivere quella particolare categoria di atti per i quali un denominatore comune era riscontrabile proprio nella connessione tra il prodursi degli effetti e la libera e volontaria determinazione di essi, da parte degli autori di tali atti". Inoltre, la definizione del negozio giuridico come esercizio del diritto soggettivo è contraddetta dalla presenza di negozi giuridici che costituiscono degli atti dovuti, specialmente nel campo degli obblighi a contrarre. In questa prospettiva, il riconoscimento che l'atto dovuto possa essere qualificato come negozio autorizza ad affermare che la distinzione sostenuta atto dovuto - negozio giuridico non dispensa dall'indagare sulla natura dell'atto in sé e legittima il dubbio "che il criterio distintivo

fondato sulla libertà mentre lo si pone lo si distrugge”.

Esaurita questa breve digressione, sul “fondamento dottrinale” della tesi che ravvisa negli accordi previsti dall’art. 11 L. 241/90 degli atti bilaterali non negoziali, va rilevato che tale orientamento non appare convincente. Esso si fonda sulla considerazione che “l’attività amministrativa può atteggiarsi come attività solo funzionale, nel senso di strumentale, o come attività funzionalizzata in quanto resa da una norma giuridica necessariamente strumentale, a seconda che sussista o meno una disciplina direttamente idonea a garantire la rispondenza tra agire amministrativo e interesse pubblico”.

L’interesse pubblico che la P.A. deve realizzare, inteso come esigenza di valori comuni che giustifica il concordato regolamento di interessi privati, acquista rilevanza causale in tutti i contratti da essa conclusi, incidendo direttamente sul profilo funzionale dello schema contrattuale in concreto adottato e, conseguentemente, svolgendo un notevole ruolo in sede di controllo di liceità e di meritevolezza.

Si pensi, per esempio, alla conclusione *iure privatorum* di un contratto che, nell’esecuzione del processo decisionale svolto nel procedimento amministrativo, prospetti un regolamento diretto a favorire un determinato soggetto privato. La considerazione dell’imparzialità come principio che non opera soltanto a livello organizzativo, ma che costituisce una regola di condotta inderogabile per la Pubblica Amministrazione, consente di affermare l’illiceità della causa per contrarietà a norma imperativa, a prescindere dalle eventuali violazioni delle regole c.dd. pubblicistiche nel procedimento amministrativo di determinazione del concreto interesse pubblico che precede la stipula del contratto.

Qualora il contratto concluso *iure privatorum* offra una regolamentazione diversa da quella individuata dall’Amministrazione precedente, mettendo in evidenza un profilo funzionale non riconducibile a quello determinato nell’ambito del procedimento amministrativo, non potrà non affermarsi la nullità, del contratto per difetto di liceità e meritevolezza della causa. Il condizionamento della tutela dell’atto di autonomia negoziale all’attuazione dei valori dell’ordinamento racchiusi nei principi costituzionali impone di considerare la sintesi degli effetti essenziali, concretizzata in relazione agli interessi messi in evidenza nel contratto, non meritevole di tutela.

Né è possibile desumere la nullità del contratto, in contrasto con la determinazione

dell'interesse pubblico operata dall'Amministrazione, dalla presunta violazione della singola disposizione legislativa attributiva dello specifico potere amministrativo. L'esclusione della predeterminazione legislativa del risultato dell'esercizio della discrezionalità e la dissoluzione dell'attribuzione legale del potere in ordine ad un astratto interesse pubblico nella mera delimitazione della materia di competenza impediscono di ricondurre, alla violazione della singola disposizione di legge, anche in combinato disposto con l'art. 1418 cod. civ., la mancata rispondenza della regolamentazione contrattuale al concreto interesse individuato nell'ambito del procedimento. In questa, prospettiva, la funzionalizzazione del contratto al ed. interesse pubblico può essere assicurata soltanto dalla sottoposizione al giudizio di liceità e di meritevolezza e non dal rispetto della singola previsione di legge che costituisce un mero frammento della normativa di individuazione dell'interesse pubblico.

Pertanto l'interesse pubblico è parte integrante della funzione contrattuale al punto da condizionarne l'esecuzione, nonché la disciplina delle vicende modificative ed estintive del rapporto.

Inoltre, dal momento che "la funzione del contratto non è data dalla sommatoria né dalla sintesi degli effetti, che, viceversa, questi sono commisurati a quella", l'interesse pubblico incide anche sulla individuazione degli effetti ricollegabili alla fattispecie contrattuale.

L'idoneità del contratto all'attuazione dell'interesse pubblico affidato alle cure della Pubblica Amministrazione discende anche dalla ricostruzione dell'interesse pubblico. La risoluzione della "stella polare" dell'attività amministrativa nell'esigenza di attuazione dei valori comuni che guida la scelta tra le diverse possibili regolamentazioni degli interessi individuali non appare, né da un punto di vista logico, né da un punto di vista giuridico, incompatibile con il paradigma contrattuale. Infatti, qualora il contratto concluso dalla Pubblica Amministrazione superi il giudizio di liceità e di meritevolezza da parte dell'ordinamento giuridico, ben può ravvisarsi, una prima e puntuale attuazione dell'interesse pubblico nella fase genetica.

Per quanto concerne lo svolgimento del rapporto contrattuale, l'eventuale carenza di un'esplicita disposizione appare, sulla base delle precedenti considerazioni, facilmente superabile anche attraverso l'applicazione di norme dettate per l'attività amministrativa cd. di diritto pubblico qualora l'interesse da esse protetto non sia indissolubilmente legato alla forma unilaterale del provvedimento. Si pensi, per esempio, all'estensione della disciplina del diritto di accesso anche alla

cd. attività amministrativa di diritto privato. L'esigenza della trasparenza prescinde dalla natura degli atti per i quali si chiedi l'accesso, perché è configurabile l'attività amministrativa non soltanto quando l'Amministrazione procedente ricorra agli strumenti c.dd. pubblicistici, ma anche là dove utilizzi i modelli di comportamento previsti dal diritto civile.

2.6 Il ricorso al paradigma negoziale per l'esercizio del potere discrezionale. La compatibilità dei tradizionali caratteri fisionomici della discrezionalità con il modello negoziale. La necessità della procedimentalizzazione dell'attività amministrativa e l'ammissibilità di strumenti di esercizio della discrezionalità aventi diversi caratteri strutturali.

Le considerazioni che precedono consentono di affermare l'idoneità del contratto all'attuazione dell'interesse pubblico nell'ambito della cd. attività amministrativa di diritto privato che si caratterizza come un'attività diretta all'esecuzione, mediante il paradigma negoziale, del risultato dell'esercizio del potere discrezionale effettuato nell'ambito di un precedente procedimento amministrativo. Invero, i c.dd. contratti conclusi iure privatorum dall'Amministrazione procedente presentano, attraverso il rinvio all'atto amministrativo che ne giustifica la conclusione, una causa cd. esterna e, risolvendosi nell'esecuzione della "decisione" dell'Amministrazione, non costituiscono una negoziazione in senso tecnico del potere discrezionale. Non è possibile, quindi, desumere l'ammissibilità dell'esercizio negoziale del potere amministrativo esclusivamente dall'idoneità del contratto alla realizzazione del pubblico interesse anche nell'ambito dell'attività amministrativa di diritto privato.

Tuttavia, l'ipotizzabilità dell'esercizio del potere amministrativo mediante lo strumento negoziale non appare in contrasto con la diffusa identificazione dei caratteri fisionomici della discrezionalità nella facoltà di scegliere e nella realizzazione dell'interesse pubblico. L'esercizio di tale potere, infatti, non sembra connesso ad una particolare forma di attuazione, nel senso che non è da escludere la configurabilità di una pluralità di strumenti, anche caratterizzati da diversi profili strutturali, che comunque consentano la prospettazione di una "scelta" diretta all'attuazione del pubblico interesse.

L'interesse pubblico che deve essere realizzato dalla Pubblica Amministrazione non costituisce mai un *prìus*, ma è il prodotto della ponderazione di tutti gli interessi in gioco. La Pubblica Amministrazione deve, caso per caso, individuare e valutare tutti gli interessi presenti e, soltanto dopo l'individuazione del risultato da raggiungere, può emanare gli atti idonei alla sua realizzazione. Il vincolo dell'interesse pubblico richiede, come più volte rilevato, l'esercizio del potere discrezionale attraverso modelli diretti alla funzionalizzazione dell'assetto dei rapporti privati, connessi all'esercizio dell'attività amministrativa, ai valori fondamentali dell'ordinamento giuridico.

Il procedimento è il luogo della ponderazione degli interessi, la "forma" che, sia pure con diverse intensità, caratterizza necessariamente l'azione amministrativa, ma gli strumenti dell'esercizio del potere discrezionale, all'interno del procedimento, possono anche presentare caratteri strutturali non riconducibili all'atto amministrativo, purché idonei alla giuridica messa in evidenza degli interessi privati coinvolti e alla connessa enucleazione di una regolamentazione funzionalizzata.

Si può, allora, affermare che le alternative nell'esercizio della discrezionalità devono essere tali da consentire alla Pubblica Amministrazione di ritornare sulle proprie "decisioni" qualora l'interesse, pubblico lo esiga.

Pertanto, alla rilevata idoneità del contratto alla realizzazione dell'interesse pubblico consegue il superamento di un notevole ostacolo all'esercizio della discrezionalità amministrativa mediante l'utilizzazione di atti di autonomia negoziale che si risolvono, come correttamente rilevato dalla dottrina più attenta, non nella predisposizione di un autoregolamento che, in concreto può fare difetto anche in considerazione dell'operatività delle c.dd. fonti eteronome⁴, ma in un atto d'iniziativa, vale a dire nella messa in evidenza di interessi e nella prospettazione di un programma realizzativo che richiede, per la concreta attuazione, l'intervento dell'ordine giuridico.

Si deve, tuttavia, ammettere che la prospettata idoneità dell'autonomia negoziale alla realizzazione dell'interesse pubblico, la rilevata possibilità di esercizio del potere discrezionale attraverso strutture diverse non è sufficiente per l'affermazione della natura contrattuale, o comunque negoziale, degli accordi previsti dall'art. 11 L. 241/90 là dove si affermi l'inammissibilità del ricorso al paradigma contrattuale per l'esercizio del potere amministrativo. E tempo, allora, di verificare la fondatezza del dogma dell'incompatibilità dell'esercizio del potere discrezionale a

⁴ Fonti esterne al contratto

mezzo dello strumento contrattuale.

2.7 Il ricorso al paradigma negoziale per l'esercizio del potere discrezionale. La pluralità dei soggetti incompresi sotto l'espressione "Pubblica Amministrazione" e le diverse manifestazioni del potere discrezionale. Individuazione dei limiti all'esercizio negoziale del potere discrezionale sulla base di una valutazione analitica dei soggetti pubblici e del potere amministrativo.

La Pubblica Amministrazione non rappresenta, dal punto di vista strutturale e funzionale, un blocco unitario, essa si articola in un complesso di enti che operano nelle forme più varie e nei più diversi regimi. Pertanto ogni conclusione sulla compatibilità dell'esercizio del potere discrezionale attraverso il paradigma contrattuale deve tener conto della necessità di riferire il potere discrezionale non alla Pubblica Amministrazione ma alle Pubbliche amministrazioni.

La visione pluralistica è dettata dalla diversità delle funzioni, e quindi degli interessi, che ognuno dei soggetti è chiamato a tutelare e realizzare.

Particolare rilevanza assume anche l'utilizzazione di forme organizzative, ordinariamente adoperate dai soggetti privati, da parte di soggetti pubblici. Dinanzi ad una società per azioni con l'attribuzione della titolarità dell'intero pacchetto azionario allo Stato o ad altro soggetto pubblico non è da escludere la configurabilità di una Pubblica Amministrazione, riconoscendo che l'esercizio del potere discrezionale avviene mediante il ricorso a strumenti privatistici anche sul piano dell'organizzazione che, lungi dall'essere incompatibili con il potere amministrativo funzionalizzato, consentono un'integrale attuazione dell'esigenza dei valori comuni. Allo stesso modo, la costituzione, da parte di enti territoriali, di società, con la partecipazione di soggetti privati e per la realizzazione di finalità, istituzionali, rappresenta, anche dal punto di vista soggettivo, l'espressione di un'attività amministrativa consensuale, di un'attività amministrativa che si svolge con il coinvolgimento degli amministrati non soltanto nell'emanazione degli atti, ma anche sul piano organizzativo. Pertanto, non sembra incauto ritenere applicabili, a tali peculiari espressioni della soggettività giuridica, anche le disposizioni normative, ancorate tradizionalmente al cd. diritto pubblico, che, racchiudendo le esigenze di maggiore caratura assiologica poste a carico della Pubblica Amministrazione, prescindono dalle "forme" che caratterizzano la tradizionale struttura dell'Amministrazione. Altrimenti, si dovrebbe riconoscere l'ampia possibilità di una qualsiasi Pubblica Amministrazione di sottrarsi al rispetto di tali regole, soltanto modificando la propria

struttura organizzativa.

In particolare, sembra potersi attribuire agli enti pubblici, che hanno costituito con i privati una società mista, il potere-dovere di recedere per sopravvenuti motivi di pubblico interesse che impongano la riassunzione, in capo al soggetto pubblico, dello svolgimento del pubblico servizio, fermo restando l'obbligo di indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi che si verificano in danno degli altri soci. La previsione dell'art. 11, comma 4, contiene, infatti, una normativa strettamente connessa all'esercizio dell'attività amministrativa consensuale, anche sul piano organizzativo.

In questa direzione, si conferma, anche per quanto concerne le c.dd. società miste, l'irrilevanza del riconoscimento, più o meno ampio, della legittimazione negoziale. Appare, infatti, necessaria, al fine, di accertare il rispetto della legalità dell'azione amministrativa, la sottoposizione degli atti costitutivi e degli statuti delle società miste ai controlli di liceità e meritevolezza con riferimento, da un lato, agli specifici interessi pubblici che devono per legge essere perseguiti da parte delle Amministrazioni Pubbliche e, dall'altro, alle disposizioni inderogabili che regolano l'attività amministrativa, a prescindere dalla natura degli strumenti utilizzati.

Il potere discrezionale della P.A. è normalmente definito come potere che attribuisce la facoltà di scegliere tra più soluzioni possibili, evidenziandone, così, la distanza che lo separa dal cd. potere vincolato che impone una determinata decisione, senza che sia possibile valutare alcuna alternativa. Il fondamento della discrezionalità è posto nell'art. 97 cost. la dove impone che l'organizzazione dei pubblici uffici sia tale da assicurare il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione: gli obiettivi dell'azione amministrativa enunciati dalla Costituzione, intatti, esigono l'attribuzione alla Pubblica Amministrazione di poteri capaci di adattarsi al caso concreto ed idonei all'attuazione di scelte coerenti con la gerarchia dei valori racchiusi nei principi costituzionali.

L'identificazione del fondamento costituzionale nell'art. 97 Cost. appare insufficiente, perché il potere discrezionale è vincolato all'attuazione dell'interesse pubblico e richiede una specificazione della sua, giustificazione in relazione alla pluralità degli astratti interessi pubblici che l'Amministrazione è chiamata ad attuare. L'individuazione del peculiare fondamento costituzionale non ha soltanto una valenza meramente teorica, perché la specifica causa giustificativa condiziona, nel suo concreto regime, ogni potere discrezionale imponendo l'applicazione delle disposizioni costituzionali che, di volta in volta, ne configurano la ragione giustificatrice.

In questa direzione, si comprende la tradizionale specificazione della nozione del potere discrezionale con l'accentuazione del suo profilo funzionale: la facoltà, di scelta non è libera, ma è condizionata alla realizzazione dell'interesse pubblico. Tuttavia, la rilevata insussistenza di un interesse pubblico solitario, la sua "naturale" connessione con interessi privati, individuali e/o collettivi, la sua risoluzione nell'esigenza dei valori comuni, ne impongono l'attuazione attraverso la prospettazione di una regolamentazione degli interessi privati. Il conseguimento dell'interesse pubblico, dunque, passa attraverso diverse soluzioni, tutte idonee alla sua soddisfazione, e la scelta, tra queste alternative, individua il proprium del potere discrezionale.

Il potere discrezionale non è tale in tutti i suoi aspetti: la Pubblica Amministrazione non è sempre "libera" di emanare o non emanare il provvedimento (*an*), di determinarne il contenuto (*quid*), di scegliere il modo da seguire per adottare un determinato provvedimento (*quomodo*), il tempo dell'adozione (*quando*). Raramente l'ordinamento giuridico attribuisce all'Amministrazione procedente una facoltà di scelta in ordine a tutti i diversi profili della discrezionalità. Pertanto, si manifesta l'esigenza di uno studio del potere discrezionale delle Pubbliche Amministrazioni che tenga conto della pluralità delle manifestazioni.

In presenza di un potere discrezionale sull'*an*, ma vincolato sul *quid*, l'utilizzazione di uno strumento contrattuale potrebbe operare soltanto nella direzione di obbligare la Pubblica Amministrazione all'adozione del provvedimento.

In relazione ad un potere discrezionale sul *quid*, anche se vincolato nell'*an*, l'utilizzazione del contratto appare diretta ad obbligare la Pubblica Amministrazione, qualora decida di emanare il provvedimento, ad adottarlo con il contenuto concordato con il privato. In questi termini, il ricorso al contratto non è incompatibile con l'essenza di tale peculiare manifestazione della discrezionalità, perché l'atto negoziale consente la messa in evidenza degli interessi privati e la specificazione, nell'ambito del procedimento amministrativo, del concreto risultato che la Pubblica Amministrazione è chiamata a perseguire, prospettando una regolamentazione degli interessi individuali idonea all'attuazione dell'interesse pubblico.

Quanto alla discrezionalità sul *quando*, deve riconoscersi che valgano le stesse considerazioni per la discrezionalità sul *quid*, dal momento che la collocazione temporale dell'atto non può essere separata dal contenuto del provvedimento.

Con riferimento alla discrezionalità sul *quomodo*, l'utilizzazione del contratto dovrebbe

condurre ad una regolamentazione convenzionale del modo da seguire per giungere all'emanazione dell'atto. Si deve, invece, ritenere che spetta all'ordinamento giuridico stabilire l'iter che la Pubblica Amministrazione deve seguire per giungere all'adozione del provvedimento. La stessa discrezionalità sul quomodo non può che realizzare un adattamento della disciplina legislativa alle circostanze del caso concreto. In altri termini, non è ammissibile alcuna regolamentazione, sia unilaterale che convenzionale, diretta a privare del valore di procedimento una sequenza di atti che si è sviluppata secondo modalità diverse da quelle determinate attraverso eventuali atti programmatici.

In tale ipotesi i margini riconoscibili all'autonomia negoziale sono notevolmente ristretti, perché l'ordinamento disciplina con norme inderogabili gran parte dello svolgimento del procedimento. Tuttavia, sono da ammettere non soltanto modificazioni migliorative, ma anche quelle che sono dettate dal concreto interesse pubblico emerso nel corso del procedimento, senza che possa avere rilievo un eventuale aggravio del procedimento.

La valutazione dei diversi profili della discrezionalità è necessaria qualora l'ipotizzato atto negoziale sia diretto a "condizionare" il successivo esercizio del potere amministrativo mediante l'adozione di un provvedimento. Al contrario, le diverse manifestazioni della discrezionalità sono prive di qualsiasi rilievo nell'ambito dell'indagine diretta alla valutazione della legittimità dell'esercizio del potere della Pubblica Amministrazione mediante un contratto idoneo alla produzione dei medesimi effetti giuridici ricollegabili al provvedimento.

Si deve, infatti, riconoscere la piena ammissibilità della sostituzione del provvedimento con il contratto, qualora quest'ultimo presenti una giuridica messa in evidenza degli interessi privati ed una concreta individuazione dell'interesse pubblico, in virtù della formulazione di un regolamento di attuazione diretto alla produzione dei medesimi effetti giuridici riconducibili al provvedimento, ove si riscontri, cioè una assoluta fungibilità, dal punto di vista della produzione degli effetti, tra lo strumento alternativo ed il provvedimento. Infatti anche in presenza di una discrezionalità sull'*an*, l'identità funzionale consente l'utilizzazione dello strumento convenzionale qualora la Pubblica Amministrazione si sia determinata emanazione del provvedimento - decisione che può essere implicitamente espressa nella conclusione del contratto -, perché non soltanto non pregiudica il risultato dell'esercizio del potere, ma consente alla Pubblica Amministrazione di acquisire l'adesione del privato.

L'utilizzazione del paradigma contrattuale, nei limiti indicati, mostra che la Pubblica Amministrazione non piega gli interessi dei privati agli interessi pubblici, né "tradisce" la sua funzione, perché la fissazione di un regolamento vincolante avviene soltanto dopo la verifica della compatibilità con il concreto risultato che è chiamata a perseguire.

Per quanto concerne, invece, gli atti negoziali diretti alla sostituzione del provvedimento, si è già prospettato un limitato ambito applicativo che esclude l'assoluta sostituibilità del provvedimento - per l'impossibilità di realizzare, mediante il paradigma negoziale, gli effetti ascrivibili a tutti i provvedimenti amministrativi -, consentendo di preservare i caratteri fisionomici del provvedimento.

2.8 Tradizionali argomenti a sostegno della negazione della natura contrattuale degli accordi previsti dall'art. 11 L. 241/90. L'utilizzazione del termine accordo e l'inconsistenza del tentativo di costruire una categoria degli accordi autonoma dal negozio. L'asserita diversa rilevanza, rispetto alla fattispecie contrattuale, della patrimonialità. L'eventuale non patrimonialità del rapporto regolato e la riconduzione degli accordi tra i privati e la Pubblica Amministrazione al negozio giuridico.

Si reputa che l'utilizzazione, nella previsione dell'art. 11, del termine "accordo" sia diretta ad evitare una possibile identificazione tra i contratti e gli accordi tra i privati e la Pubblica Amministrazione all'interno del procedimento amministrativo. Al contrario, si osserva che l'uso del termine "accordo" non esclude, anzi sollecita l'identificazione concettuale con il contratto se si legge la definizione dell'art. 1321⁵ cod. civ., ed il riferimento alla compatibilità conferma questa unione, se solo si confrontano gli articoli 1323⁶ e 1324⁷ del codice e la legge del 241/90.

Tutta via, non può che essere revocata in dubbio l'affermazione che gli accordi si differenziano

⁵ **Art. 1321. Nozione.** Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale.

⁶ **Art. 1323. Norme regolatrici dei contratti.** Tutti i contratti ancorché non appartengano ai tipi che hanno una disciplina particolare, sono sottoposti alle norme generali contenute in questo titolo.

⁷ **Art. 1324. Norme applicabili agli atti unilaterali.** Salvo diverse disposizioni di legge, le norme che regolano i contratti si osservano, in quanto compatibili, per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale.

dai contratti perché i soggetti che li concludono sono titolari di interessi non configgenti e, conseguentemente, mirano alla realizzazione di un risultato comune, laddove il contratto è caratterizzato dalla diversità e dal conflitto tra gli interessi dei soggetti, che lo pongono in essere.

Invero, una nozione di accordo che trascenda il contratto non soltanto non appare di pratica utilità, ma è anche smentita dall'utilizzazione del termine "accordo" da parte del legislatore là dove la regolamentazione di aspetti patrimoniali non costituisce la connotazione principale del modello convenzionale, perché questo coinvolge aspetti di carattere strettamente esistenziale o personale, o comunque non patrimoniale. Di frequente, il legislatore ricorre a questo termine nei settori dell'ordinamento giuridico dove si registrano notevoli difficoltà ad ammettere l'operatività dell'autonomia negoziale, evitando così qualsiasi, condizionamento sulla qualificazione degli atti.

Con riferimento agli accordi tra privati e Pubbliche Amministrazioni, la negazione della natura contrattuale dei modelli previsti ex art. 11 L. n. 241, in favore di una qualificazione in termini di atti bilaterali, è operata anche sulla base della considerazione che nell'attività amministrativa funzionalizzata (che si caratterizza per il perseguimento, da parte della Pubblica Amministrazione, del pubblico interesse) "la predisposizione di un programma obbligatorio valutabile in termini patrimoniali di tipo egoistico, esula, infatti, dal concetto d'interesse pubblico, costituendone semmai un aspetto eventuale, in ogni caso inessenziale, un, aspetto cioè privo di valore qualificante dell'accordo come species negoziale". In questa prospettiva, la rilevazione della marginalità del momento economico esclude la natura contrattuale degli accordi ex art. 11 L. 241/90. Tuttavia, posto il problema in questi termini, si confonde la causa del contratto con l'oggetto del regolamento, dal momento che se il contratto ex art. 1321 cod. civ. ha per oggetto rapporti patrimoniali, la causa del contratto, individuata con riferimento ai concreti interessi perseguiti, non deve essere necessariamente patrimoniale. Il carattere non economico dello scopo perseguito, infatti, non può escludere la ricostruzione in chiave contrattuale, perché, ex artt. 1174 e 1321 cod. civ., la patrimonialità del rapporto deve essere, determinata in ragione della natura delle prestazioni e non dell'interesse perseguito. Pertanto, sebbene il momento patrimoniale possa apparire marginale rispetto alla natura degli interessi da realizzare, tale circostanza non esclude la patrimonialità del rapporto regolato e la configurabilità del contratto.

L'autonomia negoziale non si esaurisce nel contratto, perché esistono anche i negozi che si riferiscono a rapporti non patrimoniali e ciò non è considerato dalla dottrina la quale ritiene che "quando il provvedimento non produce effetti a contenuto patrimoniale (come avviene sovente),

manca la stessa base per l'uso dello strumento contrattuale; viceversa ogni volta che vi è effetto a possibile contenuto patrimoniale, nel diritto positivo deve ammettersi come regola di principio, la possibilità del ricorso all'accordo tra l'Amministrazione e il privato per disciplinare il rapporto patrimoniale o quantomeno l'aspetto patrimoniale del rapporto.

2.9 I tradizionali argomenti a sostegno della negazione della natura contrattuale degli accordi previsti dall'art. 11. L. 241/90. Segue. Il potere-dovere di recesso. Il recesso e la rilevanza del cd. interesse pubblico anche nella fase successiva alla conclusione del negozio.

La riconduzione degli accordi tra privati e Pubbliche Amministrazioni agli atti negoziali non può essere esclusa per il diverso grado di vincolatività desumibile dall'art. 11, comma 4, L. 241/90, che impone all'Amministrazione procedente di recedere dagli accordi, per sopravvenute ragioni di pubblico interesse, con l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato.

La ricorrenza dei caratteri fisionomici degli atti di autonomia negoziale non può essere negata per la mancanza di "parità" tra i contraenti. Si deve riconoscere che "una disparità è ravvisabile anche nei contratti tra privati, perché all'uguaglianza formale non segue sempre l'eguaglianza sostanziale".

Il paradigma negoziale non esige la piena parità delle posizioni dei contraenti, né l'equivalenza o l'adeguatezza delle reciproche attribuzioni, ma la corrispondenza del regolamento al grado d'intensità e di rilevanza giuridica degli interessi messi in evidenza nell'atto, corrispondenza assicurata anche e soprattutto dal fenomeno dell'integrazione legale. "L'attribuzione alle Pubbliche Amministrazioni del potere-dovere di recedere non costituisce una disposizione eccezionale, perché è diretta a garantire la rilevanza del cd. interesse pubblico anche nella fase successiva alla conclusione dell'accordo.

La previsione legale della facoltà di recesso, vincolata ad una giusta causa (sopravvenuti motivi di pubblico interesse), si fonda sulla base del peculiare profilo funzionale dell'atto negoziale di esercizio del potere discrezionale. L'inclinazione dell'accordo alla realizzazione del cd. interesse

pubblico esclude la permanenza di una regolamentazione che non è più giustificata per l'esigenza, di attuare valori preminenti rispetto a quelli realizzati mediante la conclusione dell'accordo. Tale esigenza impone al soggetto, deputato alla cura delle finalità pubbliche, di sciogliersi dal vincolo per proseguire nello svolgimento della sua funzione istituzionale.

Inoltre, la negoziabilità dell'accordo appare rinforzata dalla previsione legale del recesso, là dove l'eventuale riconduzione degli accordi a modelli idonei a svalutare l'apporto del privato revoca in dubbio la necessità di una tale disposizione. L'asserita prevalenza del momento pubblicistico consente sempre all'Amministrazione precedente di rimuovere una precedente decisione per ragioni di pubblico interesse.

Una conferma ulteriore del carattere negoziale e della effettiva vincolatività degli accordi si registra nella previsione dell'obbligo di indennizzo per gli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato. Tale obbligazione esclude che i sopravvenuti motivi di pubblico interesse possano comportare il superamento tout court dell'accordo e consente di rifiutare il tentativo di ricondurre la previsione del potere-dovere di recesso alla cd. clausola *rebus sic stantibus*. In altri termini, l'obbligo dell'indennizzo è incompatibile con la riconduzione del recesso alla suddetta clausola ed impedisce di reputare che il legislatore, nell'ammettere la "negoziabilità" del potere amministrativo, abbia reso gli esiti dell'accordo "soggetti ad una continua verifica di merito, quanto alla permanenza e riconoscibilità nel tempo degli interessi originari, che assumono dunque la qualità di titolo di legittimazione non solo al sorgere del rapporto negoziale, ma anche al suo permanere in vita.

L'interesse pubblico non si identifica con un interesse del soggetto pubblico, ma si risolve nella funzionalizzazione della regolamentazione degli interessi individuali ai valori costituzionali. In questa prospettiva, il soggetto pubblico non recede perché è mutato l'interesse messo in evidenza nell'atto (circostanza che, in ogni caso, non potrebbe mai essere ricondotta alla clausola *rebus sic stantibus*), ma deve recedere perché la legge esige lo scioglimento dalla vincolatività di una regolamentazione che non è più giustificata per l'esigenza di attuare valori preminenti. I sopravvenuti motivi di pubblico interesse non si identificano con circostanze sopravvenute che alterino notevolmente l'equilibrio contrattuale stabilito dalle parti, ma richiamano situazioni di fatto sopravvenute che invocano l'attuazione di valori preminenti racchiusi nei principi costituzionali e, conseguentemente, impongono lo scioglimento dal contratto.

La disposizione relativa al recesso delle Pubbliche Amministrazioni non si manifesta come una

regola estranea alla disciplina dei contratti che, al contrario, prevede numerose ipotesi di recesso legale. Al riguardo, giova rammentare che, nella disciplina legale dei tipi contrattuali, “il legislatore prevede, quasi sempre, il recesso unilaterale” e la stessa giurisprudenza “ammette il recesso anche in mancanza di clausola o di previsione legislativa”. E tale riconoscimento, anche in mancanza di un’espressa previsione di legge, non è arbitrario, ma determinato da una valutazione incline ad individuare il regolamento contrattuale in modo corrispondente agli interessi dedotti nell’atto negoziale.

Pertanto, se il recesso, nell’attuale elaborazione dottrinale e giurisprudenziale costituisce una facoltà attribuita, anche a prescindere da un’espressa previsione legale o negoziale, in virtù del profilo funzionale del contratto, non si comprende perché l’utilizzazione di tale strumento in modo conforme agli interessi in gioco, nel caso degli accordi in esame, debba indurre a reputare in configurabile il paradigma negoziale.

In questa direzione, si svaluta la “carica eversiva” della previsione dell’art. 11 che contiene, tra l’altro, una regola che si colloca accanto anche alle numerose disposizioni, racchiuse nelle leggi speciali, che attribuiscono alla Pubblica Amministrazione il potere di recedere dal contratto per ragioni di pubblico interesse.

L’insufficienza delle argomentazioni addotte al fine di escludere il carattere negoziale degli accordi tra privati e Pubbliche Amministrazioni consente, allora, di procedere alla valutazione delle figure previste dalle nuove norme in materia di procedimento amministrativo.

CAPITOLO 3

ACCORDI “SOSTITUTIVI” E “INTEGRATIVI”

3.1 Gli accordi sostitutivi del provvedimento amministrativo. L’ambito di applicazione, i dubbi sulla reale operatività della figura e la tendenza all’equiparazione agli accordi determinativi. Il rinvio alla legge e l’infondatezza della sua considerazione come mero richiamo ricognitivo e riassuntivo di tutte le disposizioni legislative che consentono la sostituzione del provvedimento con il paradigma contrattuale.

L’art. 11 della L. 241/90 consente la conclusione di accordi in sostituzione del provvedimento amministrativo soltanto nei casi previsti dalla Legge. Tuttavia, l’identificazione della limitata area operativa degli accordi si presenta meno agevole di quanto possa risultare dal rinvio alla Legge, come testimonia il dubbio che la previsione sia priva di qualsiasi possibilità di applicazione per l’assenza di una specifica disposizione legislativa. In questa direzione, si comprende perché, nella maggior parte degli studi dedicati agli accordi tra i privati e la Pubblica Amministrazione, si presta scarsa attenzione agli accordi sostitutivi, operando la ricostruzione dell’attività amministrativa consensuale sulla base degli accordi determinativi" del contenuto discrezionale del provvedimento.

Il timore di escludere una qualsiasi rilevanza alla previsione legislativa degli accordi sostitutivi induce a sostenere un’interpretazione reputata più coerente con la presunta volontà del legislatore di consentire una rapida applicazione della 241/90. Si afferma, infatti, che l’Amministrazione procedente può concludere accordi con i privati diretti alla sostituzione del provvedimento finale in “tutte le ipotesi in, cui singole leggi prevedano l’ammissibilità di una qualche forma di contrattazione con i destinatari dell’atto”.

Tale orientamento, pur lodevole nell’intenzione di consentire un’immediata attuazione delle nuove norme in materia di procedimento, non appare accoglibile, perché supera ampiamente la formulazione dell’art. 11 e sembra procedere dalla dissoluzione della funzione “sostitutiva” nella produzione di effetti giuridici idonei a realizzare risultati pratici analoghi a quelli riconducibili agli effetti giuridici propri del provvedimento da sostituire.

La disciplina contenuta nell'art. 11 presuppone una specifica nozione di accordo sostitutivo e, conseguentemente, la ricerca dei "casi stabiliti dalla legge" non può essere svolta senza procedere alla preliminare identificazione del profilo effettuale dell'accordo che sostituisce il provvedimento, rilevandone i caratteri fisionomici sulla base dell'art. 11 e non attraverso le singole disposizioni legislative.

L'eventuale previsione e regolamentazione di accordi sostitutivi - come definiti dalla legge sul procedimento amministrativo - da parte di leggi anteriori non può sottrarsi alla verifica della rispondenza delle specifiche disposizioni alle regole contenute nell'art. 11 che, ai sensi dell'art. 29, comma 1, L. n. 241/90, costituiscono parziali attuazioni di principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato. Tale eventualità impone l'applicazione, anche agli accordi sostitutivi previsti da leggi anteriori all'emanazione delle nuove norme in materia di procedimento amministrativo, delle disposizioni che attengono alla giurisdizione ed alla disciplina dello svolgimento del rapporto originato dagli accordi e, in particolare, di quella che, in caso di mutamento del pubblico interesse, obbliga l'Amministrazione al recesso dall'accordo e al pagamento di un indennizzo.

Non è da escludere allora, che la disciplina stabilita dall'art. 11 possa, da un lato, comportare la devoluzione al giudice amministrativo di controversie che una consolidata giurisprudenza attribuisce, invece, al giudice ordinario, e, dall'altro, sospingere la Pubblica Amministrazione, anche nell'ipotesi di conclusione di accordi sostitutivi previsti da leggi anteriori alla L. n. 241/90, ad un comportamento "più responsabile" si da evitare il risarcimento dei danni cagionati al privato per la violazione, non giustificata dall'interesse pubblico, degli impegni assunti, ovvero il pagamento di indennizzi in caso di recesso giustificato da sopravvenuti motivi di pubblico interesse.

3.2 La funzione sostitutiva come produzione dei medesimi effetti giuridici del provvedimento da sostituire. La sottoposizione ai controlli ex art. 11, comma 3, e l'identità del profilo effettuale. La parziale sostituibilità del provvedimento con l'accordo e l'infondatezza dell'asserita regola generale della connessione dell'accordo al provvedimento. La natura negoziale degli accordi sostitutivi. La variabilità della struttura della fattispecie e la maggiore o minore articolazione degli interessi.

È opportuno che un'indagine orientata al perseguimento dell'indicato obiettivo accerti la fondatezza della possibile risoluzione dell'azione sostitutiva nella produzione di effetti giuridici idonei a realizzare risultati pratici analoghi a quelli riconducibili agli effetti giuridici propri del provvedimento da sostituire.

Una siffatta definizione si manifesta priva di fondamento qualora si rilevi l'espressa sottoposizione, in forza dell'art. 11, comma 3, L. n. 241/90, degli accordi sostitutivi ai medesimi controlli previsti per il provvedimento sostituito. La richiamata previsione legislativa, infatti, si giustifica soltanto sulla base della perfetta coincidenza degli effetti prodotti dal modulo convenzionale con quelli originati, in difetto dell'accordo, dal provvedimento.

L'ordinamento giuridico impone al provvedimento amministrativo specifici controlli non soltanto per garantire la regolarità formale e sostanziale dell'atto, nonché il coordinamento e l'armonia nell'azione svolta dai vari organi e dai diversi soggetti pubblici, ma anche e soprattutto al fine di fornire un'ulteriore garanzia alla tutela degli interessi regolati e dei valori attuati dall'azione della Pubblica Amministrazione, mediante l'emanazione di un provvedimento diretto alla produzione degli effetti giuridici che lo caratterizzano e lo individuano nell'ambito della pluralità degli atti amministrativi.

La sottoposizione ai controlli è, dunque, dettata in ragione degli effetti giuridici che il provvedimento è destinato a produrre sul complesso intreccio di situazioni giuridiche soggettive che si presenta dinanzi all'Amministrazione. Conseguentemente, la necessità di garantire la tutela dei peculiari interessi e l'attuazione dei valori coinvolti sussiste in tutte le ipotesi dove si realizzi la produzione degli effetti giuridici - a prescindere dalla fattispecie che li origina - ai quali la legge ricollega i controlli. Diversamente, le esigenze di tutela che costituiscono il profilo funzionale dei

controlli potrebbero essere facilmente disattese ricorrendo, qualora sia possibile, a fattispecie strutturalmente diverse per la produzione dei medesimi effetti.

La ratio della norma contenuta nell'art. 11, comma 3, risiede, dunque, nella necessità di assicurare l'attuazione di quelle esigenze tutte le volte che gli effetti, sul piano giuridico, si identificano con quelli che sarebbero prodotti dal provvedimento sottoposto dalla legge ai controlli, anche se la fattispecie causativa presenta una diversa struttura. La sottoposizione degli accordi ai controlli imposti al provvedimento sostituito si fonda sull'identità funzionale, assunta nella previsione degli accordi sostitutivi, tra l'accordo ed il provvedimento. Al contrario, la mancata produzione dei medesimi effetti sul piano giuridico, in favore del conseguimento di un risultato pratico analogo a quello riconducibile al provvedimento, rimuove l'esigenza di sottoporre l'atto a controlli che non sono imposti dal profilo funzionale.

La connessione dei controlli al livello degli effetti giuridici, e non alla struttura dell'atto che li produce, consente, altresì, di escludere che la previsione dell'art. 11, comma 3, possa costituire, un ulteriore indicatore di segno contrario alla contrattualità degli accordi sostitutivi.

Infine, l'identificazione della funzione sostitutiva nella produzione di effetti giuridici idonei a realizzare risultati pratici analoghi a quelli riconducibili agli effetti giuridici propri del provvedimento da sostituire non soltanto contrasta con la ratio della previsione dei controlli per gli accordi sostitutivi, ma conduce anche a conseguenze paradossali, perché numerosi contratti, conclusi dalla Pubblica Amministrazione iure, privatorum dovrebbero essere sottoposti ai medesimi controlli previsti per i provvedimenti dei quali, sul piano "pratico", costituiscono un surrogato.

Si ha ragione di affermare, allora, che la funzione sostitutiva delineata dall'art. 11 si traduce nella produzione di effetti giuridici identici agli effetti giuridici del provvedimento sostituito. Pertanto, occorre, in via preliminare, identificare gli effetti diretti ed essenziali che caratterizzano il provvedimento amministrativo e, successivamente, accertarne l'idoneità alla produzione da parte dello strumento consensuale.

La proposta ricostruzione della funzione sostitutiva non si fonda esclusivamente sulla disposizione dell'art. 11, comma 3, ma è confermata anche dalla formulazione letterale dell'art. 11, comma 1, che prevede l'accordo "in sostituzione del provvedimento finale". Come è stato efficacemente osservato, la sostituzione, nel significato di "mettere al posto di", presuppone una relazione tra il provvedimento e il contratto tale che entrambi presentino l'idoneità ad assolvere la

stessa funzione in virtù della produzione dei medesimi effetti giuridici.

La determinazione del profilo funzionale nei termini innanzi indicati è rafforzata anche dalla limitazione del ricorso agli accordi sostitutivi ai casi previsti dalla legge.

L'inedoneità del contratto, in termini generali ed assoluti, alla produzione di tutti gli effetti riconducibili ai provvedimenti amministrativi e la necessità di evitare qualsiasi dubbio impongono che sia la legge a determinare le ipotesi nelle quali si realizzi la sostituzione del provvedimento da parte dell'accordo. La limitata area operativa, insomma, è richiesta dal peculiare profilo effettuale degli accordi sostitutivi. Essa non può essere valutata in termini di rifiuto della "contrattualizzazione" dell'attività amministrativa, essendo esclusivamente dettata da ragioni di opportunità.

La limitazione, ai casi previsti dalla legge, dell'accordo sostitutivo non manifesta un'inespressa "volontà" di salvaguardare la "unilateralità" dell'agire della Pubblica Amministrazione come ordinaria modalità di determinazione amministrativa, ma si giustifica in ragione della parziale sostituibilità del provvedimento con l'accordo.

La figura in esame presuppone una perfetta fungibilità tra accordo e provvedimento nella produzione degli effetti ricollegabili a quest'ultimo. Pertanto, la rilevata ammissibilità dell'esercizio del potere discrezionale attraverso lo strumento contrattuale - qualora quest'ultimo produca i medesimi effetti giuridici del provvedimento - e l'idoneità del paradigma contrattuale alla realizzazione dell'interesse pubblico consentono di riconoscere l'insussistenza di ostacoli alla qualificazione degli accordi in esame come contratti sostitutivi del provvedimento amministrativo, ovvero, qualora difetti la patrimonialità del rapporto, nei termini di negozi sostitutivi del provvedimento.

Né può reputarsi che l'Amministrazione procedente non abbia alcun interesse alla conclusione di un tale accordo, perché potrebbe conseguire lo stesso "risultato" in modo unilaterale. In questa direzione, non soltanto si oblitera la valenza "politica" del coinvolgimento dei privati nelle decisioni amministrative, ma si trascura la circostanza che, nell'esercizio "unilaterale" del potere discrezionale, la Pubblica Amministrazione si espone all'impugnativa del provvedimento da parte del destinatario.

3.3. I soggetti legittimati alla conclusione degli accordi sostitutivi. La funzione sostitutiva e la conseguente limitazione ai destinatari effettivi del provvedimento finale. Ridimensionamento dell'idoneità degli atti di autonomia negoziale alla produzione di effetti nella sfera giuridica dei terzi.

Sulla base delle disposizioni contenute nella L. 241/90, la “partecipazione” al procedimento amministrativo è consentita non soltanto ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti ed a quelli che per legge debbono intervenire⁸, ma anche ai soggetti, diversi dai destinatari diretti, ai quali possa derivare un pregiudizio dall’emanazione del provvedimento, ed ancora ai portatori di interessi pubblici o privati, nonché di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati⁹. Tali soggetti hanno la facoltà di prendere visione degli atti e di presentare memorie scritte e documenti pertinenti all’oggetto del procedimento¹⁰, nonché osservazioni e proposte che, in caso di accoglimento, conducono alla conclusione di accordi con la Pubblica Amministrazione ai fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale, ovvero, nei casi previsti dalla legge, in sostituzione di questo.

Tuttavia, a differenza degli accordi integrativi, gli accordi sostitutivi, in ragione dei peculiari effetti prodotti, possono essere conclusi dall’Amministrazione procedente soltanto con i destinatari effettivi del provvedimento finale. L’idoneità del contratto sostitutivo alla produzione dei medesimi effetti del provvedimento, senza intermediazione di ulteriori atti della Pubblica Amministrazione,

⁸ **Art. 7. Comunicazione di avvio del procedimento**

1. Ove non sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento, l'avvio del procedimento stesso è comunicato, con le modalità previste dall'articolo 8, ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti ed a quelli che per legge debbono intervenire. Ove parimenti non sussistano le ragioni di impedimento predette, qualora da un provvedimento possa derivare un pregiudizio a soggetti individuati o facilmente individuabili, diversi dai suoi diretti destinatari, l'amministrazione è tenuta a fornire loro, con le stesse modalità, notizia dell'inizio del procedimento.
2. Nelle ipotesi di cui al comma primo resta salva la facoltà dell'amministrazione di adottare, anche prima della effettuazione delle comunicazioni di cui al medesimo comma primo, provvedimenti cautelari.

⁹ **Art. 9. Intervento nel procedimento**

1. Qualunque soggetto, portatore di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento, hanno facoltà di intervenire nel procedimento.

¹⁰ **Art. 10. Diritti dei partecipanti al procedimento**

1. I soggetti di cui all'articolo 7 e quelli intervenuti ai sensi dell'articolo 9 hanno diritto:
 - a. di prendere visione degli atti del procedimento, salvo quanto previsto dall'articolo 24;
 - b. di presentare memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento.

impedisce di ammettere che un siffatto contratto possa essere concluso da un soggetto diverso dal destinatario degli effetti del provvedimento da sostituire.

Per tale conclusione, decisiva è la considerazione che l'Amministrazione procedente realizza l'ulteriore interesse di escludere, con il contratto sostitutivo, qualsiasi impugnazione, da parte del privato, della regolamentazione prospettata. La disposizione del diritto di difesa tutelato dagli artt. 24 e 113 cost., può essere effettuata soltanto dal titolare dell'interesse coinvolto dall'azione amministrativa. Così, un ipotetico accordo sostitutivo del provvedimento finale di carattere ablatorio non può che essere concluso con il soggetto che "subisce" l'esercizio del potere e non con un mero interessato.

La riferita individuazione del profilo soggettivo dell'area operativa della figura in esame è confermata dalla disposizione dell'art. ; 11, comma 1, che non si limita a mettere in evidenza la giuridica necessità del raggiungimento del pubblico interesse, ma impone che dal negozio sostitutivo non derivi alcun pregiudizio per i terzi. Tale previsione, mediante l'esplicito riferimento al pregiudizio (piuttosto che alla generale esclusione di qualsiasi effetto per i terzi, come risulta dalla formulazione letterale dell'art. 1372 cod. civ., ovvero al carattere favorevole dell'effetto, come sembra potersi dedurre dagli artt. 1411 ss. cod. civ.), consente di affermare che l'idoneità di un atto negoziale alla produzione di effetti giuridici nella sfera dei terzi non soltanto non è esclusa dal presunto principio di intangibilità della sfera giuridica, ma neanche è determinata da una valutazione meramente formale del carattere sfavorevole o favorevole del tipo di effetto prodotto. Invero, l'incidenza nella sfera dei terzi degli effetti riconducibili agli atti negoziali deve essere ammessa sulla base della valutazione del regolamento specifico, legale e/o convenzionale, in cui si sostanzia l'aspetto funzionale del rapporto sul quale gli effetti medesimi devono prodursi. E da tale valutazione che discende l'ammissibilità della produzione di effetti nella sfera giuridica di terzi e il dubbio sull'astratta possibilità che quanto non sia imputabile in via diretta, ma riflessa, all'atto di autonomia non costituirebbe mai violazione della sfera giuridica dei singoli.

3.4 La cessione in corso di esproprio come contratto sostitutivo. La mancata realizzazione dell'opera pubblica e la proponibilità dell'azione di risoluzione per inadempimento. Le convenzioni urbanistiche come contratti sostitutivi

Sulla base dell'identificazione della "funzione sostitutiva" nella produzione dei medesimi effetti giuridici riconducibili al provvedimento, non sembra che si possa mettere in dubbio la qualificazione della cessione in corso di esproprio, prevista dall'art. 12 L. 865/71 e dall'art. 5 bis L. 359/92, come contratto sostitutivo (del decreto di esproprio).

Tale qualificazione discende dall'ambientazione del contratto nel procedimento espropriativo, cioè in un procedimento diretto al trasferimento coattivo dell'immobile. La cessione, mediante il trasferimento del bene dall'espropriando all'espropriante, l'obbligazione di indennizzare il privato e quella di realizzare l'opera pubblica, produce i medesimi effetti giuridici del decreto di esproprio che, quindi, "sostituisce".

Dalla riconduzione ai negozi sostitutivi deriva che la cessione in corso di esproprio è regolata dai principi generali del codice civile in materia di obbligazioni e di contratti, ed è sulla base di questa disciplina che occorre esaminare l'ipotesi della mancata realizzazione dell'opera pubblica sul fondo oggetto dell'espropriazione, dal momento che non appare applicabile l'istituto della retrocessione strettamente connesso al decreto di esproprio e alla qualificazione della cessione come contratto di diritto pubblico.

La ricostruzione della cessione come contratto sostitutivo mette in evidenza che la conclusione del contratto è determinata dall'esigenza di destinare l'area all'esecuzione dell'opera pubblica. La sostituzione del contratto al provvedimento fonda la rilevanza causale di tale destinazione, perché il privato cede alla Pubblica Amministrazione l'area soltanto al fine di consentire l'esecuzione dell'opera pubblica. Pertanto, l'Amministrazione non è tenuta semplicemente al pagamento dell'indennità convenuta, ma è anche obbligata alla realizzazione dell'opera nei tempi e con le modalità stabilite. La costruzione dell'opera pubblica, insomma, si presenta come una sorta di vincolo di scopo impresso al trasferimento e costituisce, accanto all'indennità, il "corrispettivo" della cessione dell'area.

Pertanto, in caso di mancata utilizzazione del bene espropriato per l'attuazione della finalità pubblica, il privato può esercitare tutti i rimedi a tutela della corrispettività e, quindi, può chiedere la risoluzione del contratto per inadempimento, oltre il risarcimento dei danni subiti, riscontrandosi così un'ulteriore applicazione detta disciplina desumibile dai principi del codice civile in materia di obbligazioni e di contratti.

Per quanto concerne la giurisdizione, deve reputarsi del tutto infondato l'orientamento, espresso anche di recente, che esclude la sottoposizione della cessione sostitutiva di esproprio alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Si deve replicare che per i negozi sostitutivi del provvedimento non rileva il grado e l'intensità della discrezionalità, ma esclusivamente l'idoneità del contratto alla produzione dei medesimi effetti giuridici ricollegabili al provvedimento.

Una ulteriore ipotesi della figura in esame può essere ravvisata nelle convenzioni di lottizzazione. In via preliminare, occorre affermare che l'art. 13 L. 241/90 non esclude tale qualificazione, perché "il legame tra convenzioni urbanistiche e contratti della pubblica amministrazione è talmente consolidato da far sì che le prime non possano sfuggire a un'applicazione per via analogica delle norme generali dettate per i secondi, sicché il problema della loro formale e diretta contemplazione da parte della legge citata equivale al dubbio se esse debbano passare per la porta oppure per la finestra".

Nella prospettiva diretta ad affermare la qualificazione delle convenzioni di lottizzazione come contratti sostitutivi dei piani particolareggiati, esse non possono che essere ricondotte al negozio sostitutivo ex art 11. Pertanto, ogni controversia relativa alle convenzioni di lottizzazione rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e, ove sopraggiungano ragioni di pubblico interesse, la Pubblica Amministrazione può recedere dalla convenzione, ma deve indennizzare i contraenti privati.

La disposizione contenuta nell'art. 11, comma 4, allora, non soltanto costituisce l'espresso riconoscimento legislativo del potere dell'Amministrazione, anche dopo la stipula di una convenzione urbanistica, di mutare la destinazione, ma obbliga la Pubblica Amministrazione ad indennizzare i privati, operando l'auspicato temperamento tra potestà pubblica e tutela degli interessi individuali. In altre parole, pur riconoscendo la pienezza del potere dell'Amministrazione di modificare l'assetto discendente dalla convenzione, il legislatore impone di non disattendere le

ragioni, dei privati che hanno confidato nell'accordo.

3.5 Individuazione del profilo effettuale degli accordi determinativi del contenuto discrezionale del provvedimento. Esclusione dell'obbligo di adottare il provvedimento. La legittimazione dei soggetti diversi dal destinatario degli effetti del provvedimento alla conclusione degli accordi determinativi.

Accanto ai negozi sostitutivi del provvedimento amministrativo, l'art. 11 L. 241/90 ammette, in via generale, la conclusione, da parte dell'Amministrazione procedente, di accordi con gli interessati diretti a determinare il contenuto discrezionale del provvedimento amministrativo. La Pubblica Amministrazione è obbligata all'adozione del provvedimento, e alla sua emanazione con il contenuto concordato ed il privato è titolare di un diritto soggettivo all'attuazione di quanto convenzionalmente stabilito. Conseguentemente, in caso di inadempimento dell'Amministrazione, che si rifiuti di adottare il provvedimento nei termini concordati, il privato può rivolgersi al giudice amministrativo per ottenere una sentenza che produca gli stessi effetti del provvedimento non emanato.

Gli accordi integrativi producono una dualità di effetti nei confronti della Pubblica Amministrazione: l'obbligo di adottare il provvedimento, e di emanarlo con il contenuto concordato con il privato.

L'obbligo della Pubblica Amministrazione di adottare il provvedimento non costituisce un effetto ricollegabile alla figura in esame, come risulta dalla formulazione letterale dell'art. 11 che discorre di accordi "determinativi" del contenuto discrezionale del provvedimento, senza operare alcun riferimento all'obbligo di emanare l'atto. L'esclusiva direzione degli accordi alla determinazione del contenuto discrezionale impone che il vincolo, possa sorgere esclusivamente in ordine al *quid*, e non all'*an* del provvedimento.

Di là dall'argomento letterale, di per sé insufficiente, la negazione dell'obbligo dell'Amministrazione procedente di adottare il provvedimento si fonda, in primo luogo, sulla considerazione cd. analitica del potere discrezionale. Come sottolineato in precedenza, alcuni provvedimenti sono discrezionali soltanto sotto il profilo del contenuto (*quid*) e non c'è quindi discrezionalità sul se adottare il provvedimento medesimo (*an*). In questi casi la Pubblica Ammi-

nistrazione è tenuta per legge all'adozione del provvedimento e l'accordo integrativo, ricostruito nei termini criticati, determinerebbe la nascita di un vincolo già previsto dall'ordinamento e, da questo punto di vista, sembrerebbe del tutto superfluo. Né si può reputare che, attraverso questo accordo, il privato possa rafforzare la propria posizione, rispetto all'emanazione del provvedimento, perché la considerazione normativa degli interessi privati si impone, perda sua direzione all'attuazione del pubblico interesse, in modo inderogabile. Pertanto, non si può attribuire al privato, mediante il paradigma contrattuale, un "diritto all'emanazione del provvedimento", addirittura tutelabile ex art. 2932 cod. civ.⁴⁴⁷, perché altrimenti l'Amministrazione si sottrarrebbe al rispetto della legge.

L'operatività dell'art. 2932 cod. civ. va, comunque, esclusa perché l'art. 11 configura, due distinte manifestazioni dell'attività amministrativa consensuale: la connessione dell'accordo al provvedimento, che si attua negli accordi determinativi, e la sostituzione dell'accordo al provvedimento, che si realizza negli accordi sostitutivi. Il ricorso al rimedio dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre, in caso di mancata adozione del provvedimento, invece, determina il superamento di tale distinzione, perché l'accordo determinativo del contenuto discrezionale, sia pure attraverso l'intervento del giudice, sarebbe idoneo a determinare una vicenda sostitutiva del provvedimento, con la conseguente illegittima elusione della norma che sottopone gli accordi sostitutivi ai medesimi controlli previsti per il provvedimento sostituito, a meno di non postularne l'operatività con riferimento alla sentenza. Al riguardo, la prospettata applicazione del 2932 cod. civ. potrebbe essere facilmente esclusa dalla mera emanazione, da parte dell'Amministrazione, di un provvedimento con contenuto diverso da quello concordato. Così, il privato non potrebbe in nessun modo invocare il rimedio dell'esecuzione in forma specifica, perché questo non consente l'adozione di una sentenza diretta a mutare il regolamento imposto da un atto amministrativo, e, conseguentemente, la tutela si risolverebbe nel risarcimento dei danni.

L'applicabilità dell'art. 2932 cod. civ., insomma, appare il risultato di un'errata identificazione degli effetti dell'accordo ed. integrativo e di una trasposizione meccanica della disciplina del contratto. In realtà, l'art. 11 sottopone gli accordi ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti. La considerazione della non identificabilità dei principi nelle disposizioni del codice civile esclude un'automatica applicazione della disciplina codicistica.

L'esclusione della legittimità di un'obbligazione all'adozione di un provvedimento amministrativo va affermata anche nell'ipotesi di discrezionalità sull'an e sul quid. In questi casi, la realizzazione dell'interesse pubblico richiede che la Pubblica Amministrazione sia "libera" di

emanare l'atto dopo l'adeguata ponderazione degli interessi in gioco, nell'esercizio del potere amministrativo funzionalizzato: la decisione, di adottare il provvedimento deve essere la risultante di una valutazione dell'interesse pubblico nel procedimento amministrativo e non il risultato di un accordo con il privato.

Ciò è confermato anche dal rilievo che l'attività amministrativa consensuale deve consentire la partecipazione del privato alla funzione amministrativa, ma non può alterare i caratteri fisionomici del potere del soggetto pubblico, privandolo della discrezionalità sull'an, perché altrimenti cesserebbe di essere attività amministrativa che si svolge con il ricorso agli strumenti civilistici.

Si ribadisce, allora, che, nell'ambito della discrezionalità, la Pubblica Amministrazione può esercitare il potere ad essa attribuito dall'ordinamento soltanto vincolandosi ad adottare un provvedimento con il contenuto concordato con i privati, qualora decida di addivenire alla sua emanazione, ma non può abdicare al potere amministrativo funzionalizzato, obbligandosi anche sull'an, perché, in questo modo, si sottrarrebbe al rispetto della legge, svuotando il contenuto della discrezionalità.

In conclusione, rispetto all'adozione del provvedimento, il privato, anche dopo la conclusione di un accordo cd. determinativo, non ha alcun interesse tutelato all'emanazione, a meno che, come innanzi precisato, non si tratti di attività amministrativa vincolata ex lege nell'an.

L'esclusione dell'obbligo di adottare il provvedimento dal profilo effettuale degli accordi integrativi è desumibile anche dalle previsioni degli artt. 7, 9 e 10 della L. n. 241/90. Si è già rilevato che tali disposizioni consentono la conclusione di accordi con l'Amministrazione procedente, anche ai soggetti, diversi dai destinatari del provvedimento, che possano subire un pregiudizio dall'emanazione del provvedimento, e ai portatori di interessi pubblici o privati, nonché di interessi diffusi. Al contrario degli accordi sostitutivi - che, per la funzione realizzata, richiedono esclusivamente la partecipazione dei destinatari del provvedimento finale - quelli integrativi possono essere anche conclusi con i soggetti che possano subire un pregiudizio dall'emanazione del provvedimento e che intendano evitarlo, ovvero "contenerlo", proprio vincolando la Pubblica Amministrazione ad adottare il provvedimento, se deciderà di emanarlo, con un certo contenuto, ovvero con i soggetti indicati dall'art. 9 che intendano assicurarsi, mediante l'accordo integrativo, il rispetto degli interessi che rappresentano.

La soluzione prospettata è confortata anche dal disposto dell'art. 11, comma 3, che sottopone

soltanto gli accordi sostitutivi ai controlli previsti per i provvedimenti. Tale previsione esclude gli accordi integrativi, perché la fattispecie trova la sua regolamentazione nel provvedimento finale che sarà sottoposto ai controlli.

Va, infine, riconosciuta alla suindicata individuazione del profilo funzionale degli accordi in esame una ratio anche “politica” ravvisabile nell’esigenza di evitare - nell’attuale momento storico caratterizzato da una scarsa considerazione del valore e della “naturale missione” dell’Amministrazione - che la cura concreta degli interessi pubblici possa essere “attivata” dal privato fino al punto di obbligare la Pubblica Amministrazione all’adozione di provvedimenti amministrativi.

3.6 Gli accordi determinativi del contenuto discrezionale del provvedimento come negozi giuridici diretti alla prospettazione di regole convenzionali integrative della disciplina legale del procedimento di formazione del provvedimento amministrativo. La riconducibilità degli accordi integrativi al paradigma del c. d. contratto normativo.

L’attuazione dell’interesse pubblico si realizza per il tramite di una previa ricognizione e di una successiva sistemazione degli interessi, coinvolti dall’azione amministrativa, diretta alla determinazione di un regolamento idoneo alla loro funzionalizzazione.

L’assenza di ogni “conflittualità” tra interesse cd. pubblico e interessi privati, il collocarsi su piani distinti che conducono al conseguimento dell’interesse pubblico in virtù della realizzazione degli interessi privati, la configurazione del procedimento amministrativo come luogo di individuazione del concreto interesse pubblico e delle conseguenti modalità per la sua soddisfazione, consentono di affermare che non sussiste alcun ostacolo a che la Pubblica Amministrazione addivenga - qualora riscontri il consenso del privato ad una specifica regolamentazione idonea al perseguimento del concreto interesse pubblico - alla conclusione di un accordo che la obblighi, nel caso decida di emettere il provvedimento, ad adottarlo con quel contenuto. In questo modo, l’Amministrazione procedente ed il privato pongono in essere un atto che, per la sua direzione alla messa in evidenza degli interessi ed alla conseguente prospettazione del programma realizzativo, può essere certamente ascritto alla categoria degli atti di autonomia negoziale.

L'accordo determinativo del contenuto discrezionale del provvedimento circo-scrive, intatti, l'interesse pubblico nella situazione concreta, individua il risultato che la Pubblica Amministrazione è chiamata a realizzare, identifica la regolamentazione degli interessi individuali che ne consente l'attuazione.

In via di approssimazione, si può osservare che l'accordo determinativo del contenuto discrezionale del provvedimento evoca il paradigma del contratto normativo, perché anche negli accordi integrativi la funzione che si intende realizzare è quella di vincolare, nella formazione di un futuro provvedimento, le parti al rispetto del contenuto dell'accordo. Il vincolo riguarda la determinazione del regolamento di un rapporto che riscontrerà la fattispecie causativa e la relativa disciplina nel provvedimento, e non in un successivo contratto, come nell'ipotesi dei contratti normativi.

In altri termini, si è in presenza di un atto negoziale che stabilisce il contenuto della disciplina di un rapporto che sorgerà, se sorgerà, a séguito di un provvedimento amministrativo. Il privato ha, nei termini indicati in precedenza, un interesse tutelato all'attuazione, nel successivo provvedimento, di quanto concordato, e, nel contempo, non ha facoltà di impugnare il provvedimento emanato in modo conforme all'accordo.

3.7 L'elaborazione dottrinale del contratto normativo. Insufficienza delle proposte ricostruttive. Il contratto normativo come regola privata integrativa della disciplina legale del procedimento di formazione del contratto. Riconoscimento della funzione regolamentare dell'autonomia negoziale.

La dottrina prevalente definisce il contratto normativo come l'accordo diretto a determinare il contenuto di contratti futuri ed eventuali, distingue tra contratti normativi unilaterali e bilaterali.

In questa direzione, si considera essenziale alla configurazione del contratto normativo la preordinazione alla fissazione della disciplina di una serie di futuri contratti, escludendone la possibilità della conclusione per un singolo contratto. Invero, la mera inclinazione del contratto normativo alla disciplina di una serie, quanto meno potenziale di rapporti, non deve essere

sopravvalutata: l'essenza della figura in esame va riposta esclusivamente nella determinazione del contenuto di futuri contratti.

Giova rammentare che la stessa dottrina che afferma l'essenzialità di tale scopo, anche e soprattutto con riferimento ai contratti normativi bilaterali, riconosce non soltanto che le parti possano perseguire uno scopo ulteriore, quello di vincolarsi reciprocamente a non allontanarsi dalla disciplina concordata — scopo normalmente ricondotto al contratto normativo unilaterale -, ma ammette addirittura che le due esigenze possano concorrere. Conseguentemente, il fondamento della figura va identificato in quell'elemento presente in tutte le ipotesi ad essa ricondotte e non in una circostanza meramente eventuale che potrebbe essere superata dal vincolo reciproco a non allontanarsi dalla disciplina concordata che non è, da un punto di vista logico-giuridico, preordinato alla fissazione della disciplina di una serie di futuri contratti.

Con molta probabilità, la sopravvalutazione della finalità di uniformare una pluralità di contratti deriva dal tradizionale legame della tematica in esame con le condizioni generali di contratto, come testimonia l'inquadramento di entrambe le figure "tra gli strumenti giuridici che consentono la predefinitiva conclusione di un regolamento contrattuale da valere in occasione della conclusione di futuri contratti", ovvero nella predisposizione, unilaterale e bilaterale, di condizioni generali di contratto per disciplinare in modo uniforme determinati rapporti contrattuali.

In ordine alla distinzione tra contratti normativi unilaterali e bilaterali, va osservato che la specificazione del richiamo operato al contratto normativo non appare necessaria. Si è, prima facie, rilevato non una, coincidenza tra gli accordi determinativi e la figura in esame, ma più semplicemente una "consonanza", perché non è possibile una perfetta identificazione. Nondimeno, gli accordi integrativi sembrano accostarsi al paradigma del contratto normativo bilaterale, perché la predeterminazione da essi realizzata, nonostante richieda soltanto l'attività di una parte (la Pubblica Amministrazione che deve emanare il provvedimento) e non di entrambe, non comporta la necessità della "collaborazione" di terzi per l'attuazione del regolamento concordato, come nel caso dei contratti normativi unilaterali.

Comunque sia, ai fini della indagine diretta a fornire una dimostrazione della natura negoziale degli accordi determinativi del contenuto discrezionale del provvedimento amministrativo, quel che interessa rilevare è l'ammissibilità della configurazione del contratto normativo come atto di autonomia negoziale. Appare, allora, necessario valutare quello bilaterale, dal momento che non si

è dubitato della contrattualità del contratto normativo unilaterale, riconoscendo che da esso sorge l'obbligazione di osservare le regole concordate.

Spesso si mette in dubbio la natura negoziale, avvertendo che nessun vincolo può sorgere dal contratto normativo bilaterale, perché ognuna delle parti può sempre liberarsi dagli "impegni assunti", semplicemente rifiutandosi di concludere il contratto particolare. In questa prospettiva, si ravvisa nel contratto normativo bilaterale nient'altro che una fase del procedimento di formazione del contratto cd. particolare, che non presenta la nascita di obbligazioni a carico delle parti. Si afferma, infatti, che esso va identificato in un'intesa preparatoria diretta a predisporre, in tutto o in parte, il contenuto di eventuali futuri contratti, non vincolante fino alla conclusione dei singoli contratti particolari. Riconosciuta l'esistenza di un mero vincolo psicologico, si reputa che non sia necessaria una riproduzione espressa, ma è sufficiente che le parti non manifestino una volontà contraria all'inserimento delle clausole concordate.

Tale orientamento sembra collocarsi su di un piano meramente descrittivo ed appare, nella sostanza, privo di dimostrazione. Non si può, in altre parole, equiparare il contratto normativo ad una minuta di contratto dal momento che gli interessi che le due figure realizzano sono diversi: la minuta di contratto ha soltanto una funzione probatoria delle trattative, là dove con il contratto normativo le parti intendono assicurarsi che, se il contratto sarà concluso, sarà concluso con quel contenuto. Allora o si nega il fenomeno, o si procede ad una qualificazione del prospettato regolamento conforme all'interesse messo in evidenza dalle parti.

Altri, invece, riconducono la figura in esame ad un accordo o convenzione normativa - che obbliga ad inserire ed osservare date clausole nella stipulazione di futuri contratti - per l'assenza di una funzione dispositiva, perché non si "dispone" in ordine ad un determinato rapporto giuridico, ma si determina la creazione di regole destinate ad operare in futuro. Invero, la riferita qualificazione si presenta come un espediente utilizzato perché il contratto normativo non risponde ad una personale definizione di contratto, dal momento che la disciplina è quella del contratto, ammettendosi anche il risarcimento del danno in caso di inadempimento: il riconoscimento dell'operatività della disciplina del contratto non attribuisce all'utilizzazione dell'espressione "accordo o convenzione normativa" un significato autonomo, se non meramente verbale, rispetto al contratto.

Nell'ambito di una ricostruzione diretta ad affermare la natura negoziale del contratto

normativo, la figura in esame costituisce un contratto ad effetti obbligatori, precisandosi che nel contratto normativo bilaterale l'obbligazione di dare ai futuri contratti il contenuto stabilito non può che essere una sola, a contenuto positivo e sottoposta alla condizione della futura conclusione del contratto. La circostanza che le parti rifiutino di prestare il consenso al futuro contratto, vanificando, così, l'obbligazione assunta, non determina la nullità, perché la condizione è dipendente dalla volontà del debitore, ma non sempre si tratta di condizione meramente potestativa.

La galleria delle ricostruzioni del contratto normativo presenta anche la configurazione, proposta di recente, come contratto, recante necessariamente una proposta irrevocabile, a mezzo del quale i contraenti dispongono direttamente dell'assetto dei propri interessi, elaborando un regolamento contrattuale destinato ad integrare i successivi contratti, indipendentemente dalla loro volontà. In questa direzione, i singoli contratti si perfezionano mediante un'iniziativa unilaterale di attivazione ex art. 1327 cod. civ.⁴⁷⁷. Tuttavia, la stessa dottrina riconosce che si discorre di fenomeni diversi da quelli tradizionalmente inseriti nel contratto normativo.

La pluralità delle elaborazioni proposte mostra che uno stesso fenomeno può essere definito non soltanto in termini diversi, ma anche sulla base di modelli che deformano completamente l'oggetto di indagine.

Il limite di tali orientamenti consiste nel mancato procedere ad una ricostruzione coerente con gli interessi perseguiti dalle parti, espressi e prospettati nel regolamento attuativo, con la conclusione del contratto normativo. Tale tendenza determina la costruzione di una figura mediante l'individuazione di caratteri fisionomici ritenuti essenziali, ad onta della mancata ricorrenza o della sporadica presenza nella concreta fattispecie.

Al contrario, occorre individuare l'interesse giuridico che il contratto normativo mette in evidenza nei termini correttamente indicati da chi identifica l'essenza della figura nella garanzia che l'eventuale conclusione di un futuro contratto presenti la regolamentazione concordata e da chi, sia pure in modo contraddittorio, ammette che anche nei contratti normativi bilaterali possa sussistere il vincolo reciproco a non allontanarsi, nella conclusione di futuri contratti, dalla regolamentazione stabilita. Pertanto, con il contratto normativo, le parti si vincolano a rispettare la disciplina concordata nella regolamentazione che prospetteranno nei singoli e successivi contratti.

Attraverso il contratto normativo bilaterale, i contraenti disciplinano inter partes il

procedimento di formazione del contratto, regolamentano la condotta nella fase delle trattative e specificano, così, in relazione ai propri interessi presenti nella situazione concreta e messi in evidenza con l'utilizzazione di tale figura, anche il contenuto dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede.

La disciplina del procedimento di formazione del contratto non si risolve nella regolamentazione della mera sequenza degli atti idonea alla formazione dell'accordo, ma comprende anche le disposizioni, legali e pattizie, che attengono al contenuto del futuro contratto.

Sulla base delle considerazioni che precedono, il contratto normativo costituisce un atto negoziale diretto alla giuridica messa in evidenza di peculiari interessi e alla prospettazione di un programma realizzativo che si traduce nella predisposizione di regole private che integrano, nei limiti consentiti dall'ordinamento, la disciplina del procedimento di formazione del contratto. Conseguentemente, la violazione di tali regole comporta, come è stato precisato, sia pure in tema di prelazione, una responsabilità precontrattuale, richiamata, peraltro, anche da chi, qualificando il contratto normativo come un'intesa preparatoria, osserva che esso è idoneo a giustificare affidamenti e consente l'operatività delle norme sulla responsabilità precontrattuale.

La suindicata ricostruzione del contratto regolamentare è confermata anche dal rilievo che l'autonomia negoziale non si risolve nella costituzione, modificazione ed estinzione di rapporti giuridici, ma comprende anche la regolamentazione di rapporti (anche futuri ed eventuali) che può concernere tanto le condizioni sostanziali, quanto le condizioni di forma. Il riconoscimento della funzione regolamentare, che presuppone l'insufficienza della dicotomia effetti-reali effetti-obbligatori per esprimere le potenzialità del negozio, va fondato non soltanto sull'art. 1321 cod. civ., che discorre di contratti "per regolare un rapporto giuridico patrimoniale", ma anche e soprattutto sugli artt. 1252, comma 2, 1230 s. cod. civ. e 1352 cod. civ. che testimoniano l'idoneità dell'autonomia negoziale a svolgere una funzione meramente regolamentare, nonché sull'art. 1341 cod. civ. che, di là dalla peculiare efficacia delle condizioni generali di contratto, mostra come sia possibile, addirittura unilateralmente, operare una predeterminazione del contenuto contrattuale, incidendo così sul procedimento di formazione dei contratti che non può, come in precedenza osservato, essere separato dalla determinazione del contenuto.

In conclusione, appare più corretto discorrere di negozi normativi e non di contratti normativi, perché, da un lato, la fissazione delle regole integrative del procedimento di formazione del

contratto prescinde da valutazioni in termini di patrimonialità o non patrimonialità del rapporto regolato, dall'altro, il rapporto costituito dal futuro contratto può anche essere patrimoniale, ma le regole convenzionali si riferiscono a profili non patrimoniali, e viceversa.

3.8 La trasposizione nel procedimento amministrativo del negozio regolamentare mediante i negozi determinativi del contenuto discrezionale del provvedimento. Le conseguenze della violazione degli accordi integrativi: l'impugnazione del provvedimento e il risarcimento del danno nella misura dell'interesse cd. negativo.

La trasposizione del negozio regolamentare - diretto alla determinazione di regole integrative del procedimento di formazione del contratto - nell'ambito del procedimento amministrativo si effettua mediante i negozi determinativi del contenuto discrezionale del provvedimento che, previsti in via generale dall'art. 11, mettono in evidenza gli interessi privati e ne prospettano un programma attuativo funzionalizzato alla realizzazione dell'interesse pubblico in virtù della formulazione di regole (convenzionali) dirette ad integrare la disciplina del procedimento di formazione del provvedimento amministrativo. In questa direzione, l'ordinamento giuridico consente ai privati e alla Pubblica Amministrazione di integrare la disciplina che presiede alla formazione del provvedimento, al fine di adeguare le regole legali alle esigenze di attuazione del concreto interesse pubblico e degli interessi privati coinvolti.

Il negozio determinativo del contenuto discrezionale regola il procedimento di formazione del provvedimento amministrativo, nel senso che integra la disciplina legale, essenzialmente generale ed astratta, foggandola in maniera adeguata agli interessi privati in gioco ed alle concrete finalità pubbliche da raggiungere, nonché attribuendo consistenza concreta all'interesse pubblico che deve essere attuato con l'emanazione del successivo provvedimento.

La figura prevista ex art. 11 individua, così, il profilo funzionale della fattispecie che invoca l'esercizio del potere discrezionale e ne prospetta una regolamentazione. Successivamente, il provvedimento amministrativo, emanato in conformità dell'accordo, realizza il programma di attuazione concordato con il privato.

In questi termini, è più corretto definire gli accordi in esame come accordi integrativi, la violazione dei quali non soltanto consente l'impugnativa del provvedimento adottato senza rispettare l'accordo, ma attribuisce il diritto al risarcimento del danno nella misura dell'interesse contrattuale negativo. Qualora l'evento lesivo, infatti colpisca interessi attinenti alla fase della formazione del provvedimento, le conseguenze dannose rilevanti, immediate e dirette ai sensi dell'art. 1223 cod. civ., devono essere commisurate all'interesse al rispetto delle regole integrative, non essendo l'Amministrazione obbligata all'adozione del provvedimento.

Dinanzi ai tre vizi dell'atto amministrativo che ne giustificano l'impugnazione (incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere) non sembra incauto ritenere che la disposizione dell'art. 11, nel caso di provvedimento adottato con un contenuto diverso da quello concordato con il privato, abbia introdotto una nuova ed autonoma causa di impugnazione costituita dalla "violazione delle regole convenzionali integrative della disciplina legale della formazione del provvedimento". Tale condizionamento non si risolve nell'ampliamento delle ipotesi di violazione di legge conseguenti alle prescrizioni introdotte dalle nuove norme in materia di procedimento, ma consente, altresì, di ascrivere alla violazione di legge figure finora ricondotte all'eccesso di potere.

La configurazione di un ulteriore vizio dell'atto amministrativo sembra confermata anche dalla circostanza che l'art. 11 impone alla Pubblica Amministrazione, nell'emanazione del provvedimento, il rispetto del contenuto concordato con il privato, come testimonia inequivocabilmente la previsione dell'obbligo di recedere dal contratto, qualora il pubblico interesse lo esiga. In presenza di sopravvenute ragioni di pubblico interesse e in mancanza del recesso, la Pubblica Amministrazione è ancora sottoposta alle regole stabilite nell'accordo e il provvedimento, adottato con un contenuto difforme da quello concordato, è impugnabile ai sensi dell'art. 11. Pertanto, non è possibile ricondurre la violazione degli accordi all'eccesso di potere, perché, in questo modo, oltre a ridurre fino all'eliminazione il carattere vincolante, si impone, senza alcuna giustificazione, per l'annullamento del provvedimento difforme, l'ulteriore requisito della mancata realizzazione in concreto dell'interesse pubblico.

3.9 La sottoposizione degli accordi ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e di contratti. Insufficienza dei tentativi di desumere i principi attraverso un procedimento di induzione dalle norme positive. Valore normativo dei principi. Riferibilità dei principi non al codice civile, ma al diritto civile.

Il riconoscimento del carattere negoziale degli accordi sostitutivi e integrativi appare confermato anche dall'art. 11 comma 2, l. n. 241/90, il quale sottopone gli accordi tra i privati e la Pubblica Amministrazione, ove non diversamente previsto, ai "principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili" e, conseguentemente, sollecita un'indagine diretta all'individuazione di una siffatta disciplina.

L'inciso "ove non diversamente previsto" consente alle parti di sottoporre i negozi sostitutivi ed integrativi ad una regolamentazione diversa da quella desumibile dal rinvio ai suddetti principi. I negozi conclusi nell'ambito del procedimento amministrativo costituiscono degli atti di esercizio del potere amministrativo e, in quanto tali, non possono che essere sottoposti alla regole prescelte dall'ordinamento. Inoltre, la necessità di promuovere, in attuazione del principio di democraticità, la partecipazione degli amministrati alla cura degli interessi pubblici esclude la legittimità di una regolamentazione convenzionale degli strumenti alternativi di esercizio della, discrezionalità. Nella stessa direzione, infine, sospinge il riconoscimento della natura negoziale che appare aderire alla sottoposizione dei negozi previsti dall'art. 11 ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e di contratti.

Pertanto, l'utilizzazione dell'espressione "ove non diversamente previsto", ai posto della consueta "salvo che la legge disponga diversamente", si giustifica con il rilievo che quest'ultima espressione è già utilizzata nella prima parte del comma contenente la disposizione in esame. In altre parole, l'inciso condiziona l'operatività della disposizione all'assenza di un'eventuale previsione ma non consente di affermare il carattere residuale della normativa dei principi del codice civile in materia di obbligazioni e di contratti ai quali, comunque, si deve far ricorso anche nell'applicazione dell'eventuale disciplina specifica.

In questa prospettiva, si afferma l'operatività dell'art. 2932 cod. civ. nell'ipotesi di violazione degli accordi determinativi del contenuto discrezionale del provvedimento, l'applicazione dell'art.

1341, comma 2, cod. civ., ove la Pubblica Amministrazione, approfittando della posizione di “supremazia”, imponga unilateralmente una serie, di clausole onerose o vessatorie, confermando così l’orientamento, espresso dalla dottrina e dalla giurisprudenza, favorevole all’applicazione di tale disposizione anche ai contratti della Pubblica Amministrazione.

Il rinvio ai principi, e non alle disposizioni del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, impone il rifiuto dell’impostazione incline ad incasellare gli accordi tra i privati e la Pubblica Amministrazione nelle fattispecie astratte previste dal codice civile, nonostante renda più complessa l’indagine diretta alla configurazione della regolamentazione dei negozi integrativi, e sostitutivi. Le difficoltà dell’identificazione della disciplina, tuttavia, non possono giustificare il superamento del problema attraverso una surrettizia modificazione della disposizione in esame, ma esigono, in via preliminare, la chiarificazione dei rapporti correnti tra le norme ed i principi.

Per quanto concerne gli accordi tra i privati e la Pubblica Amministrazione, l’operatività dei principi, e non delle disposizioni del codice civile, non si giustifica esclusivamente per il rinvio ad essi contenuto nell’art. 11, ma discende anche dalla considerazione che gli enunciati del codice civile sono dettati in previsione di un’applicazione ai privati. Così, essi mostrano delle inadeguatezze funzionali che possono essere superate, allo scopo di individuare la normativa adeguata alle peculiarità delle fattispecie oggetto di valutazione, soltanto in forza di un’interpretazione sistematica, teleologica assiologica che tenga conto delle peculiarità del caso ed identifichi anche i principi rispetto ai quali le disposizioni del codice si presentano come attuazioni parziali.

In sostanza l’identificazione dei principi del codice civile costituisce un’operazione non isolabile dalla più complessiva opera di individuazione dei valori fondanti l’ordinamento giuridico; sempre a condizione di accreditare il canone della sistematicità.

Il richiamo ai principi, e non alle norme del codice civile, svaluta, la possibilità di incompatibilità rispetto agli accordi previsti dall’art. 11, maggiormente frequenti, al contrario, in caso di rinvio alle disposizioni del codice civile. La circostanza che la specifica disposizione regolamentare costituisce una parziale attuazione rispetto al principio, comporta che i principi non presentano, in linea generale, inadeguatezze funzionali, a meno che non siano indissolubilmente legati al soggetto privato.

Va, infine, rilevato che la considerazione delle disposizioni del codice civile in materia di obbligazioni e contratti come attuazioni soltanto parziali di principi generali non sollecita

esclusivamente la valutazione degli enunciati normativi contenuti nel libro del codice relativo ai contratti e alle obbligazioni, ma postula anche l'esame di ulteriori parziali attuazioni di tali principi rinvenibili nelle altre partizioni del codice ed anche nelle leggi speciali. La diversa collocazione: topografica delle disposizioni, anche quella "esterna" al codice, non costituisce un indice assoluto dell'inclinazione degli enunciati normativi al servizio di "logiche" diverse, espressioni di distinti principi, "generalisti" e, conseguentemente, non esclude la presenza di ulteriori parziali attuazioni dei principi generali in materia di obbligazioni e di contratti idonee ad offrirne una più ampia cognizione. Si manifesta, così, improponibile un'interpretazione meramente letterale del rinvio, da parte dell'art. 11, ai principi generali del codice civile.

Si rafforza la rilevanza normativa del rinvio ai principi, e non alle disposizioni del codice civile. Esso non si risolve in un indice riassuntivo delle disposizioni del codice civile, ma sollecita l'interprete a procedere all'individuazione della concreta disciplina da applicare ai negozi sostitutivi e integrativi nel rispetto della legalità costituzionale e comunitaria. Pertanto, sembra più corretto riferire i principi in materia di obbligazioni e contratti non al codice civile ma al diritto civile che, nella sua dimensione nazionale ed europea, appare idoneo alla realizzazione del programma di salvaguardia del valore della persona umana racchiuso nei principi costituzionali dell'ordinamento nazionale.

3.10 L'operatività del principio della causalità negoziale. La direzione dei negozi sostitutivi e determinativi del contenuto discrezionale del provvedimento alla giuridica messa in evidenza degli interessi privati coinvolti dall'azione amministrativa ed alla prospettazione di un programma di attuazione diretto alla realizzazione del concreto interesse pubblico determinato nell'ambito del procedimento. Necessità della sottoposizione al controllo di liceità e di meritevolezza della causa.

Particolare attenzione deve essere riservata all'operatività di un altro principio generale in materia di obbligazioni e di contratti, desumibile dagli artt. 1343 ss., 1418, comma 2, cod. civ. e dalla valutazione costituzionale dell'autonomia negoziale non come valore in sé ma come atto d'iniziativa rispondente ad un, interesse meritevole di tutela in quanto idoneo all'attuazione dei valori

dell'ordinamento giuridico racchiusi nei principi costituzionali.

Il riferimento è al principio della causalità negoziale che lega la configurabilità del paradigma negoziale alla presenza di una causa lecita e meritevole di tutela ed attribuisce a tale elemento essenziale dell'atto di autonomia, il valore di fondamento giustificativo della sua rilevanza e della sua tutela, giuridica, nonché di criterio per la relativa interpretazione e qualificazione.

Pur riconoscendo che il dibattito sulla causa degli atti di autonomia negoziale è stato caratterizzato dalla contrapposizione fra l'indirizzo cd. individualistico, incline a respingere qualsiasi "funzionalizzazione" del contratto all'attuazione di finalità trascendenti gli interessi meramente individuali, e quello cd. sociale, diretto ad affermare la necessità di riconoscere e tutelare l'autonomia negoziale soltanto se idonea alla realizzazione dei valori fondamentali che caratterizzano il sistema, va rilevato che l'individuazione del ruolo del negozio nel vigente ordinamento deve essere svolta attraverso un'analisi del dato normativo libera da condizionamenti ideologici e da suggestioni dogmatiche.

Come si è tentato di precisare, dalla funzionalizzazione dell'atto di autonomia negoziale all'attuazione dell'interesse pubblico deriva non l'esclusione della "naturale" inclinazione dell'atto alla realizzazione di interessi individuali, né la sottomissione del privato ad interessi ad esso estranei, ma soltanto il condizionamento del riconoscimento e della protezione degli atti negoziali all'attuazione del valore della persona umana racchiuso nei principi costituzionali.

Pertanto, sulla base degli artt. 1322, comma 2, e 1325, n. 2, cod. civ., nonché dei principi costituzionali in tema di autonomia, in particolare contenuti negli artt. 2, 3, e 41 cost., è del tutto legittimo assumere il requisito della meritevolezza, letteralmente attribuito agli interessi, a carattere e qualità della causa, con l'evidente corollario che meritevole di tutela va qualificato non l'interesse, ma la causa, di modo che in quest'ultima, e non nel primo, debba essere rinvenuto quel grado di apprezzabilità necessario ai fini del riconoscimento dell'atto di autonomia da parte dell'ordinamento giuridico.

La sottoposizione della causa dell'atto di autonomia negoziale al controllo di liceità e di meritevolezza mostra che l'ordinamento giuridico non si è limitato a predisporre uno strumento di controllo normativo, diretto a non ammettere alla tutela giuridica interessi in contrasto con i valori fondamentali del sistema (cd. controllo di liceità), ma ha, altresì, imposto un controllo diretto ad assicurare l'idoneità all'attuazione dei valori costituzionali (cd. controllo di meritevolezza).

Conseguentemente, pur in presenza di una causa lecita, l'ordinamento può rifiutare la sua protezione al prospettato regolamento qualora esso non consenta, attraverso l'attuazione degli interessi, individuali leciti, il conseguimento delle finalità generali che caratterizzano il sistema.

Con specifico riferimento ai contratti conclusi, nell'ambito del procedimento amministrativo tra i privati e la Pubblica Amministrazione, la direzione alla giuridica messa in evidenza degli interessi privati coinvolti dall'azione amministrativa ed alla prospettazione di un programma di attuazione diretto alla realizzazione del concreto interesse pubblico determinato nell'ambito del procedimento, impone di effettuare sia il controllo di liceità che quello di meritevolezza. L'ammissibilità dei contratti tra i privati e la Pubblica Amministrazione, infatti, è subordinata non soltanto all'assenza di ogni conflitto tra gli interessi perseguiti ed i principi fondamentali dell'ordinamento, ma anche all'attuazione del concreto interesse-pubblico che, sulla base delle considerazioni svolte nel corso della presente indagine, costituisce la relativizzazione dell'esigenza di attuazione dei valori comuni, coinvolti dall'azione amministrativa, nella fattispecie concreta che invoca l'intervento dell'autorità decidente. In altre parole, il ricorso alla ed. attività, amministrativa consensuale si giustifica, dal punto di vista del diritto positivo, esclusivamente per la realizzazione dell'interesse pubblico.

Pertanto, dall'operatività del principio della causalità negoziale deriva che la liceità degli interessi perseguiti attraverso il concorde regolamento non esonera dall'accertare la congruenza della programmazione con il concreto interesse pubblico, determinato nell'ambito del procedimento amministrativo, che ne giustifica la prospettazione, delineando, in difetto, un'ipotesi di non meritevolezza, sanzionata con la nullità del contratto.

In conclusione, il giudizio di meritevolezza appare in grado di assicurare la rispondenza dei negozi sostitutivi e integrativi alla ponderazione operata nel procedimento amministrativo.

3.11 Gli accordi tra i privati e la Pubblica Amministrazione e l'operatività della buona fede.

Con riferimento alla buona fede (e correttezza) va rilevato, che essa condiziona il comportamento dei contraenti nella fase delle trattative, l'attuazione del rapporto obbligatorio,

l'interpretazione e l'esecuzione del contratto.

L'applicazione di tale principio ai negozi sostitutivi e determinativi del contenuto discrezionale del provvedimento impone alla Pubblica Amministrazione, nell'esercizio del potere discrezionale, obblighi di comportamento corretto e leale nella fase della "negoziatura" del potere amministrativo.

In particolare, deve ritenersi contrario alla buona fede il comportamento dell'Amministrazione procedente diretto a rifiutare la conclusione di un negozio di sostituzione ovvero di determinazione del contenuto discrezionale del provvedimento senza alcuna ragione, mediante la rappresentazione di pretestuose motivazioni ovvero per la "improvvisa" considerazione di circostanze già note al momento della presentazione di proposte da parte del privato. In tali ipotesi, non appare incauto configurare una responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione procedente che amplia, in forza del rinvio ai principi del diritto civile, contenuto nell'art. 11, comma 3, 1. n. 241 del 1990, la sua sfera di operatività, fino all'ingresso nel procedimento amministrativo. Si afferma così, anche in confronto del potere discrezionale della Pubblica Amministrazione, la più ampia operatività del principio di buona fede.

In questa direzione, l'Amministrazione procedente, a seguito della presentazione degli atti c.d.d. introduttivi della negoziazione, è obbligata, anche nell'esercizio del potere discrezionale, ad attivarsi per ottenere gli eventuali necessari pareri e/o autorizzazioni da parte di altre amministrazioni; a fornire al privato tutte le informazioni necessarie, anche quelle attinenti al cd. profilo normativo come - circolari, regolamenti che per la loro "proliferazione" non sempre sono accessibili al privato; a mettere in evidenza ogni circostanza rilevante per la conclusione del negozio sostitutivo o integrativo ed idonea a condizionarne la validità, l'efficacia e la giuridica utilità; ad utilizzare, nella formulazione degli atti che precedono la conclusione dell'accordo, un linguaggio suscettibile di essere compreso dalla controparte.

L'affermazione di tali obblighi - la violazione dei quali determina il risarcimento, nella misura del ed. interesse negativo, dei danni eventualmente subiti dal privato - si rafforza ove si consideri la giustificazione costituzionale dell'esistenza della Pubblica Amministrazione e la conseguente considerazione normativa dell'attività amministrativa al servizio dei cittadini, *rectius* delle persone.

La buona fede rileva anche in ordine all'esecuzione dei negozi conclusi dalla Pubblica Amministrazione con il privato al fine di sostituire a determinare il contenuto discrezionale del

provvedimento. Si pensi, all'ipotesi, in precedenza, richiamata, dell'Amministrazione precedente che non adotta il provvedimento, pur necessitato dall'interesse pubblico, soltanto per sottrarsi al rispetto dell'accordo integrativo.

Inoltre, l'applicazione della buona fede determina il sorgere di ulteriori obblighi di prestazione che impongono al soggetto pubblico, che ha concluso un "accordo" con il privato, di porre in essere tutti i comportamenti, che, pur non esplicitamente dedotti nell'accordo, risultino necessari per l'attuazione del programma realizzativo; impone all'Amministrazione precedente di esercitare i poteri discrezionali in modo da salvaguardare l'utilità del privato che ha negoziato con essa, nonché di comunicare tutte le circostanze rilevanti per l'esecuzione del contratto; esige la tolleranza di modificazioni di scarsa importanza della prestazione del privato, la modifica del comportamento dell'autorità decidente ove ciò sia necessario per salvaguardare l'utilità del privato, l'esecuzione di ulteriori prestazioni non espressamente previste e rese necessarie per la concreta attuazione del concordato regolamento.

In questa prospettiva, l'affermazione dell'operatività della buona fede nell'ambito del procedimento amministrativo contribuisce all'edificazione di una Pubblica Amministrazione efficiente e rispettosa dei diritti delle persone. Infatti, in presenza di un soggetto pubblico che si caratterizza per una naturale lentezza e vischiosità, nonché per un'inveterata tendenza alla deresponsabilizzazione nell'esercizio delle funzioni affidategli dall'ordinamento, il ricorso alla buona fede consente di procedere alla trasformazione dell'Amministrazione condizionando, a prescindere dal profilo organizzativo, i concreti "comportamenti" dell'autorità e rendendo, così, effettiva la soddisfazione della esigenze che molto spesso non contenute in "programmi" di riforma della Pubblica Amministrazione che assumono il valore di un mero catalogo di "buone intenzioni", privo di qualsiasi rilevanza concreta per l'assenza di strumenti idonei ad assicurarne il rispetto.

3.12 La necessità dell'esclusiva ed infungibile cooperazione del soggetto pubblico per la soddisfazione degli interessi dei privati ad ottenere, ovvero a conservare un "bene della vita" oggetto del potere discrezionale della Pubblica Amministrazione e l'eventuale abuso da parte del soggetto pubblico.

La formulazione dell'art. 11 L. n. 241/90 evoca immediatamente, tra gli altri, il principio di leale cooperazione - che. Impone allo Stato e, dunque, anche alla Pubblica Amministrazione, di adottare tutte le misure idonee ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal diritto comunitario -, il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, operando così un espresso riconoscimento normativo della loro rilevanza anche nei confronti dell'attività amministrativa consensuale.

Tuttavia, le peculiarità che presenta il soggetto preposto alla cura dell'interesse pubblico, la diffusa incidenza, diretta o indiretta, della sua attività nello svolgimento dell'iniziativa economica privata, la sua idoneità a "condizionare", sia pure al fine dell'esigenza di attuazione dei valori comuni, gli interessi, patrimoniali e non patrimoniali dei privati, inducono ad esaminare, in particolare, la possibilità di ipotizzare all'Amministrazione pubblica del divieto di abuso di posizione dominante, configurato in tutta la sua ampiezza a livello comunitario e recepito dal legislatore nazionale con una disciplina sostanzialmente aderente a quella vigente nell'Unione Europea che proibisce, allo scopo di garantire alle imprese il libero accesso al mercato, come pratiche restrittive della concorrenza le intese limitative della libertà economica, lo sfruttamento abusivo della posizione dominante sul mercato e talune forme di concentrazione tra imprese.

La rilevata necessità dell'esclusiva ed infungibile cooperazione del soggetto pubblico per la soddisfazione dell'interesse del privato ad ottenere ovvero a conservare un bene della vita oggetto del potere discrezionale della Pubblica Amministrazione e la conseguente inesistenza di un'alternativa di attuazione collocano l'Amministrazione procedente in una posizione sicuramente di preminenza che, di là dalla naturale ed imprescindibile "autorità" per la cura degli interessi pubblici, può essere utilizzata - anche e soprattutto attraverso la "negoziabile del potere" - non per l'esclusiva attuazione delle finalità istituzionali, ma anche per il concomitante obiettivo di ottenere dall'amministrato determinati comportamenti non imponibili in via autoritativa,

subordinando l'emanazione di provvedimenti o la conclusione di contratti all'accettazione di "prestazioni supplementari" del tutto estranee all'oggetto del regolamento, ovvero non giustificate rispetto alla concreta "utilità" derivante dalla cooperazione del soggetto pubblico.

3.13 L'asserita utilizzazione dell'attività amministrativa consensuale come strumento per l'attuazione di un assetto di interessi non imponibile in via autoritativa. Le conseguenti "misure di profilassi": a) La forma dei contratti ex art. 11 e l'esigenza normativa degli atti introduttivi della negoziazione; b) L'esclusione dell'ammissibilità della negoziazione su questioni estranee alla determinazione del contenuto discrezionale del provvedimento o esorbitanti dagli effetti del provvedimento da sostituire.

E opinione diffusa che il ricorso ai negozi sostitutivi o integrativi consenta alla Pubblica Amministrazione di prospettare un programma realizzativo degli interessi privati che, in difetto dell'accordo, sarebbe impugnabile, come nel caso di prestazioni non conseguibili mediante il ricorso al modello unilaterale dell'agire amministrativo. A titolo esemplificativo, la Pubblica Amministrazione può rilasciare una concessione demaniale a condizione che il privato provveda a sue spese alla demolizione di un manufatto e al trasporto dei materiali di risulta, ovvero può subordinare una concessione edilizia al trasferimento di un'area da destinare a verde pubblico e alla dotazione delle strutture necessarie, ecc.

Il possibile sviluppo dell'accordo tra i privati e la Pubblica Amministrazione nella direzione indicata appare del tutto fisiologico e raramente si prospetta che, in concreto, questo "contenuto eventuale" dell'accordo possa costituire una sorta di "prezzo della legalità". Non è da escludere, allora, che la Pubblica Amministrazione possa strumentalizzare questa situazione, facendo dipendere l'emanazione di provvedimenti dall'assunzione di obbligazioni o dall'effettuazione di specifiche attribuzioni patrimoniali. In questa non remota eventualità, l'attività amministrativa "per accordi", lungi dal contribuire all'edificazione di una Pubblica Amministrazione trasparente, efficiente, rispettosa dei diritti dei cittadini, determina un ulteriore ingiustificato assoggettamento del privato al potere dell'autorità decidente.

Tale espressione "patologica" della cd. "contrattualizzazione" dell'attività amministrativa può

essere esclusa, in primo luogo, rilevando che la configurabilità degli accordi è subordinata all'esistenza di un procedimento amministrativo già avviato.

L'art. 11, infatti, consente la stipulazione di accordi tra i privati e la Pubblica Amministrazione, determinativi del contenuto discrezionale del provvedimento o in sostituzione di questo, "in accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'art. 10 nel corso di un procedimento amministrativo. La riferita disposizione non individua soltanto il contenuto degli accordi con il privato, ma ne determina anche la forma. La forma dei negozi sostitutivi ed integrativi non si risolve nella forma scritta, ma esige, altresì, che alla conclusione dei negozi sostitutivi ed integrativi si addivenga nel procedimento amministrativo ed in séguito alla proposizione di osservazione e proposte da parte dei soggetti interessati.

L'ordinamento giuridico esclude la sufficienza della forma scritta, ma ne impone, accanto alla necessaria "ambientazione" nel procedimento, la "introduzione" sulla base di osservazioni e proposte allo scopo di assicurare, anche e soprattutto nelle forme consensuali, l'imparzialità e la trasparenza dell'azione amministrativa.

La necessità di "atti introduttivi" della negoziazione si giustifica con l'esigenza di assicurare che gli interessi privati siano resi pubblici e mostrati nella loro reale consistenza sin dall'inizio, in modo da consentire un controllo preventivo, anche attraverso la possibilità di accesso al procedimento riconosciuta dalla L. n. 241 del 1990, della liceità e meritevolezza dell'operazione, con conseguente esclusione dell'ammissibilità di una contrattazione che non si sviluppi attraverso "trattative" all'interno di un procedimento dominato dal principio di trasparenza e pubblicità.

Con riferimento all'ipotizzata imposizione di "prezzi della legalità" da parte della Pubblica Amministrazione, va rilevato che la peculiare prescrizione di forma dei negozi sostitutivi ed integrativi ne condiziona anche l'individuazione del contenuto, perché da essa discende l'esclusione dell'ammissibilità della negoziazione su questioni estranee alla determinazione del contenuto discrezionale del provvedimento o esorbitanti dagli effetti dell'atto che si intende sostituire. La circostanza che alla conclusione dei suddetti atti negoziali si debba addivenire all'interno del procedimento amministrativo, e secondo le "formalità" indicate, impone di intendere le espressioni utilizzate dalla previsione del primo comma dell'art. 11 - "determinazione del contenuto discrezionale del provvedimento" e "sostituzione" del provvedimento - non in termini ampi, comprensivi di qualsiasi ulteriore rapporto che presenti un punto di contatto con il provvedimento, ma

limitatamente ai rapporti che sarebbero regolati, in assenza di negoziazione, con il ricorso al modello unilaterale dell'agire dell'Amministrazione.

Né è possibile giustificare la negoziazione di un "contenuto ulteriore" rilevando la presenza, in tali ipotesi, di atti negoziali che, pur collegati, in senso tecnico, al provvedimento da emanare ovvero da sostituire, presentino un'autonomia strutturale e funzionale rispetto al negozio integrativo, ovvero all'accordo sostitutivo, in considerazione del fatto che l'unità del documento non comporta necessariamente l'unicità del negozio. In questa direzione, l'eventuale ripetizione - nel provvedimento, ovvero nel contratto sostitutivo - delle previsioni di tali autonomi negozi non consentirebbe di escludere che gli obblighi ulteriori a carico del privato siano comunque riconducibili agli ipotizzati distinti, ma collegati negozi.

Pertanto, deve ritenersi inammissibile l'eventuale negoziazione su questioni estranee alla determinazione del contenuto discrezionale del provvedimento o esorbitanti dagli effetti del provvedimento che si intende sostituire, perché la negoziazione del potere deve essere il risultato di un'adeguata ponderazione degli interessi e non il prodotto dell'abuso dell'autorità decidente.

3.14 Gli atti negoziali e la congruità del programma attuativo prospettato rispetto agli interessi messi in evidenza. Le parziali attuazioni del principio di congruità nel codice civile e nelle leggi speciali. La rilevanza costituzionale del principio di congruità e la connessione ai diversi fondamenti degli atti di autonomia negoziale. L'applicazione del principio di congruità ai negozi sostitutivi e integrativi.

La prescrizione della forma e le limitazioni del contenuto degli accordi tra privati e la P.A. possono essere considerate come delle "misure di profilassi", vale a dire come strumenti diretti alla anche al fine di evitare l'imposizione di un "prezzo della legalità".

Alla luce delle considerazioni precedenti, se un modesto "sacrificio" imposto al privato sembra ricadere nel momento "fisiologico" dell'attività amministrativa consensuale, la presenza di ulteriori sacrifici, non richiesti dalla legge e la prospettazione di un regolamento idoneo all'attuazione del concreto interesse pubblico, ma non rispondente ad una corretta funzionalizzazione degli interessi

privati rappresentati nel contratto, configurano un momento “patologico” dell’attività amministrativa “per accordi”. In queste ipotesi, il negozio sostitutivo o integrativo manifesta l’abuso della posizione dell’autorità decidente allo scopo di determinare una situazione di difficoltà e di inferiorità del privato che lo induca ad assumere dei vincoli non corrispondenti a quanto attende dal soggetto pubblico, ovvero presenta, anche a prescindere da eventuali abusi, una regolamentazione non congrua degli interessi privati.

In presenza dell’approfittamento dell’Amministrazione precedente, il richiamo dell’art. 11 L. n. 241 del 1990 ai principi generali del diritto civile in materia di obbligazioni e di contratti evoca immediatamente il rimedio rescissorio. Come è noto, l’art. 1448 cod. civ. prevede la rescindibilità del contratto ove l’eccedenza di oltre la metà della prestazione rispetto alla controprestazione sia determinata dallo stato di bisogno - inteso non come assoluta indigenza, ma come situazione di difficoltà che opera come motivo dell’accettazione della sproporzione tra le prestazioni - di una parte del quale l’altra ha approfittato.

Il fondamento della rescissione è ravvisato ora nel principio di equivalenza o di adeguatezza delle prestazioni, ora è ricondotto ad un vizio del consenso, ora alla sanzione di un comportamento illecito. Si deve, tuttavia, riconoscere che, chi riduce le fattispecie che viciano il contratto nei casi in esame ad uno solo di questi elementi, ignorando gli altri, sostituisce un suo capriccio a scelte del legislatore, assiologicamente validissime.

È evidente, allora, che il fondamento dell’istituto va ravvisato, rispetto a fattispecie nelle quali si verifichi una sproporzione, in quell’elemento presente nei contratti rescindibili ed assente nelle altre. In altri termini, l’art. 1448 cod. civ. consente di rimuovere gli effetti del contratto per l’attuazione del principio che impone la congruità del programma, manifestato dai contraenti, con gli interessi rappresentati nell’atto negoziale. La previsione del rimedio rescissorio costituisce una peculiare e parziale espressione di tale principio, perché ne condiziona l’esigenza di attuazione alla sussistenza dello stato di bisogno di una parte del quale l’altra ha approfittato, configurando la lesione ultra dimidium come elemento rivelatore della mancata predisposizione di un equilibrato programma contrattuale. Si afferma, così, per la generalità del rimedio rescissorio, l’esigenza di congruità là dove è maggiormente messa in pericolo la funzione dell’autonomia negoziale. Si comprende allora, perché, in presenza di una lesione ultra dimidium, ma in assenza degli ulteriori presupposti dell’azione generale di rescissione per lesione, il contratto non è rescindibile: il regolamento prospettato, nonostante la sproporzione, è rispondente agli interessi che le parti

hanno messo in evidenza. Inoltre, si giustifica anche l'espressa esclusione della rescindibilità dei contratti aleatori.

Nel passaggio dalla legislazione ordinaria al piano dei principi costituzionali, la necessità della congruità del programma di attuazione prospettato con gli interessi messi in evidenza nell'atto negoziale acquista maggiore consistenza alla luce della pluralità di fondamenti dell'autonomia negoziale e del suo riconoscimento condizionato dall'idoneità all'attuazione dei valori dell'ordinamento e, dunque, anche dalla programmazione di un equilibrato regolamento attuativo degli interessi messi in evidenza, soprattutto là dove il peculiare profilo funzionale richiede una tutela più intensa.

Inoltre, è la stessa Costituzione che esplicitamente impone una congruità del regolamento sia pure con riguardo al contratto di lavoro. La retribuzione, infatti, non deve essere rispondente esclusivamente alla quantità e qualità del lavoro prestato, ma, per la deduzione di interessi fondamentali del lavoratore che il contratto comunque limita, essa deve essere tale da assicurargli una vita libera e dignitosa. Si comprende, allora, che la congruità del regolamento contrattuale può anche richiedere una "sproporzione economica" tra le prestazioni dei contraenti.

Pertanto, se qualsiasi tentativo di affermare, in termini assoluti, la necessità della rispondenza del regolamento negoziale agli interessi rappresentati è destinato a fallire, non è da escludere, invece, che la valorizzazione dei diversi fondamenti degli atti negoziali conduca ad affermare, con riferimento al profilo funzionale messo in evidenza nella prospettazione del relativo regolamento negoziale, la necessità del rispetto del principio di congruità del programma negoziale con gli interessi in esso rappresentati.

Va comunque, precisato che l'emersione del riferito principio non si traduce nella surrettizia attribuzione di rilevanza al principio di equivalenza o di adeguatezza delle prestazioni, ma nel riconoscimento, per talune categorie negoziali, dell'esigenza della rispondenza del programma agli interessi regolati in ragione della specifica funzione dell'atto, la quale non può essere realizzata se non attraverso un congruo regolamento. Se l'autonomia negoziale "affonda le proprie radici in principi diversi, anche di rilevanza costituzionale, secondo la portata e il contenuto dell'atto", il profilo funzionale dell'atto incide sull'ampiezza del potere dei contraenti di prospettare un programma realizzativo.

L'Amministrazione precedente, dunque, non può trarre alcun vantaggio dalla posizione

istituzionale che riveste, ma deve procedere alla realizzazione dell'interesse pubblico senza imporre ai privati una regolamentazione esorbitante rispetto a quella riconducibile al normale esercizio del potere discrezionale.

Ad una soluzione analoga, infine, conduce, la valutazione del problema, più volte messo in evidenza, relativo al rischio che l'attività amministrativa consensuale consenta forme di collusione con i privati dirette ad inquinare il normale esercizio di pubbliche potestà allo scopo di attribuire ai privati vantaggi esorbitanti non dettati dalla realizzazione dell'interesse pubblico.

In tale ipotesi, prescindendo dall'eventuale violazione di norme penali, deve rinvenirsi il contrasto dei negozi sostitutivi o integrativi con la norma costituzionale che impone l'imparzialità e il buon andamento della Pubblica Amministrazione. Infatti, con un'attività che in termini oggettivi favorisce determinati soggetti, l'Amministrazione non soltanto non opera il migliore impiego delle risorse, ma si sottrae al corretto perseguimento dell'interesse pubblico, realizzando un interesse privato non tutelabile nel caso concreto. Conseguentemente, non potendo revocare in dubbio l'imperatività della disposizione in esame, si deve affermare la nullità degli accordi che attribuiscono al privato vantaggi esorbitanti.

3.15 Il recesso e l'obbligo di indennizzo. I sopravvenuti motivi di pubblico interesse come esigenza di attuazione di valori, racchiusi nei principi costituzionali, preminenti rispetto a quelli attuati mediante i negozi sostitutivi e integrativi. L'obbligo d'indennizzo come regola generale dell'attività amministrativa non connessa al carattere, unilaterale o bilaterale, degli strumenti di esercizio del potere amministrativo.

La previsione di un obbligo d'indennizzo per gli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato - qualora l'Amministrazione receda ex art: 11, comma 4, L. n. 241/90, per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, dal negozio sostitutivo o integrativo - appare incline a scoraggiare il ricorso ai modelli negoziali nell'esercizio del potere in favore dello svolgimento dell'attività amministrativa nelle forme tradizionali.

Il paventato rischio di un scarso ricorso all'attività amministrativa per accordi, sembra essere

confermato dalla mancata diffusione dei modelli convenzionali. Tuttavia, “i sopravvenuti motivi di pubblico interesse” che integrano la “giusta causa” del recesso non sono così frequenti come l’esercizio, ora disinvolto, ora arbitrario dei pubblici poteri può indurre a ritenere.

La disposizione in esame non attribuisce all’Amministrazione precedente il potere di valutare nuovamente la stessa situazione concreta già oggetto di ponderazione nell’ambito del procedimento amministrativo nel quale è stato concluso il negozio sostitutivo o integrativo, concedendo al soggetto pubblico una sorta di *ius poenitendi* qualora non ritenga più opportuna l’operata concretizzazione dell’interesse pubblico, ovvero rinvenga un’ulteriore possibilità di maggiore attuazione di quella medesima finalità pubblica. L’esigenza di attuazione dei valori comuni, relativizzati nell’esercizio del potere discrezionale mediante la prospettazione di una disciplina degli interessi privati concordata con i titolari, esige non soltanto il rispetto delle posizioni degli amministrati, ma anche, ai fini dell’efficienza dell’azione amministrativa, una stabilità che esclude la legittimità di continue ponderazioni della stessa fattispecie concreta che ha richiesto l’intervento del soggetto pubblico. Il recesso, dunque, è necessitato esclusivamente da mutamenti sopravvenuti che affermano l’esigenza di attuare valori preminenti rispetto a quelli attuati mediante gli accordi.

Tale conclusione non determina la preferenza per l’esercizio unilaterale del potere. Anche in caso di ricorso al provvedimento, infatti, si esclude l’attribuzione al soggetto pubblico di uno *ius poenitendi*, ovvero si limita tale facoltà all’ipotesi che il provvedimento non abbia ancora iniziato ad esplicare i suoi effetti, affermando, qualora il provvedimento abbia già prodotto la sua efficacia, l’esclusiva rilevanza di mutamenti della situazione di fatto, fermo restando l’esclusione della rimozione degli effetti riconducibili ai provvedimenti c.dd. ad effetti istantanei, interamente eseguiti, agli atti vincolati ed ai provvedimenti che hanno consumato il potere. Inoltre, il recente riconoscimento della risarcibilità degli interessi legittimi rimuove la preferenza per il provvedimento, qualora sia dettata dalla convinzione che la mera affermazione di motivi di pubblico interesse possa giustificare i ripensamenti del soggetto pubblico.

Comunque, il maggior ostacolo all’utilizzazione del paradigma negoziale resta pur sempre l’obbligo di indennizzo che potrebbe ritenersi, invece, escluso in caso di esercizio unilaterale del potere amministrativo. Al riguardo, non sembra incauto reputare che la previsione in esame non sia esclusivamente connessa ai modelli negoziali di esercizio del potere discrezionale, ma che possa costituire la regola dell’esercizio del potere amministrativo, a prescindere dal carattere, unilaterale

o bilaterale, degli strumenti utilizzati in concreto.

L'affermazione dell'operatività generale dell'obbligo di indennizzo discende, in primo luogo, dalla circostanza che, ai sensi dell'art. 29 L. n. 241/90, le previsioni normative contenute anche nell'art. 11 costituiscono parziali attuazioni di principi generali dell'ordinamento. Pertanto, a meno di operare un'interpretazione abrogante di tale disposizione, non appare legittimo condizionare il pagamento dell'indennizzo ai casi di attività amministrativa consensuale.

L'eventuale limitazione dell'obbligo d'indennizzo all'esercizio del potere in forma consensuale determina una violazione dei principi costituzionali di eguaglianza e di imparzialità. Infatti, non si comprende la ragione in forza della quale debba essere tutelato l'interesse del privato che ha concluso un negozio sostitutivo, e, al contrario, debba essere, lesa l'interesse di un altro privato, al quale l'Amministrazione procedente ha rifiutato l'accordo sostitutivo, preferendo adottare il provvedimento. Allora, o si afferma l'obbligo dell'Amministrazione procedente di concludere nei casi previsti dalla legge, il contratto sostitutivo, ovvero, più correttamente, si estende la previsione dell'indennizzo anche in caso di rimozione degli effetti del provvedimento che poteva essere sostituito dal contratto.

Con specifico riferimento agli accordi integrativi, l'eventuale recesso giustificato, prima dell'emanazione del provvedimento, esclude, in concreto, qualsiasi indennizzo, perché il privato non ha alcun diritto all'emanazione del provvedimento. Se l'Amministrazione procedente recede legittimamente dall'accordo dopo l'emanazione del provvedimento, al contrario deve indennizzare per i pregiudizi derivanti anche dalla successiva adozione di un provvedimento modificativo. Inoltre, è evidente che la mancata conclusione di un negozio determinativo del contenuto discrezionale del provvedimento non pone, fino all'emanazione del provvedimento, alcun problema d'indennizzo. Tuttavia, tale obbligo sorge qualora la Pubblica Amministrazione abbia adottato un qualsiasi provvedimento, senza concordarne il contenuto con il privato, e successivamente, per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, intenda rimuoverne gli effetti per consentire l'attuazione di valori preminenti. In altri termini, non sembra possibile giustificare, in forza del ed. pubblico interesse, la rimozione di una regolamentazione unilateralmente prospettata dal soggetto pubblico, anche in danno dei privati che hanno confidato su quella regolamentazione, perché la solidarietà sociale e la giusta ripartizione degli oneri pubblici, ex artt. 2 e 53 cost., impongono alla Pubblica Amministrazione di realizzare il pubblico interesse, ma non consentono di scaricare sul singolo privato il relativo costo.

3.16 L'interpretazione dei negozi sostitutivi e determinativi del contenuto discrezionale del provvedimento. Il rifiuto della separazione dell'interpretazione degli atti negoziali da quella della legge. La conferma dell'operatività dei criteri ermeneutici dettati in sede contrattuale per l'interpretazione degli atti amministrativi.

Il rinvio contenuto nell'art. 11 1. n. 241 del 1990 sottopone ai principi del diritto civile anche l'interpretazione dei negozi sostitutivi e determinativi del contenuto discrezionale del provvedimento, evocando immediatamente l'operatività dei criteri ermeneutici contenuti negli artt. 1362 ss. cod. civ. Tuttavia, nell'ambito di una teoria unitaria dell'interpretazione del fatto e della norma, non è possibile operare una rigida separazione delle regole dettate per i contratti rispetto a quelle previste per la legge, perché i criteri ermeneutici relativi alla legge incidono sull'individuazione del programma di realizzazione degli interessi prospettato dai contraenti.

Si deve riconoscere, infatti, che l'interpretazione della norma e l'interpretazione del fatto non costituiscono due momenti logicamente e cronologicamente distinti, ma si manifestano come due fasi di un procedimento conoscitivo unitario. L'oggetto dell'interpretazione "non è la volontà psichica, né il regolamento socialmente rilevante, ma il contratto come realtà sociale e giuridica ad un tempo".

La "comprensione" delle regole convenzionali di integrazione della disciplina legale del procedimento di formazione del provvedimento non può prescindere dall'interpretazione della legge che regola l'emanazione del provvedimento medesimo. La peculiare destinazione dell'atto alla prospettazione delle suddette regole integrative esclude la separazione dell'interpretazione dell'atto negoziale dall'interpretazione della disciplina legale che si intende integrare.

Allo stesso modo, l'interpretazione del negozio sostitutivo costituisce il risultato di un procedimento ermeneutico che ha per oggetto anche le disposizioni legali che regolamentano l'adozione del provvedimento da sostituire e, in particolare, delle eventuali disposizioni dirette ad integrare il regolamento racchiuso nel provvedimento che, in virtù della funzione svolta, non possono non concorrere alla costruzione del regolamento del contratto sostitutivo.

3.17 La sottoposizione alla giurisdizione esclusiva e le controversie relative all'indennizzo ed al risarcimento dei danni. Il superamento del riparto della giurisdizione fondato sulla natura delle situazioni giuridiche soggettive in favore di un criterio fondato sulla materia. L'avvicinamento della giurisdizione ordinaria e amministrativa e la conferma dell'emersione della tendenza alla sottoposizione delle Pubbliche Amministrazioni ai medesimi principi, sostanziali e processuali, che regolano l'agire dei privati.

Il diritto all'indennizzo, in caso di recesso ex art. 11, il risarcimento dei danni, nella misura dell'interesse negativo, per la violazione dell'accordo determinativo del contenuto discrezionale del provvedimento, e le pretese risarcitorie derivanti dall'inadempimento dei contratti sostitutivi pongono un difficile problema in ordine alla giurisdizione, perché l'art. 11, comma 5, L. n. 241/90, attribuisce le controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Le questioni indicate, infatti, potrebbero essere considerate delle "questioni patrimoniali consequenziali"- e, in quanto tali, sottratte alla giurisdizione del giudice amministrativo, perché le questioni patrimoniali attinenti ai c.dd. diritti patrimoniali consequenziali alla pronuncia di illegittimità dell'atto o del provvedimento impugnato, anche in presenza di una giurisdizione esclusiva, restano oggetto della giurisdizione del giudice ordinario.

Nel contempo, si potrebbe sostenere che le domande dirette al risarcimento dei danni e all'indennizzo non esorbitano dall'applicazione delle disposizioni che regolano il rapporto stesso, né costituiscono pretese patrimoniali ulteriori rispetto a quelle inerenti al rapporto. In questa prospettiva, si afferma, allora, la proponibilità delle questioni in oggetto dinanzi al giudice amministrativo, anche in considerazione del fatto che l'attribuzione della giurisdizione esclusiva non può comportare una limitazione della tutela. Tale soluzione appare certamente più corretta, anche e soprattutto ove si rilevi che l'art. 11, comma 5, L. n. 241 del 1990, non si limita a stabilire la giurisdizione esclusiva, ma specifica la devoluzione al giudice amministrativo di ogni controversia in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi. La formulazione della disposizione è tale da ricomprendere necessariamente le questioni in esame che attengono all'esecuzione degli accordi medesimi e si manifesta diretta alla soddisfazione dell'esigenza di eliminare qualsiasi

problema attinente alla giurisdizione, esigenza che non può non essere considerata nello stabilire nuove norme in rapporto tra Pubblica Amministrazione e cittadini rispettoso della legalità costituzionale.

Invero, non può negarsi che la disciplina prevista dal d.lgs. n. 80 del 1999 favorisce l'estensione delle ipotesi di giurisdizione esclusiva, per la cui individuazione rileva la materia e non già la qualificazione della posizione giuridica soggettiva in termini di interesse legittimo o di diritto soggettivo, e determina una sensibile attenuazione della generale rilevanza della distinzione tra le due figure.

La tendenza alla sottoposizione delle Pubbliche Amministrazioni ai principi che regolano l'agire dei privati si manifesta anche a livello della tutela processuale e segna un momento importante del cammino verso l'unità della giurisdizione.