

# Accordi sostitutivi, autoritatività ed esercizio di potere

di Daniele Marrama\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 1.2. Fondamento degli accordi sostitutivi. – 1.3. Ambito di applicazione degli accordi sostitutivi. – 2. Accordi sostitutivi ed esercizio di potere. – 2.2. Strumento privatistico esterno alla funzione amministrativa. – 2.3. Strumento privatistico interno alla funzione amministrativa. – 2.4. Nuovo strumento dell'attività amministrativa in forma pubblicistica e autoritatività

## 1. *Introduzione*

Venticinque anni orsono, la Studiosa a cui è dedicato il presente scritto pubblicò sulla rivista *Diritto Amministrativo* un articolo intitolato: *Legge sul procedimento amministrativo, accordi e contratti di diritto pubblico*<sup>1</sup>.

Un lavoro di estremo rigore scientifico e metodologico nel quale l'Autrice – con grande onestà intellettuale – manifestò apertamente e da subito il suo convincimento sulla necessità di ascrivere gli accordi sostitutivi di provvedimento di cui all'art. 11 della legge 241 del 1990<sup>2</sup> alla (da sempre) controversa categoria dei contratti di diritto pubblico<sup>3</sup>.

---

\* Il presente lavoro è destinato anche alla pubblicazione negli Scritti in onore di Maria Immordino.

<sup>1</sup> M. IMMORDINO, *Legge sul procedimento, accordi e contratti di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 1997, 103 e ss. Il presente contributo – in una versione più ampia ed articolata – verrà pubblicato anche negli Scritti in onore di Maria Immordino.

<sup>2</sup> L'articolo della Immordino aveva ad oggetto sia gli accordi integrativi che gli accordi sostitutivi. Ciò non di meno, in questa sede il lavoro verrà svolto quasi esclusivamente con riferimento agli accordi sostitutivi in quanto questi ultimi presentano un maggior grado di complessità e, da sempre, offrono maggiori spunti di riflessione.

<sup>3</sup> Sul c.d. contratto di diritto pubblico il dibattito dottrinale è sempre proceduto ad intermittenza ma è molto risalente nel tempo: il primo Autore ad aver introdotto la tematica nel nostro ordinamento è stato U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1900, IV, c. 369 e ss.; successivamente: G. MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931; M. GALLO, *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, 1936; Id., voce *Contratto di diritto pubblico*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. IV, 1964, 644 e ss. In termini negazionisti, E. GUICCIARDI, *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Arch. Di dir. Pubbl.*, 1936, 222 e ss. Successivamente: BODDA, *Ente pubblico, soggetto privato e atto contrattuale*, Pavia 1937; A. DE VALLES, *Concessioni di pubblici servizi*, in *Nuovo Dig. It.*, Torino, 1938, 580 e ss. Dopo l'entrata in vigore della Costituzione: VIRGA, voce *Contratto (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. IX, 1961, 979 e ss.; F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965; F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, 1965; M.S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, III, 2, *L'attività amministrativa*, Milano, 1967; F. PUGLIESE, *Il procedimento amministrativo tra autorità e contrattazione*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1971, 1469 e ss.; A. BARDUSCO, *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano

L'ipotesi venne sviluppata sulla scorta di una ragionata ricostruzione storica delle altalenanti fortune di cui hanno goduto e godono gli strumenti privatistici nell'impiego per esigenze di carattere pubblicistico.

Fortune che – contrariamente a quanto si potrebbe ritenere sulla base di un approccio superficiale – non dipesero mai (come non dipendono) dal ruolo più o meno sovraordinato che rivestì (e riveste) l'Amministrazione nella relazione con il privato contraente quanto dal modo in cui la funzionalizzazione alla cura dell'interesse pubblico condizionò (e condiziona) la relazione bilaterale<sup>4</sup>.

A valle di tale ragionata ricostruzione, l'Autrice concentrò la sua attenzione su di un puntuale e fruttuoso parallelismo tra la proposta relativa agli accordi tra privati ed Amministrazioni contenuta nello schema elaborato dalla Commissione Nigro<sup>5</sup> ed il testo dell'art. 11 nella sua versione originaria dell'agosto del 1990<sup>6</sup>.

---

1974; M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981. In un contesto più recente: R. FERRARA, *Gli accordi tra privati e pubblica amministrazione*, Padova, 1985; G. GRECO, *I contratti dell'Amministrazione tra diritto pubblico e privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986; ID., *Accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003; G. FALCON, *Convenzioni e accordi amministrativi: 1) profili generali*, in *Enc. Giur. Treccani*, IX, Roma, 1988; ID., *Le convenzioni pubblicistiche – Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984; A. MASUCCI, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali. Il contratto di diritto pubblico*, Napoli, 1988; ID., *Il contratto di diritto pubblico: fra amministrazione e privato nell'esperienza tedesca: contributo allo studio della contrattualità nel diritto amministrativo*, Napoli, 1988; L. V. MOSCARINI, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Roma, 1988; F. PELLIZER, *Le concessioni di opera pubblica, caratteri e principi di regime giuridico*, Padova, 1990; E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico (tra amministrazione e privati)*, Milano, 1996; ID., (voce) *Accordi pubblici*, in *Enc. Dir.*, (V aggiornamento), Milano, 2001; E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Padova, 1992; L. PORTALURI, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali*, Milano, 1998; F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, Padova, 1998; G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001; G. MAVIGLIA, *Accordi con l'Amministrazione pubblica e disciplina del contratto*, Milano, 2002; F. CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie contrattuali*, Milano, 2004.

<sup>4</sup> F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 2002, 431 e ss.: *Non è esatto, a mio avviso, ritenere che nel primo secolo di esperienza amministrativa (il secolo XIX) gli atti dell'amministrazione fossero soltanto autoritativi, in dipendenza del carattere sovrano che si riconosceva all'amministrazione medesima. È stato anzi recentemente posto in rilievo che in quell'epoca (ma probabilmente anche in epoche successive) i rapporti contrattuali della pubblica amministrazione posseggono una loro oggettiva centralità; rappresentano una delle tipologie più importanti utilizzate dall'amministrazione (Sordi).*

<sup>5</sup> Rinvenibile in M. NIGRO, *Appunto introduttivo per la seduta iniziale della Commissione*, in *Riv. trim. scienza amm.*, 1984, n. 4, 79 e ss.

<sup>6</sup> Sul tema specifico degli accordi ex art. 11 della 241 del 1990 – oltre ad alcuni tra i contributi richiamati nella nota n. 2 – senza pretese di esaustività, è necessario ricordare: F. TRIMARCHI BANFI, *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in *Pol. dir.*, 1993, 238 e ss.; F. CASTIELLO, *Gli accordi integrativi e sostitutivi di provvedimenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 124 e ss.; G. SALA, *Accordi sul contenuto discrezionale del provvedimento e tutela delle situazioni soggettive*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 1 e ss.; FF. TUCCARI, *Recesso ed inadempimento negli accordi amministrativi*, Bari, 1993; F. LEDDA, *Appunti per uno studio sugli accordi preparatori dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1996, 391 e ss.; M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996; G.D. COMPORIT, *Il coordinamento infrastrutturale*, Padova, 1996; N. AICARDI, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e criteri*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1997, 1 e ss.; S. GIACCHETTI, *La legge sul procedimento tre anni dopo*, in *Riv. amm.*, 1994, 697-698;

Fu in quest'ambito che la Studiosa manifestò un convinto rammarico tanto per la scomparsa del principio di contrattualità dalla versione definitiva dell'art. 11 quanto per l'introduzione del limite dei casi espressamente previsti dalla legge per la stipulazione di accordi sostitutivi di provvedimento.<sup>7</sup>

Entrambi i rilievi apparvero del tutto coerenti con la visione di chi riteneva che gli accordi tra privato ed Amministrazione sostitutivi di provvedimento dovessero essere ricondotti nella categoria dei contratti di diritto pubblico. Lo era il primo perché, evidentemente, l'introduzione del principio di contrattualità all'interno dell'art. 11 della 241 avrebbe indubbiamente rappresentato un argomento "pesante" a favore della natura contrattuale dei predetti accordi; lo era il secondo in quanto: "se questo (il contratto ndr.) fosse stato accettato come *facultas* alternativa al provvedimento, avrebbe certamente vulnerato, e in modo molto profondo, quell'unilateralità del provvedimento medesimo che rappresenta sicuramente il carattere di cui l'amministrazione è più gelosa".<sup>8</sup>

---

ID., *Gli accordi dell'art. 11 della legge n.241 del 1990 tra realtà virtuale e realtà reale*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 513 ss; F. TRIMARCHI BANFI, *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 35 e ss.; N. PAOLANTONIO, *Autoregolamentazione consensuale e garanzie giurisdizionali*, in *Cons. Stato*, 2000, II, 793 e ss.; A. CONTIERI, *La programmazione negoziata*, Napoli, 2000; F. CANGELLI, *Riflessioni sul potere discrezionale della A. negli accordi con i privati*, in *Dir. amm.*, 2000, 289 e ss.; V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 217 e ss.; G. GRECO, *Contratti e accordi della Pubblica Amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, in *Riv. it. dir. pub. comp.*, 2005, 1113 e ss.; G. SCIULLO, *Profili degli accordi tra amministrazioni pubbliche e privati*, in *Dir. amm.*, 2007, 805 e ss.; G. MANFREDI, *La nuova disciplina degli accordi tra amministrazione e privati e le privatizzazioni dell'azione amministrativa*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, 324 e ss.; F.G. SCOCA, *Accordi e semplificazione*, in *Nuove aut.*, 2008, 558 e ss.; M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 270 e ss.; A. MALTONI, *Considerazioni in tema di attività procedurali a regime privatistico delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2011, 97 e ss.; G. POLI, *Il problema della sinallagmaticità nell'accordo amministrativo. Brevi note sull'eccezione di inadempimento*, in *Dir. amm.*, 2014, 725 e ss.; L. PORTALURI, *Sugli accordi di diritto amministrativo*, in *Riv. giur. ed.*, 2015, 147 e ss.; M. C. ROMANO, *Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in AA.VV. (a cura di) A. Romano, Torino, 2016, 398 e ss.; F. TIGANO, *Gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in AA.VV. *Codice dell'azione amministrativa*, (a cura di) M.A. SANDULLI, Milano, 2017, 654 e ss.; M. RAMAJOLI, *Gli accordi tra amministrazioni e privati ovvero della costruzione di una disciplina tipizzata*, in *Dir. amm.*, 2019, 674 e ss.; A. CRISMANI, *Spunti e riflessioni sul modello consensuale nella gestione dei beni pubblici ambientali*, in *Riv. giur. ed.*, fasc. 2, aprile 2021, 47 e ss.

<sup>7</sup> Come è noto, il principio di contrattualità era presente nello schema elaborato dalla commissione Nigro. La limitazione per gli accordi sostitutivi ai soli casi espressamente previsti da una legge fu, invece, introdotta nel testo di legge in accoglimento dei suggerimenti contenuti nel parere dell'Adunanza Generale del Consiglio di Stato n. 7 del 19 febbraio 1987 rinvenibile in *Foro it.*, 1988, III, c. 22 e ss. Molto critico sul parere da ultimo citato M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo tra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 5 e ss.

<sup>8</sup> M. IMMORDINO, *Legge sul procedimento, accordi e contratti di diritto pubblico*, cit., 133. Sono passati ormai più di quindici anni da quando – nel 2005 – il legislatore della legge n. 15 ha eliminato la limitazione degli accordi sostitutivi ai casi espressamente previsti dalla legge, ciò non di meno, sembra che il predetto cambiamento abbia scalfito solo in minima parte l'egemonia dell'unilateralità degli strumenti di conclusione di un procedimento amministrativo. Per la precisione la generalizzazione dell'accordo

Di estremo interesse risultò anche l'intuizione secondo la quale il fulcro centrale dell'intera vicenda degli accordi dovrebbe essere individuato in un particolare legame che unisce l'interesse pubblico all'oggetto del regolamento convenzionale; il legame in questione, infatti, da un lato, determinerebbe l'applicazione di un regime normativo differente rispetto a quello dei contratti tra privati e "di favore" per l'Amministrazione e, dall'altro, produrrebbe conseguenze in tema di stabilità del rapporto consensuale<sup>9</sup>.

A ben vedere, però, l'elemento che maggiormente colpirebbe chi leggesse solo oggi, per la prima volta, il predetto articolo è la sua innegabile attualità; al di là, infatti, di differenze legate a contingenze del momento e ad un quadro normativo in parte superato, al di là dello scarso successo "quantitativo" ottenuto in concreto dagli accordi sostitutivi<sup>10</sup>, i principali argomenti trattati sono esattamente i medesimi rispetto a quelli oggigiorno dibattuti.

Oggi come allora, infatti, ci si continua ad interrogare, in primo luogo, sulla negoziabilità della funzione amministrativa<sup>11</sup> e, immediatamente dopo, sulla esistenza dei contratti di diritto pubblico<sup>12</sup>, sulla effettiva natura giuridica di tali atti,<sup>13</sup>

---

sostitutivo non ha intaccato l'unilateralità del provvedimento ma avrebbe potuto (circostanza che – come detto – non si è sinora verificata) mettere seriamente in discussione l'unilateralità come condizione assolutamente preponderante degli atti di definizione di un procedimento amministrativo.

<sup>9</sup> Il particolare rapporto che si instaurerebbe tra l'interesse pubblico e ciò che forma oggetto dell'accordo è chiamato in causa con riferimento: al modulo consensuale nel suo complesso (p. 108), al suo regime disciplinare (p. 110), alla stabilità del rapporto giuridico che su di esso si fonda (p. 114), al potere dell'Amministrazione di produrre in via unilaterale la chiusura di un rapporto giuridico per motivi di interesse pubblico (p. 122), alla vincolatività degli accordi nei confronti dell'Amministrazione (p. 145).

<sup>10</sup> Sulle ragioni dello scarso utilizzo da parte del legislatore e dell'amministrazione degli accordi di cui all'art. 11 molto interessanti le considerazioni di L. PORTALURI, *Sugli accordi di diritto amministrativo*, op. cit. Prima di lui F. LEDDA, *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, cit., 1288 e ss.

<sup>11</sup> Sul punto F. TIGANO, *Gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, cit., 656: "L'utilizzo, da parte delle amministrazioni pubbliche, di moduli decisionali consensuali anziché di quelli tradizionali di tipo unilaterale, ha costituito e continua oggi a costituire per molti versi, soprattutto per i problematici aspetti teorici che vi sono connessi, un tema rispetto al quale le soluzioni sono state, nel tempo, differenti, talora persino contraddittorie". C'è una parte della dottrina che sin dai primi anni successivi alla promulgazione della legge 241 ha sostenuto che la negoziabilità dell'esercizio del potere risulterebbe essere un dato pressoché acquisito F. TRIMARCHI BANFI, *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, cit., 238.

<sup>12</sup> Nel 2020, con la sentenza n. 5, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha "sdoganato" il concetto di contratto di diritto pubblico proprio con riferimento agli accordi sostitutivi di provvedimento ma, al tempo stesso, ha affermato che gli accordi sostitutivi non costituiscono strumenti di matrice civilistica.

<sup>13</sup> In una recente pronuncia, le Sezioni Unite della Cassazione hanno attribuito una natura anfibia agli accordi sostitutivi, sent. n. 12428 del 2021: "La natura anfibia dell'accordo sostitutivo di provvedimento fa sì che la subordinazione del recesso unilaterale dell'Amministrazione alla sopravvenienza di motivi di interesse pubblico derivi non solo dalla vincolatività dell'accordo ai sensi dell'art. 1372 c.c. (in base al quale il contratto può essere sciolto "per cause ammesse dalla legge"), ma anche dalla consumazione del potere amministrativo mediante la stipulazione dell'accordo, il quale, come si evince dalla denominazione del capo della legge in cui s'inserisce l'art. 11,

sulle loro caratteristiche strutturali e funzionali, oltreché sulla loro vincolatività.

E tutto questo avviene in presenza di un quadro normativo che – come anticipato – ha subito modificazioni di non poco momento: gli accordi sostitutivi sono stati generalizzati, è stato inserito l'obbligo di far precedere ogni accordo sostitutivo da una determinazione da parte dell'organo che sarebbe stato competente ad emanare l'atto sostituito, è stato introdotto l'obbligo di motivazione.

Orbene, nelle seguenti poche pagine non si tenterà di dire la propria sul contratto di diritto pubblico. Il mezzo, evidentemente, non è adeguato al fine. Intento del presente contributo è, invece, quello di tentare di far emergere un aspetto di grande rilievo che – anche se in maniera meno evidente rispetto ai punti già segnalati – sembra assolutamente immanente nello scritto al quale si è più volte fatto riferimento.

Ciò non di meno, pur in assenza di un precipuo approfondimento sul c.d. contratto di diritto pubblico, il raggiungimento dell'obiettivo minimo appena indicato passa necessariamente attraverso una (sia pur) ridottissima esplicitazione di quelle che – a parere di chi scrive – sono le principali caratteristiche connotative degli accordi sostitutivi di provvedimento ex art. 11 della legge 241 del 1990.

### 1.2. *Fondamento degli accordi sostitutivi*

L'impegno deve obbligatoriamente prendere le mosse dall'individuazione del presupposto che legittima la pubblica Amministrazione alla sottoscrizione di un accordo sostitutivo di provvedimento. Snodo preliminare e fondamentale in quanto la sua identificazione orienta e condiziona in maniera decisiva e pressoché definitiva lo sviluppo di qualsivoglia approfondimento specifico relativo all'argomento.

Sul tema – come è a tutti noto – la dottrina amministrativistica discute da molti anni; gli estremi del relativo confronto si sono polarizzati intorno a due punti di vista diametralmente opposti tra loro. A fronte, infatti, di una nutrita maggioranza concorde nell'identificare in un potere previamente attribuito la fonte di legittimazione di tale attività<sup>14</sup> è, altresì, presente una parte minoritaria

---

realizza una forma di partecipazione del privato al procedimento amministrativo, per cui il potere può riemergere solo sub specie di potestà di autotutela”.

<sup>14</sup> Nella richiamata maggioranza, si vedano: G. FALCON, *Convenzioni e accordi amministrativi: 1) profili generali*, cit.; ID., *Le convenzioni pubblicistiche – Ammissibilità e caratteri*, cit.; E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, cit.; F. G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995; M. IMMORDINO, *Legge sul procedimento, accordi e contratti di diritto pubblico*, cit.; G. GRECO, *I contratti dell'Amministrazione tra diritto pubblico e privato. I contratti ad evidenza pubblica*, cit.; ID., *“I accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto*, cit.; M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, cit.; E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico (tra amministrazione e privati*, op. cit.; ID., voce *Accordi pubblici*, cit.; F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, Padova, 1998; F. CANGELLI, *Riflessioni sul potere discrezionale della A. negli accordi con i privati*, op. cit. M. C. ROMANO, *Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, cit.

ma autorevole della dottrina che, di contro, individua tale fonte di legittimazione nell'autonomia privata che dovrebbe essere riconosciuta ad ogni pubblica Amministrazione<sup>15</sup>.

Come era ampiamente prevedibile – in ragione della centralità del tema – ognuno dei due richiamati orientamenti ermeneutici ha lasciato traccia di sé in giurisprudenza<sup>16</sup>.

Orbene, l'adesione di chi scrive alla soluzione pubblicistica si fonda su di una serie di elementi. Da un lato, il terreno ineluttabilmente procedimentale nel quale può maturare la scelta del privato e dell'Amministrazione precedente induce sensibilmente a considerare l'accordo sostitutivo alla stregua di una delle (oramai varie e differenti) modalità per mezzo delle quali è possibile esercitare un

---

<sup>15</sup> Sulla base di ricostruzioni anche molto differenti tra loro: F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, cit.; ID., *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in *Foro amm.*, 1997, 1288 e ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997; G.D. COMPORTI, *Il coordinamento infrastrutturale*, op. cit.; G. MAVIGLIA, *Accordi con l'Amministrazione pubblica e disciplina del contratto*, cit., F. CASTIELLO, *Gli accordi integrativi e sostitutivi di provvedimenti amministrativi*, cit., 124 e ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, op. cit.; Ead. *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in *Pol. dir.*, 1993, 238 e ss.; S. GIACCHETTI, *Gli accordi dell'art.11 della legge n.241 del 1990 tra realtà virtuale e realtà reale*, cit.; G. CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999; G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, cit.; N. PAOLANTONIO, *Autoregolamentazione consensuale e garanzie giurisdizionali*, cit.; B. CAVALLO, *Procedimento amministrativo e attività pattizia*, in AA.VV., *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, Torino, 2000, 119 e ss.

<sup>16</sup> Propendono per il previo conferimento di potere: C.d.S., Sez. II, sent. n. 705 del 28.01.2020 “Un accordo stipulato ex art. 11 l. n. 241/1990 in luogo del decreto di esproprio sostituisce tout court l'adozione del provvedimento ablatorio, pertanto, la cognizione delle controversie che eventualmente ne derivino rientra nella giurisdizione del g. a., ricorrendo sia l'ipotesi di cui al n. 2, lett. a), comma 1, dell'art. 133 c.p.a., che quella di cui alla lett. g), comma 1 del medesimo articolo; la pubblica Amministrazione, avvalendosi della facoltà di adottare strumenti intrinsecamente privatistici, esercita comunque un pubblico potere” e T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, sent. n. 2359 del 2020: “l'art. 11, l. 7 agosto 1990, n. 241 non rende “de plano” applicabili agli accordi della pubblica amministrazione le disposizioni del codice civile in tema di obbligazioni e contratti, bensì i soli “principi” dalle stesse ricavabili, stante le non immediata adattabilità, sia ad accordi non aventi natura contrattuale, sia a convenzioni/contratto, delle norme valevoli per le espressioni di autonomia privata”. Orientata, di contro, a far leva sull'autonomia negoziale che sarebbe propria di ogni pubblica Amministrazione, T.A.R. Lombardia, Sez. II, sent. n. 36 del 2019: “Alle convenzioni urbanistiche stipulate tra il Comune e le imprese di costruzione si applicano i principi civilistici in materia di contratti, quali accordi tra privati e amministrazione ai sensi dell'art. 11 l. n. 241 del 1990. La natura di tali accordi, e il ruolo che in essi gioca l'autonomia negoziale, sono stati chiariti dalla giurisprudenza, secondo la quale all'interno delle convenzioni di urbanizzazione risulta prevalente il profilo della libera negoziazione. In sostanza, sebbene sia innegabile che tali convenzioni, a causa dei profili di stampo giuspubblicistico che si accompagnano allo strumento dichiaratamente contrattuale, rappresentano un istituto di complessa ricostruzione, non può negarsi che nelle stesse si assista all'incontro di volontà delle parti contraenti nell'esercizio dell'autonomia negoziale retta dal codice civile, con tutto ciò che ne discende in termini interpretazione delle relative clausole contrattuali”. Più risalente ma particolarmente importante, C.d.S., Sez. VI, sent. n. 2636 del 2002.

potere<sup>17</sup> maggiore e finalistico,<sup>18</sup> dall'altro, si registrano significative dubbiosità sul punto cardine della concezione privatistica (l'autonomia privata che sarebbe da riconoscere in capo ad ogni pubblica Amministrazione), sulle capacità euristiche dell'elemento di diritto positivo su cui fa principalmente leva l'autorevole dottrina minoritaria (il secondo comma dell'art. 11 a tenore del quale ai predetti accordi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili) e, da ultimo, sulla possibilità di funzionalizzare alla cura di un interesse pubblico anche l'attività privatistica delle pubbliche Amministrazioni.

Al contesto prettamente procedimentale nel quale trovano origine gli accordi sostitutivi di provvedimento sarà specificamente dedicato il secondo paragrafo.

Con riferimento, invece, alla prima delle tre perplessità appena riportate è allo stato possibile rilevare come – riguardo all'opzione pubblicistica – a fronte di una parte significativa della dottrina che, sulla base di un approccio dubitativo in relazione al rilievo che l'autonomia privata delle pubbliche Amministrazioni possa svolgere nell'attività pubblicistica, esclude che gli accordi di cui si discute possano trovare origine e legittimazione nella predetta autonomia<sup>19</sup>, vi è una parte del tutto minoritaria della dottrina che – dopo aver evidenziato le non trascurabili differenze che sussistono tra il riconoscimento della piena capacità di diritto privato ed il disporre di autonomia privata – sostiene che le pubbliche Amministrazioni godrebbero sì di piena capacità generale di diritto privato ma sarebbero (sempre e comunque) prive dell'autonomia privata<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Sul punto G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, cit., 87: “la previsione che sia gli accordi sul contenuto discrezionale del provvedimento sia gli accordi sostitutivi sortiscano e si concludano nel corso di un procedimento amministrativo – che è la sede della realizzazione concreta, o, se si vuole, della traduzione in atto del potere – lascia pensare che la posizione (pubblicistica) attivata dall'Amministrazione sia appunto quella propria di qualunque procedimento amministrativo”.

<sup>18</sup> Gli aggettivi maggiore e finalistico sono introdotti per distinguere i poteri che vengono conferiti dal legislatore dalla differente categoria dei poteri minori o strumentali che sarà introdotta nel prosieguo.

<sup>19</sup> F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, cit.: “le ricerche culminate nei primi anni '80 (in particolare, Marzuoli), sono sul punto decisive. L'attività amministrativa, anche quando si avvale di strumenti privatistici, resta comunque attività funzionalizzata, e, sotto questo profilo (che è l'unico rilevante), attività amministrativa; soggetta pertanto alle regole generali dell'attività amministrativa, diverse da quelle che disciplinano l'attività privatistica. Con il che continuare a ritenere che l'amministrazione sia dotata di autonomia privata significa ridurre il problema ad un giuoco di parole”. Oltre: “nell'ambito del procedimento amministrativo, nell'esercizio di poteri unilaterali, laddove la volontà del privato non è necessaria per la confezione della fattispecie produttiva del precetto, o, se si preferisce, del regolamento di interessi, la legge consente che l'amministrazione concluda accordi, aderisca cioè ad atti bilaterali, anziché adottare atti unilaterali (provvedimenti). Gli accordi previsti dall'art. 11 nascono dalla fusione di potere amministrativo e autonomia privata, sono il risultato di valutazioni discrezionali, sono alternativi (in tutto o in parte) al provvedimento unilaterale”. Di particolare interesse sul punto: G. FALCON, *Convenzioni e accordi amministrativi: 1) profili generali*, cit.

<sup>20</sup> Sia consentito il richiamo a D. MARRAMA, *Soggetti “legali” e autonomia privata. Sui limiti dei poteri*

La personale adesione a quest'ultima impostazione risulta, evidentemente, inconciliabile con le stimolanti sollecitazioni di quella parte della dottrina che – sempre all'interno dell'opzione pubblicistica – ha costantemente sostenuto che gli accordi sostitutivi trovino giustificazione in seno ad un'autonomia privata che dovrebbe essere riconosciuta in capo ad ogni pubblica Amministrazione<sup>21</sup>.

Rispetto alla seconda incertezza, chi scrive (insieme evidentemente a molti altri) – discostandosi dal convincimento di un'importante dottrina persuasa che il richiamo ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti si tradurrebbe nella necessità di ritenere applicabili tutte le norme generali contenute, rispettivamente, nei titoli I (delle obbligazioni in generale) e II (dei contratti in generale) del libro IV del codice civile<sup>22</sup> – ritiene che il richiamo ai soli principi generali operato dal legislatore vada inteso in senso comunque “restrittivo” e determini un quadro normativo alquanto più contenuto rispetto, invece, alla presunta applicabilità di tutte le norme generali in materia di obbligazioni e contratti<sup>23</sup>.

---

*legislativi e dell'interpretazione*, Torino, 2012. Nello stesso senso, M.C. ROMANO, *Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, cit., 402: “Posto che l'autonomia privata consiste nella libertà riconosciuta alle parti di valutare e perseguire i propri interessi – attraverso la predisposizione di un regolamento auto-impegnativo, nei limiti consentiti dall'ordinamento giuridico – è evidente come la Pubblica Amministrazione non possa essere considerata, in senso stretto, titolare di autonomia privata, in quanto la sua attività è sempre guidata (e delimitata) da un vincolo di scopo eteronomo, che pre-esiste al contratto e la orienta istituzionalmente: l'attività amministrativa, anche quella che si avvale di strumenti privatistici, si caratterizza per essere funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico” e 406 “Ciò che è carente negli accordi è la forza creatrice dell'autonomia negoziale, intesa secondo un'accezione strettamente civilistica, quale potere delle parti di determinarsi liberamente a predisporre un regolamento di interessi, fonte immediata ed esclusiva del rapporto obbligatorio; forza creatrice inconciliabile con la doverosità dell'azione amministrativa e con il principio di legalità che la informa”.

<sup>21</sup> G. CORSO, F. TERESI, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti. Commento alla legge 7 agosto 1990, n. 241*, Rimini, 1991, 70 e ss.

<sup>22</sup> Al riguardo si veda G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, cit., 151: “si deve, pertanto, ritenere che il richiamo dei principi del codice civile non possa non ricomprendere tutte le norme generali riferentesi alle obbligazioni e ai contratti. E si può pertanto condividere la tesi che in tal modo risulta essenzialmente applicabile tutta la disciplina del codice civile, che si rinviene nei titoli I (delle obbligazioni in generale) e II (dei contratti in generale) del libro IV del codice civile” e 265: “i principi in tema di contratti, richiamati dal c. 2, art. 11, coprono in realtà tutta la disciplina del titolo II del capo IV c.c. E ciò in applicazioni del chiaro disposto dell'art. 1323 c.c. e per l'imprescindibile esigenza di evitare lacune normative, altrimenti ineluttabili, se si desse un'interpretazione restrittiva del richiamo: i “principi”, di cui al c. 2, vanno dunque intesi come le norme generali della intera materia dei contratti”.

<sup>23</sup> L'approccio interpretativo è sostanzialmente speculare a quello proposto con riferimento al comma 1 ter dell'art. 1 della legge 241 del 1990: “chi scrive ritiene che – al di là del pur significativo elemento lessicale (“i soggetti privati”) – la disposizione in commento vada interpretata nel seguente modo: “i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative [pur non essendo tenuti (in quanto privati) al rispetto delle disposizioni specifiche della legge n. 241 – in considerazione del fatto che sono preposti all'esercizio di attività amministrativa – quantomeno] assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1”. Sia consentito il richiamo a D. MARRAMA, *Articolo 1, comma 1 ter. Principi generali dell'attività*

Di recente, l'approccio restrittivo è stato fatto proprio dal vertice della giustizia amministrativa<sup>24</sup>.

Per quanto, infine, attiene alla possibilità di funzionalizzare alla cura di interessi generali anche l'attività privatistica delle pubbliche Amministrazioni va evidenziato che se è vero che anche tale attività posta in essere dalla A. deve essere (direttamente o indirettamente) funzionalizzata alla cura di interessi generali, è altrettanto vero che, in casi del genere – contrariamente a quanto accade quando la A. utilizza strumenti inequivocabilmente pubblicistici nell'ambito dell'attività amministrativa sia di diritto pubblico che di diritto privato – la funzionalizzazione dell'attività ed i suoi strumenti risulterebbero alla stregua di elementi nella disponibilità del soggetto agente, con tutte le intuibili criticità connesse a tale circostanza<sup>25</sup>.

---

*amministrativa*, in AA.VV., *La pubblica amministrazione e la sua azione*, (a cura di) N. Paolantonio, A. Police e A. Zito, Torino, 2005, 126. Questa è in sostanza la medesima posizione espressa dalla Immordino già nel 1997; al riguardo, si veda M. IMMORDINO, *Legge sul procedimento, accordi e contratti di diritto pubblico*, cit., 142: “Nonostante il richiamo ai principi codicistici, questi troveranno applicazione solo “ove non diversamente previsto e “in quanto compatibili”: quindi in via residuale e ad integrazione di una specifica disciplina”. In giurisprudenza – da ultimo: T.A.R., Sicilia, Ct., Sez. II, sent. n. 323 del 2020: “Deve escludersi l'applicazione, alle convenzioni urbanistiche, del recesso previsto dall' art. 72 della legge fallimentare che facendo riferimento espresso al «contratto» richiama lo schema generale dell' art. 1321 del codice civile il quale non si attaglia alle convenzioni urbanistiche per la loro intrinseca natura pubblicistica. Inoltre, secondo quanto previsto dal comma 2° dell' art. 11 della legge n. 241/1990, agli accordi sostitutivi del provvedimento, si applicano «ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili» e non le singole disposizioni del codice civile, né a maggior ragione quelle delle leggi speciali (ivi compresa la legge fallimentare). Non può infatti ritenersi che la facoltà di recesso unilaterale prevista dall' art. 72 della legge fallimentare costituisca un «principio» in materia di obbligazione in considerazione dell'evidente portata derogatoria rispetto alla generale vincolatività del contratto raggiunto dalle parti, secondo la previsione dell' art. 1372 c.c”. *Contra* F. TRIMARCHI BANFI, *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, op. cit., 66, nota 44: “Il rinvio ai principi del codice civile “in quanto compatibili” dovrebbe essere inteso nel senso che l'applicabilità dei principi civilistici è esclusa solo da norme che disciplinano gli accordi (o taluni tipi di accordo) in modo incompatibile con quei principi, e non invece dai principi del diritto amministrativo in quanto tali”; G.D. COMPORI, *Il coordinamento infrastrutturale*, cit., 319; Per N. PAOLANTONIO, *Autoregolamentazione consensuale e garanzie giurisdizionali*, cit., 805 la clausola di salvezza presente nel secondo comma dell'art. 11 secondo la quale l'applicazione dei principi del codice civile dovrebbe avvenire solo “in quanto compatibili” sarebbe una mera formula di stile. Più di recente, M.C. ROMANO, *Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, cit., 409: “Il richiamo all'espressione “principi” non ha un significato tecnico, poiché un'interpretazione restrittiva della relativa disciplina sarebbe fonte di lacune normative, per cui tale dizione varrebbe ad escludere l'applicazione di tutte le regole privatistiche proprie dei rapporti contrattuali”.

<sup>24</sup> C.d.S., Ad. Plen., n. 5 del 2020: “Fermi i casi di contratti di diritto privato (per i quali trovano certamente applicazioni le disposizioni del codice civile), nei casi invece di contratti ad oggetto pubblico l'amministrazione mantiene comunque la sua tradizionale posizione di supremazia; tali contratti non sono disciplinati dalle regole proprie del diritto privato, ma meramente dai “principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti”, sempre “in quanto compatibili” e salvo che “non diversamente previsto””. In [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>25</sup> Sul punto appaiono molto persuasive le parole di G. GRECO, *Accordi amministrativi. Tra provvedimento*

Vedremo, tra l'altro, nel prosieguo come sia sempre buona norma evitare meccanismi di ibridazione che alterino in chiave pubblicistica istituti del diritto privato ovvero in chiave privatistica istituti del diritto pubblico.<sup>26</sup> Del resto, l'infausta sorte che è toccata in passato ad esperienze del genere (diritti soggettivi pubblici e interessi legittimi nel diritto privato) dovrebbe indurre sul punto alla massima cautela.

Questo, si badi, non significa che in una vicenda complessiva di esercizio di un potere maggiore non possano coesistere istituti di diritto pubblico ed istituti di diritto privato, ma vuol dire semplicemente che una più efficace cura dell'interesse pubblico primario si raggiungerà quanto più i predetti istituti mantengano la loro identità rispettivamente di diritto pubblico e di diritto privato. Le ibridazioni sono fonte di confusione e attentano alla certezza del diritto.

In proposito, tra l'altro, è quantomai necessario un chiarimento preliminare. Il punto di partenza è la presa d'atto che tutta l'attività di rilievo giuridico posta in essere da una pubblica Amministrazione (anche quella che, per il momento, sono tenuto a continuare a chiamare attività privata dell'Amministrazione) non può che essere funzionalizzata<sup>27</sup>.

Ma, a questo punto, ci si deve necessariamente confrontare (in maniera, evidentemente, per ora solo preliminare) con la sostanza della funzionalizzazione. Orbene, quest'ultima – contrariamente a quanto ha inizialmente dimostrato di ritenere una parte della dottrina e della giurisprudenza – non presuppone che tutta l'attività di rilievo giuridico posta in essere da una pubblica Amministrazione risulti

---

*e contratto*, cit., 119: “La (ndr) funzionalizzazione dell'attività di diritto privato, costantemente conclamata, o non esiste – nel senso che è una mera dichiarazione di facciata, che non costituisce un limite apprezzabile, tant'è che di essa non si hanno rilevanti applicazioni giurisprudenziali – ovvero, comunque, è abissalmente diversa dalla funzionalizzazione dell'attività amministrativa (vincolo al perseguimento dell'interesse pubblico primario e specifico, che si accompagna al conferimento e all'esercizio di ciascuna potestà amministrativa), di cui si è detto” e 121: “Dunque la c.d. funzionalizzazione dell'attività di diritto privato, se esiste, è comunque ben poca cosa (in mancanza dell'evidenza pubblica, che tuttavia imporrebbe un inquadramento almeno parzialmente pubblicistico, che la più parte della dottrina sopra esaminata viceversa rifiuta per gli accordi ex art. 11)”. Perplexità di contenuto analogo sono state contestualmente espresse da G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, 158 e ss.

<sup>26</sup> Particolarmente attento ai rischi connessi ad ogni ipotesi di ibridazione si è, da sempre, dimostrato R. FERRARA, *Gli accordi tra privati e pubblica amministrazione*, cit.

<sup>27</sup> C.d.S., Ad. Plen., n. 5 del 2020: “L'azione amministrativa che si concretizza nell'emanazione di provvedimenti amministrativi, ovvero quella che si svolge, in forma paritetica, attraverso la sottoscrizione di accordi con i soggetti privati (art. 11 l. n. 241/1990, in particolare attraverso gli accordi sostitutivi di provvedimento), così come la stessa azione che utilizza direttamente strumenti disciplinati dal diritto privato (in specie, contratti), partecipa dell'unica (ed unificante) ragione di interesse pubblico, che la sorregge e giustifica, rappresentandone la causa in senso giuridico”. Tutto molto condivisibile ad eccezione dell'inciso secondo il quale negli accordi sostitutivi l'attività amministrativa si svolgerebbe in forma paritetica. Quest'ultima affermazione ha probabilmente una potenzialità sviante. La circostanza che in un episodio di esercizio di potere la consueta decisione finale unilaterale sia sostituita da un accordo tra Amministrazione e privato di per sé non giustifica l'idea che nell'ipotesi in questione il potere venga addirittura esercitato in forma paritetica. Quest'ultima espressione la riserverei alla c.d. attività amministrativa di diritto privato.

direttamente finalizzata alla cura dell'interesse generale. Non è così. La gran parte dell'attività privata delle pubbliche Amministrazioni non appare direttamente (ma solo più o meno indirettamente) indirizzata alla cura dell'interesse generale.

Funzionalizzare l'attività di diritto privato delle pubbliche Amministrazioni vuol dire, invece, (ove ciò sia possibile) utilizzare gli strumenti della capacità generale di diritto privato riconosciuta a tutte le pubbliche Amministrazioni nella costante consapevolezza di essere un soggetto di diritto nato<sup>28</sup> per la cura dell'interesse generale e, pertanto, necessariamente disponibile ad "aggravare" anche il proprio *modus operandi* eventualmente privatistico mediante l'utilizzo di istituti (di matrice pubblicistica) in grado di concretizzare la predetta consapevolezza.

Nell'ipotesi prospettata la cura dell'interesse generale si realizza in via indiretta.

I problemi sorgono nel momento in cui si è portati a ritenere che – in virtù della indefettibile funzionalizzazione – gli istituti privatistici di cui l'Amministrazione si serve tanto nella sua attività privata quanto nell'attività amministrativa di diritto privato debbano subire degli "aggiustamenti" atti alla bisogna.

Nel prosieguo saranno evidenziate le problematiche in termini di certezza del diritto che sovente accompagnano i predetti aggiustamenti che, a ben vedere, si basano sulla svisata idea che la funzionalizzazione sia realizzabile al meglio attraverso alterazioni più o meno evidenti degli istituti privatistici.

### 1.3. *Ambito di applicazione degli accordi sostitutivi*

La seconda tematica che ritengo necessario affrontare (seppur in maniera, anche qui, inevitabilmente superficiale) in via preliminare è quella dell'ambito di applicazione degli accordi sostitutivi.

Orbene, la quasi totalità della dottrina che si è espressa nel senso di limitare il campo di applicazione dell'istituto all'attività amministrativa discrezionale ha giustificato tale convincimento riferendosi al contenuto testuale del primo comma dell'art. 11 a tenore del quale: "In accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'art. 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"<sup>29</sup>. L'ac-

---

<sup>28</sup> Ovvero dedito, preposto.

<sup>29</sup> G. GRECO "Accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto", cit., 196: "Si è detto ... che gli accordi ex art. 11 non sarebbero configurabili nel caso di atti amministrativi vincolati ... la prima delle riferite perplessità scaturisce "de plano" dal testo dell'art.11, che indica come oggetto dell'accordo il contenuto discrezionale del provvedimento. E ciò vale sia per gli accordi endoprocedimentali, sia per gli accordi sostitutivi". Ha sostenuto l'inapplicabilità degli accordi ex art. 11 all'attività

cordo endoprocedimentale e l'accordo sostitutivo riguarderebbero unicamente l'elemento di discrezionalità presente nel potere previamente conferito<sup>30</sup>.

L'argomentazione, invero, non convince; concentrandosi, infatti, proprio sulla struttura sintattica della disposizione si può evincere come, in verità, il riferimento alla definizione del contenuto discrezionale di un emanando provvedimento riguardi esclusivamente gli accordi endoprocedimentali. Negli accordi sostitutivi il terreno di incontro tra privato ed Amministrazione mi sembra possa andare, almeno da un punto di vista sintattico e lessicale, oltre l'intesa sui predetti profili discrezionali.

Ciò posto – ipoteticamente – anche alla luce del personale convincimento di chi scrive sulla necessità di riconoscere all'attività amministrativa vincolata pari dignità rispetto a quella riservata all'attività amministrativa discrezionale<sup>31</sup>, si potrebbe forse addirittura congetturare sull'applicabilità degli accordi sostitutivi anche all'attività amministrativa vincolata<sup>32</sup>.

Ciò non di meno, la giurisprudenza del giudice amministrativo – dopo alcune prese di posizione non del tutto motivate<sup>33</sup> – ha, da ultimo, specificato che l'inapplicabilità degli accordi di cui all'art. 11 nell'ambito dell'attività amministrativa vincolata derivi (non dal dato normativo testuale ma) dall'impossibilità di prefigurare una situazione in cui Amministrazione e privati abbiano possibilità determinativa consensuale su aspetti previamente definiti dal legislatore.<sup>34</sup> La specificazione, in questo caso, appare ampiamente convincente.

Oltre non è dato indugiare.

---

amministrativa vincolata anche N. AICARDI, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e caratteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997.

<sup>30</sup> M. IMMORDINO, *Legge sul procedimento, accordi e contratti di diritto pubblico*, op. cit., 141: “Comune (alle due tipologie di accordo nda.) è l'oggetto, che è costituito dal contenuto dispositivo di quegli atti nei quali il potere discrezionale si estrinseca. Cioè “quell'assetto degli interessi risultante dall'esercizio di un potere amministrativo, finora ritenuto necessario e geloso presidio dell'unilateralità amministrativa”. Sicché l'oggetto dell'accordo e l'oggetto del provvedimento coincidono”. La citazione si riferisce a G. SALA, *Accordi sul contenuto discrezionale del provvedimento e tutela delle situazioni soggettive*, cit., 210.

<sup>31</sup> Sia consentito il rinvio a D. MARRAMA, *Della progressiva (immeritata) svalutazione dell'attività amministrativa vincolata*, in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, 2021.

<sup>32</sup> Contrari rispetto a tale possibilità anche dopo le modifiche del 2005: F. CANGELLI, *Articolo 11 comma 1 e 4-bis*, in AA.VV., *La pubblica amministrazione e la sua azione*, in AA.VV., *La pubblica amministrazione e la sua azione*, (a cura di) N. Paolantonio, A. Police e A. Zito, Torino, 2005 288 in part. nt. 53 e W. GIULIETTI, *La conclusione di accordi tra amministrazioni e privati dopo la legge n. 15 del 2005: ambito applicativo e profili sistematici*, in *Rass. for.*, 2005.

<sup>33</sup> T.A.R. Lombardia, Mi, Sez. II, sent. 1246 del 2015: “È esclusa l'utilizzabilità degli accordi ex artt. 11, l. n. 241 del 1990 a fronte dell'esercizio di un potere vincolato da parte dell'Amministrazione, pur ammettendosi che attraverso gli accordi suindicati possano essere disciplinate, anche a fronte di un'attività vincolata, talune modalità esecutive della condotta del privato o della p.a.”.

<sup>34</sup> T.A.R., Lombardia, Mi, Sez. II, sent. n. 2470 del 2021: “L' art. 11, comma 1, l. n. 241/1990

## 2. *Accordi sostitutivi ed esercizio di potere*

Nella parte iniziale del sesto paragrafo Immordino – soffermandosi sull’oggetto dell’incontro di volontà tra Amministrazione e privato che si verifica nell’accordo – scrive: “La disponibilità per l’amministrazione dell’“oggetto” costituisce, infatti, il presupposto indefettibile per la stipulazione del contratto in alternativa all’esercizio del potere, sicché più che di “indisponibilità” sembra più corretto parlare di “disponibilità limitata””.

Orbene, sul concetto teorico di contratto (ma il discorso non cambia ove si parlasse di accordo) quale alternativa all’esercizio di potere<sup>35</sup> è probabilmente il caso di indugiare più un attimo, anche servendosi – ove possibile – dei diversi passaggi nei quali Immordino, concentrandosi su questioni differenti, ha lasciato intendere la sua posizione sul punto.

E ciò in quanto, il concetto di contratto quale alternativa all’esercizio di potere – debitamente estrapolato dal contesto specifico in cui è inserito – può significare davvero molte cose, tra l’altro, assai diverse tra loro: a) può significare strumento per muoversi privatisticamente al di fuori della funzione amministrativa; b) può riferirsi ad un’attività che si svolge all’interno della funzione amministrativa ma per il tramite di strumenti di diritto comune; c) può (con ogni probabilità) stare a dire anche strumento per la cura dell’interesse pubblico concreto rientrando nell’esercizio di potere ma alternativo alla forma pubblicistica tradizionale dell’esercizio di potere.

Declinare i possibili significati dell’espressione riportata al di fuori (lo si ripete) del contesto specifico in cui essa è inserita dovrebbe lasciar emergere quel profilo di grande rilievo che si legge in filigrana nel contributo al quale si è più volte fatto riferimento e che si cercherà di dettagliare nel miglior modo possibile nelle pagine seguenti.

### 2.2. *Strumento privatistico esterno alla funzione amministrativa*

In primo luogo, l’alternativa secca tra contratto ed esercizio di potere poteva come può configurare uno scenario altrettanto *tranchante* che pone in un determi-

---

non impone affatto la conclusione di accordi sostitutivi o integrativi del provvedimento amministrativo, ma lascia la facoltà di scelta in capo all’Amministrazione procedente (può concludere), che senza dubbio può determinarsi in senso negativo con riguardo alla loro stipulazione. Al di là di tale aspetto, comunque dirimente, deve poi potersi riscontrare, quale elemento necessario per poter utilizzare lo strumento convenzionale, il perseguimento dell’interesse pubblico riferito ad attività di natura discrezionale e non vincolata, non potendosi contrattare con soggetti privati l’esercizio di un potere già conformato dal legislatore e quindi condizionato nella sua esplicazione”

<sup>35</sup> Sul potere amministrativo e sulle sue caratteristiche, si veda A. ROMANO, *Conclusioni*, in *Atti del Convegno in memoria di Umberto Pototschnig*, Napoli, 2014, 171 e ss.

nato punto la c.d. attività privata dell'Amministrazione e, in un punto diametralmente opposto al primo, l'attività amministrativa in forma pubblicistica<sup>36</sup>.

Questa è indiscutibilmente l'interpretazione più estrema che può essere data all'espressione sopra evidenziata ma è certamente anche un'interpretazione realisticamente verosimile che ha una sua coerenza interna nella quale, tra l'altro, l'uso del termine contratto è innegabilmente del tutto giustificato, adeguato e congruo.

Rispetto a questa prima, possibile ipotesi ermeneutica bisognerebbe immaginare un'Amministrazione alla quale siano stati previamente conferiti una funzione pubblica ed uno specifico potere maggiore e finalistico,<sup>37</sup> che – ove ciò sia possibile<sup>38</sup> – decida di perseguire l'obiettivo di interesse generale (che è) alla base del prefato conferimento non per il tramite dell'esercizio della funzione amministrativa ma operando esclusivamente *iure privatorum*, mediante la sottoscrizione di un contratto nell'ambito di quella che, ordinariamente, viene chiamata attività privata dell'Amministrazione<sup>39</sup>.

In un caso del genere<sup>40</sup> (al netto di ogni considerazione sulla legittimità e percorribilità della scelta) non ci sarebbe svolgimento di funzione pubblica né esercizio di potere maggiore o finalistico e l'attività privatistica dell'Amministrazione – che nell'ipotesi proposta si innesterebbe sulla generale capacità di diritto privato propria di ogni pubblica Amministrazione – non sarebbe libera (l'attività di una pubblica Amministrazione non può essere mai del tutto libera) in quanto risulterebbe in ogni caso necessariamente funzionalizzata e non solo per la presenza del previo conferimento di un potere maggiore<sup>41</sup> ma anche per il fatto di essere attività dell'Amministrazione.<sup>42</sup>

<sup>36</sup> Lo sviluppo del ragionamento presuppone evidentemente la conoscenza della tripartizione dell'attività amministrativa (attività amministrativa in forma pubblicistica, attività amministrativa in forma privatistica e attività privata dell'Amministrazione) introdotta da Antonio Amorth nel lontano 1938 per il tramite delle *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 1 e ss.

<sup>37</sup> Se così non fosse non avrebbe senso la precisazione: “in alternativa all'esercizio di potere”.

<sup>38</sup> Secondo Guido Greco la sostituzione tra modulo privatistico e modulo pubblicistico sarebbe ipotizzabile unicamente nelle eventualità in cui la A. – oltre ad essere destinataria di un potere pubblicistico – sia altresì titolare di diritti soggettivi da far valere privatisticamente.

<sup>39</sup> È nei limiti di questa possibile ipotesi che si può concordare con M. IMMORDINO, *Legge sul procedimento, accordi e contratti di diritto pubblico*, cit., 140, secondo la quale: “Sembra ormai definitivamente superata, infatti, la tesi che connetteva la cura dell'interesse pubblico necessariamente all'esercizio di una pubblica potestà”.

<sup>40</sup> Per il quale G. GRECO, *Accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto*, cit., 108 utilizza l'espressione: contratto “ad autonomia piena”.

<sup>41</sup> L'esistenza di un potere maggiore e finalistico ha un rilievo anche nelle ipotesi in cui l'Amministrazione alla quale quel potere è stato attribuito decida di non esercitarlo e di muoversi al di fuori della funzione amministrativa; quel potere produce un effetto condizionante anche quando non viene esercitato.

<sup>42</sup> Per un caso emblematico di attività amministrativa in forma privatistica si veda: Cass. civ., Sez. I, sent. n. 22626 del 2006: “Ove le parti abbiano definito contrattualmente l'intera vicenda

La funzionalizzazione, però, non andrebbe ad intaccare o ad alterare forzatamente l'impianto e la struttura degli strumenti privatistici utilizzati dall'Amministrazione mentre determinerebbe inevitabilmente la necessità di contornare i predetti strumenti di "passaggi" di natura pubblicistica idonei a garantire la funzionalizzazione medesima.

E questo in quanto gli istituti del diritto comune sono stati correttamente disegnati in una maniera che li rende ontologicamente incapaci di soddisfare la totalità dei profili pubblicistici che emergono ineluttabilmente ogni qual volta l'Amministrazione si attiva per il tramite della sua capacità generale di diritto privato.

Ebbene, storicamente questi "passaggi correttivi" di natura e funzionalità pubblicistica hanno assunto le fattezze della c.d. evidenza pubblica<sup>43</sup>: procedure strumentali finalizzate specificamente ad affrontare e dare risposta alle esigenze di funzionalizzazione al rilievo pubblicistico che indefettibilmente contraddistinguono ogni iniziativa di una pubblica Amministrazione articolata secondo il diritto comune.<sup>44</sup>

Orbene – a parere di chi scrive – la richiamata funzionalizzazione, in uno con la natura pubblica del soggetto agente, costituisce l'origine di un potere strumentale e minore (che si distingue nettamente da quello finalistico e maggiore) esercitato dall'Amministrazione nell'ambito di quei passaggi pubblicistici ai quali si è più volte fatto riferimento.

Ciò significa che anche quando l'attività dell'Amministrazione non si impernia su di un previo e specifico conferimento di un potere finalistico (che pure può risultare in ipotesi rintracciabile), alla prima vada comunque riconosciuta la titolarità di un potere "minore" – strumentale e non finalistico – che si fonda sulla natura pubblica del soggetto agente<sup>45</sup> e sulla ineludibile funzionalizzazione

---

espropriativa anche per gli aspetti patrimoniali, non vi è più spazio per invocare i criteri legali di determinazione dell'indennità stabiliti per la cessione volontaria degli immobili; né per chiederne l'indennità di occupazione d'urgenza, che postula un ristoro separato ed aggiuntivo non assorbibile nell'indennità di espropriazione, ove la perdita della proprietà sia stata preceduta dalla perdita temporanea della mera disponibilità del bene, per cui non è configurabile quando sia accertata la contestualità dell'acquisizione del possesso con il passaggio di proprietà"

<sup>43</sup> Come è a tutti noto l'espressione "evidenza pubblica" è stata coniata da Massimo Severo Giannini.

<sup>44</sup> Sui contratti ad evidenza pubblica G. GRECO, *I contratti dell'Amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato (i contratti ad evidenza pubblica)*, Milano, 1986; id. *I contratti "ad evidenza pubblica"* in *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 1990; A. BUSCEMA, S. BUSCEMA, *I contratti della pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Trattato di diritto amministrativo*, VII, Padova, 1987 e L.V. MOSCARINI, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Napoli, 1988.

<sup>45</sup> Ovvero sulla preposizione o dedizione alla cura di interessi generali che può caratterizzare anche un soggetto privato.

alla cura diretta dell'interesse generale di (pressoché)<sup>46</sup> tutta la sua attività e che si estrinseca nelle necessarie parentesi<sup>47</sup> pubblicistiche di cui si è detto.

Le tradizionali procedure ad evidenza pubblica sono esplicitazione dei poteri minori e strumentali ai quali si è fatto riferimento<sup>48</sup>.

A parere di chi scrive, infatti, i principi di legalità e tipicità dei poteri pubblicistici valgono esclusivamente per i poteri maggiori, vale a dire per quei poteri che sono stati appena definiti finalistici e che risultano strutturalmente differenti rispetto ai poteri minori o strumentali. Questi ultimi, dal canto loro, rappresentano anche una conseguenza diretta della natura pubblica del soggetto agente, una sorta di contraltare pubblicistico rispetto al riconoscimento in capo alle pubbliche Amministrazioni della capacità generale di diritto privato che emerge proprio nel momento in cui le Amministrazioni medesime agiscono in virtù di quest'ultima.

L'ipotizzata esistenza di poteri minori potrebbe verosimilmente incorrere nella critica di tutti quegli studiosi che sostengono come negli ultimi anni si stia verificando un rafforzamento del principio di legalità in merito ai poteri pubblicistici<sup>49</sup>. Ciò non di meno, l'estrema difficoltà a ritenere espressione di

---

<sup>46</sup> La ragione dell'inserimento dell'avverbio "pressoché" si chiarirà nell'evoluzione del ragionamento

<sup>47</sup> La circostanza che sui provvedimenti adottati in seno agli intermezzi pubblicistici che contraddistinguono l'attività privatistica ad evidenza pubblica l'Amministrazione possa certamente tornare nell'ambito di procedimenti di secondo livello testimonia che, in ogni episodio di attività privatistica ad evidenza pubblica, le parentesi pubblicistiche possono assolutamente essere più di una. Per fortuna la parola "parentesi" costituisce un sostantivo invariabile.

<sup>48</sup> È a tutti noto che nei primi anni del XX secolo la convergenza di opinioni pressoché assoluta sul carattere provvedimentale dell'aggiudicazione ed il riconoscimento della possibilità per la stazione appaltante di ritornare sul predetto atto in esercizio dei suoi poteri di autotutela ha portato parte della giurisprudenza e della dottrina (in special modo – ma non solo – quella persuasa della natura contrattuale degli accordi) ad affiancare gli accordi endoprocedimentali ai contratti privati ad evidenza pubblica. I primi sarebbero stati l'immagine riflessa dei secondi (riflessa in quanto mentre nell'accordo endoprocedimentale vi è prima l'accordo e successivamente il provvedimento, nei contratti ad evidenza pubblica si verifica prima il provvedimento e successivamente l'accordo). Molto meno agevole ipotizzare un parallelismo tra i contratti ad evidenza pubblica e gli accordi sostitutivi. Ad ogni modo, la proposta non mi ha mai convinto; mentre negli accordi gli elementi di carattere privatistico concorrono con quelli di natura pubblicistica nell'ambito di un unitario processo di esercizio di potere, nei contratti privati ad evidenza pubblica quest'ultima non concorre a definire l'articolata fattispecie e rimane sostanzialmente esterna rispetto all'operazione privatistica. Da sempre contrario sia al riconoscimento di un carattere provvedimentale per l'aggiudicazione che alla possibilità di disporre la revoca di quest'ultima G. GRECO, *Accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto*, op. cit., 168 e ss. Non mi convince la tesi di Greco secondo la quale la circostanza che la volontà contrattuale dell'Amministrazione si formi per il tramite di una procedura ad evidenza pubblica porterebbe quest'ultima all'interno della fattispecie contrattuale. Ritengo, infatti, che tale elemento non giustifichi una *reductio ad unitatem* di strumenti riconducibili a potestà differenti. La capacità generale di diritto privato per il contratto ed il potere minore e strumentale al quale si è fatto appena riferimento nel testo per il provvedimento di aggiudicazione.

<sup>49</sup> M. RAMAJOLI, R. VILLATA, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 16: "alcuni elementi

un potere maggiore la procedura ad evidenza pubblica che un Comune deve necessariamente porre in essere per individuare un possibile locatario per un immobile di proprietà comunale che intende mettere a reddito, unitamente alla convinzione della sostanza intimamente pubblicistica dell'atto (provvedimento) che viene fuori al termine della predetta procedura, mi confermano nel convincimento dell'esistenza di poteri minori e strumentali e mi induce, altresì, a porre in relazione l'effettivo, recente e richiamato consolidamento del principio di legalità esclusivamente con i poteri maggiori.

Tra l'altro, non mi sembra neanche corretto far derivare la presenza di un potere maggiore dall'esistenza di una eventuale disposizione legislativa che, per vicende analoghe a quella appena prospettata, imponga il predetto obbligo concorrenziale.<sup>50</sup>

Ad ogni modo, oltre che alle ben note vicende della contrattualistica pubblica (ad oggi) di matrice eurounitaria, l'evidenza pubblica si è storicamente resa necessaria con riferimento a due differenti tipologie di attività amministrativa: quella che si verifica nel momento in cui una A. che ha ricevuto il conferimento di uno specifico potere finalistico decida di raggiungere l'obiettivo che è alla base di quel conferimento di potere senza esercitare quest'ultimo ma servendosi solo di strumenti di diritto comune (è l'esempio che si è proposto)<sup>51</sup> e quella che riguarda, invece, la sussistenza e la relativa operatività dell'Amministrazione medesima (attività che non presuppone il conferimento di un potere maggiore in quanto basata sulle peculiari esigenze e sulle vicende e necessità della quotidianità dell'Amministrazione).

Per la prima tipologia di attività la funzionalizzazione da porre in essere deriverebbe tanto da un elemento oggettivo (il previo conferimento di un potere finalistico) quanto da un elemento soggettivo (la natura pubblica del soggetto agente); per la seconda tipologia di attività, invece, la predetta funzionalizzazione deriverebbe unicamente dalla natura pubblica del soggetto agente.

Quest'ultima attività di rilievo giuridico risulterebbe amministrativa solo dal punto di vista soggettivo e non, invece, dal punto di vista oggettivo.

---

che in passato si ritenevano caratterizzare il provvedimento amministrativo ora sono stati ridimensionati a seguito di un'interpretazione forte del principio di legalità ... il provvedimento amministrativo è sì servito per fondare posizioni di privilegio dei soggetti pubblici, ma queste ultime appaiono oggi scarsamente compatibili con l'affermazione netta per cui ogni potere amministrativo necessita di un espresso fondamento normativo". Successivamente, alla 31: "Attualmente la caduta del dogma della irrisarcibilità degli interessi legittimi, l'affermazione più rigorosa del principio di legalità predicato nei riguardi dei singoli poteri amministrativi ... portano ad una visione più equilibrata e ad un'amministrazione più responsabile".

<sup>50</sup> Anche se si è consapevoli che il concetto di evidenza pubblica si sia formato proprio attraverso l'attribuzione di una natura pubblicistica a quegli atti che, alla luce della normativa di contabilità statale, dovevano precedere la sottoscrizione di ogni contratto stipulato dall'Amministrazione.

<sup>51</sup> E – se si è ben compreso il pensiero del Maestro – anche il caso rispetto al quale Giannini parlava di "contratto alternativo".

Se, infatti, è vero che la natura pubblica dei soggetti agenti non è un elemento sufficiente per delineare in maniera soddisfacente i confini dell'attività funzionalizzata in quanto non di rado anche l'attività dei soggetti privati – in virtù di una qualche forma di collegamento con un interesse generale – deve essere funzionalizzata, è altrettanto vero che la natura pubblica del soggetto agente è un criterio minimo ma certo per affermare che un'attività è (totalmente piuttosto che parzialmente) funzionalizzata in considerazione del fatto che pressoché tutte le attività delle pubbliche Amministrazioni sono, in un modo o nell'altro, funzionalizzate.

Gli atti giuridici di diritto privato che l'Amministrazione pone in essere per esigenze di operatività e sostentamento, dal canto loro, non sono funzionalizzati; ad essere strumentalmente ed indirettamente funzionalizzate saranno esclusivamente le parentesi pubblicistiche che, di regola, precedono la stipula dei predetti atti. Discorso diverso se si parla di attività di rilievo giuridico realizzata in esercizio di un potere maggiore; in questa seconda opzione, tutta l'attività giuridica posta in essere dall'Amministrazione risulta direttamente o indirettamente funzionalizzata.<sup>52</sup>

Nella prima tipologia di attività la funzionalizzazione prende appunto le forme di un potere strumentale e minore riguardante esclusivamente gli innesti pubblicistici indefettabili in ogni fattispecie in cui un'Amministrazione – per scelta o per necessità – opera per il tramite del diritto comune.

Non è un caso allora che la maggior parte delle attività delle Amministrazioni che storicamente sono state ricondotte nella categoria dell'attività privata della Amministrazione (contratti di appalto e di somministrazione, contratti di gestione di beni immobili) attualmente – in virtù della loro tangenza con un determinato interesse generale e della conseguente e necessaria funzionalizzazione – sono solitamente fatte rientrare tra le attività privatistiche ad evidenza pubblica.

Quest'ultima appare, quindi, come lo strumento utile a soddisfare le esigenze pubblicistiche che si accompagnano necessariamente ad ogni episodio in cui una pubblica Amministrazione – in presenza o in assenza di un previo conferimento di un potere maggiore e finalistico (che, pur se esistente, non viene esercitato in maniera diretta) – si attivi *iure privatorum*.

La funzionalizzazione in questi casi si traduce nel riconoscimento in capo

---

<sup>52</sup> L'affermazione di G. GRECO, *Accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto*, op. cit., 191 secondo cui: "Tutti gli accordi costituiscono il risultato di un procedimento amministrativo, secondo una necessità (del nostro ordinamento) che riguarda ogni manifestazione di potestà amministrativa" è solo parzialmente condivisibile e lo è nell'eventualità in cui ci si limiti agli accordi di cui all'art. 11 della 241. Quando, invece, l'Amministrazione conferitaria di un potere maggiore si muove nell'ambito dell'attività amministrativa di diritto privato, gli accordi che può sottoscrivere con soggetti privati non si innestano su di un'attività necessariamente procedimentalizzata. Certamente non sulla procedimentalizzazione specifica di cui alla legge 241 del 1990.

all'Amministrazione di un potere minore, prettamente strumentale e circoscritto alle parentesi pubblicistiche che devono essere presenti ogni qual volta l'Amministrazione agisce con gli strumenti di diritto comune.

Un potere minore, diverso ed indipendente rispetto a quello (maggiore e finalistico) che di regola determina l'avvio di un'attività amministrativa e che si contraddistingue per la sua capacità di far fronte alle necessità pubblicistiche che sempre sono presenti allorché l'Amministrazione decida di agire *iure privatorum* e nei casi in cui non può fare diversamente.<sup>53</sup>

Se i poteri in questione sono minori altrettanto minori sono i relativi procedimenti e gli atti che estrinsecano l'esercizio dei medesimi poteri. Minori perché (indiscutibilmente) inidonei a raggiungere in maniera diretta obiettivi di cura concreta di un interesse pubblico primario.

I procedimenti appaiono semplificati e, contrariamente ai procedimenti "maggiori", non sono di regola sottoposti al principio inquisitorio. I provvedimenti, dal canto loro, hanno un'efficacia limitata e circoscritta unicamente alla soluzione di un incidente pubblicistico la cui necessità deriva dalla natura pubblica del soggetto agente e dalla eventuale presenza (anche) di un potere maggiore ovvero semplicemente dalla natura pubblica del soggetto agente.

I provvedimenti minori hanno la caratteristica "riduttiva" di non essere in grado di inverare nel caso specifico la cura concreta di un interesse pubblico primario.

Ma i predetti poteri sono minori anche sotto l'aspetto delle possibili modalità di conclusione e di esercizio dei medesimi. La fungibilità tra i possibili modi di definizione dei procedimenti introdotta nel corso dei decenni dal legislatore statale non caratterizza i poteri minori.

Questi ultimi, infatti, non possono che concludersi con provvedimenti minori.<sup>54</sup>

Se a ciò si aggiunge che ormai anche buona parte della dottrina è orientata a ritenere che l'unica forma di autonomia privata che può essere riconosciuta in capo alla pubblica Amministrazione sia di un tipo che non contempla la libertà di autodeterminarsi allora è seriamente possibile ipotizzare che l'attività privata dell'Amministrazione in realtà non esista e debba essere, di fatto, sostituita dall'attività ad evidenza pubblica.

---

<sup>53</sup> Perché difetta di un potere maggiore e finalistico.

<sup>54</sup> Riesce invero difficile ipotizzare che una procedura ad evidenza pubblica finalizzata all'individuazione di un operatore economico con il quale andare successivamente a concludere un contratto di appalto possa concludersi con un accordo sostitutivo invece che con un provvedimento di aggiudicazione. Più possibilista rispetto a tale ipotesi F. CANGELLI, *Articolo 11 comma 1 e 4-bis*, in AA.VV., *La pubblica amministrazione e la sua azione*, cit., 290. Come già rilevato, sostiene la natura privatistica dell'aggiudicazione G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano, 1986, 95. Non si concorda con quest'ultima posizione in considerazione del fatto che l'aggiudicazione rappresenta uno dei passaggi (uno tra i più importanti) di quella procedura pubblicistica minore che serve a risolvere le esigenze di funzionalizzazione che sono presenti anche quando l'Amministrazione agisce *iure privatorum* e che va sotto il nome di evidenza pubblica.

Se quanto prospettato è condivisibile sarà allora necessario modificare i termini di quel binomio al quale si è fatto riferimento in apertura; da una parte continuerà ad esserci l'attività amministrativa in forma pubblicistica ma dall'altra non vi sarà più l'attività privata dell'Amministrazione ma l'attività privatistica ad evidenza pubblica<sup>55</sup>.

### 2.3. *Strumento privatistico interno alla funzione amministrativa*

Come secondo possibile significato si è detto che il concetto di contratto quale alternativa all'esercizio di potere potrebbe riferirsi ad un'attività che si svolge all'interno della funzione amministrativa ma per il tramite di strumenti di diritto comune.<sup>56</sup>

Questa seconda ipotesi interpretativa è apparentemente meno eversiva della prima, meno clamorosa forse ma, invero, non meno insidiosa.

Essa pare fondarsi sull'idea che la conclusione di un procedimento per il tramite di un accordo sostitutivo di provvedimento non rappresenti un esercizio di un potere maggiore. Portata alle sue estreme conseguenze questa posizione tende ad affermare che solo il provvedimento costituisca esercizio di potere.

L'accordo sostitutivo di provvedimento rappresenterebbe sì una modalità di estrinsecazione della funzione amministrativa, ma sarebbe una modalità di svlgimento di tale funzione diversa dall'esercizio di un potere finalistico.

Al riguardo è bene evidenziare come molti degli studiosi che si sono concentrati sull'attività amministrativa di diritto privato abbiano, infatti, erroneamente sostenuto che essa si fonderebbe sulla scelta dell'Amministrazione agente di non esercitare il potere maggiore e finalistico che le è stato preventivamente attribuito.<sup>57</sup>

Con tutte le necessità di inquadrare logicamente e giuridicamente un'attività che troverebbe origine nel previo conferimento di un potere maggiore ma si svilupperebbe senza determinare l'esercizio del potere medesimo.<sup>58</sup>

<sup>55</sup> Non si concorda con l'opinione di M. RAMAJOLI, R. VILLATA, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 25 secondo i quali: "tutta l'attività posta in essere dall'amministrazione sia (è ndr.) sempre attività amministrativa in senso proprio, soggetta ai principi che regolano tale attività tanto se gli atti adottati sono retti dal diritto pubblico, come nel caso dei provvedimenti, quanto se sono retti dal diritto privato, come nel caso degli accordi". L'attività di rilievo giuridico che l'Amministrazione pone in essere in assenza di un potere maggiore previamente conferito non può considerarsi attività oggettivamente amministrativa.

<sup>56</sup> Il riferimento è alla c.d. attività amministrativa di diritto privato ed a quelle fattispecie per le quali Giannini utilizzava l'espressione "contratti sostitutivi".

<sup>57</sup> M.S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, III, 2, *L'attività amministrativa*, Milano, 1967, 116: "Il contratto sostitutivo si fonda ... sulla determinazione dell'amministrazione di non esercitare la potestà pubblica di cui è titolare, usando in suo luogo lo strumento consensuale". Della medesima opinione anche A. BARDUSCO, *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, cit., 81 e A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002, 260 e ss.

<sup>58</sup> Analoga posizione contraddistingue la notissima sentenza della Corte costituzionale n.

Ciò non di meno, questa opzione interpretativa presenta molti punti deboli.

In primo luogo, è particolarmente sfuggente. Non è per niente facile distinguere dalla prima. In entrambi i casi (con l'eccezione di quelle citate ipotesi nelle quali l'Amministrazione si attiva in assenza di un previo conferimento di un potere maggiore) ci sono stati dei previ conferimenti di specifici poteri finalistici ed in entrambi i casi laA. decide di utilizzare il diritto privato. Ma nel primo caso questo utilizzo è per quanto possibile pieno ed incondizionato (anche se "accompagnato" da intermezzi di diritto pubblico in virtù dell'evidenza pubblica) mentre nel secondo caso esso rientrerebbe pienamente nell'ambito dell'espletta di una funzione amministrativa.

In secondo luogo, è concettualmente errata. Non esistono, infatti, forme di manifestazione di funzione amministrativa che non siano esercizio di potere diretto o indiretto. La funzione amministrativa si fonda, infatti, sempre sul previo conferimento di uno specifico potere maggiore e sul relativo esercizio. L'ipotesi che si sta prospettando è che nell'attività amministrativa in forma pubblicistica il potere venga esercitato in maniera diretta mentre nell'attività amministrativa in forma privatistica quest'ultimo venga comunque esercitato ma in modalità indiretta.<sup>59</sup>

---

204 del 2004 secondo la quale: "La materia dei pubblici servizi può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo ovvero, attesa la facoltà riconosciuta dalla legge, di adottare strumenti negoziali, in sostituzione del potere autoritativo, se si vale di tale facoltà (la quale tuttavia presuppone l'esistenza del potere autoritativo: art. 11 della legge n. 241/1990)". La sentenza in questione è stata pubblicata su varie riviste: in *Dir. proc. amm.*, 2004, 799 e ss., con note di R. VILLATA, *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte costituzionale* e di V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004 (osservazioni a primissima lettura)*; in *Foro it.*, 2004, 1, 1259 con nota di A. TRAVI ed *ivi*, 2004, 1, 2594 e ss. con nota di F. FRACCHIA; in *Giorn. Dir. amm.*, 969 con note di A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è esclusiva*, di B.G. MATTARELLA, *Il lessico amministrativo della Consulta e il rilievo costituzionale dell'attività amministrativa*, e di M. CLARICH, *La "tribunalizzazione" del giudice amministrativo evitata*.

<sup>59</sup> A suffragio di quanto affermato può concorrere una nota pronuncia del 2016 della Corte Costituzionale (la n. 169) nella quale il giudice delle leggi ha affermato che gli accordi ex art. 11 della legge 241 del 1990 – in virtù del loro carattere consensuale ed eterodosso rispetto ai provvedimenti – rappresenterebbero una forma di esercizio indiretto o mediato di un potere autoritativo: "In quanto inserite nell'ambito del procedimento amministrativo, le convenzioni e gli atti d'obbligo stipulati tra pubblica amministrazione e privati costituiscono pur sempre espressione di un potere discrezionale della stessa. Tali moduli convenzionali di esercizio del potere amministrativo non hanno, quindi, specifica autonomia. In coerenza con i principi affermati nella giurisprudenza costituzionale, il fondamento di tale ipotesi di giurisdizione esclusiva viene legittimamente individuato nell'esercizio, ancorché in via indiretta o mediata, del potere pubblico". Tale impostazione è stata, più di recente, fatta propria anche dalle SS.UU. della Cassazione civile nel pronunciamento n. 27768 del 2020. Tali arresti – a parere di chi scrive – non sono accoglibili nella parte in cui affermano che gli accordi ex art. 11 rappresenterebbero una forma indiretta o mediata di esercizio di potere (negli accordi, infatti, l'esercizio di potere è propriamente diretto), mentre possono essere assolutamente condivisi nella parte in cui lasciano intendere

Con riferimento a quest'ultima eventualità un approccio superficiale potrebbe indurre a ritenere che gli strumenti di diritto privato utilizzati dall'Amministrazione per raggiungere l'obiettivo che ha determinato il previo conferimento di un potere maggiore debbano, in qualche modo, subire un "adattamento" derivante dal loro impiego all'interno di una fattispecie di esercizio (seppur indiretto) di potere. Viene quasi spontaneo ritenere che quegli istituti debbano avere una "colorazione" differente rispetto a quella che li definisce nel loro campo di applicazione elettivo. Quegli strumenti di diritto privato non potrebbero rimanere immuni rispetto alla circostanza di essere impiegati in un episodio di esercizio (seppur) indiretto di un potere finalistico.

Invece, così non è; ogni adattamento, ogni diversa coloratura rappresenterebbe una sviante ibridazione capace di introdurre disordine e sovrapposizione di discipline ideate per contesti specifici, peculiari e differenti.

Nell'attività amministrativa di diritto privato gli istituti civilistici vanno impiegati nella loro conformazione naturale ed originaria; ipotetici aggiustamenti di sorta risulterebbero in contrasto con la chiarezza che deve connotare sempre l'attività delle pubbliche Amministrazioni.

Del resto – allargando lo sguardo oltre l'attività amministrativa di diritto privato – testimonianze dirette degli effetti disorientanti che possono derivare da ingiustificate ibridazioni di istituti privatistici sono rinvenibili proprio nella disciplina degli accordi contenuta nell'art. 11 della legge 241 del 1990, ove, evidentemente, si abbracci l'inquadramento pubblicistico dei medesimi.

Nello specifico, è noto che la scelta del legislatore di definire l'istituto su cui ci si intrattiene con il medesimo sostantivo ("accordo") utilizzato sempre dal legislatore nel momento in cui quest'ultimo, nell'articolo 1321 del codice civile, ha specificato la natura del contratto ha determinato incertezze, dubbi e grattacapi tra una buona parte dei sostenitori dell'inquadramento pubblicistico, oltre ad aver rappresentato (invero, non il principale ma sicuramente) uno degli argomenti maggiormente utilizzati dagli epigoni della concezione privatistica.<sup>60</sup>

Se – come si ritiene – gli istituti di cui all'art. 11 non sono contratti (e, anche ove lo fossero, non sarebbero) pianamente riconducibili all'archetipo di cui all'art. 1321 del codice civile, la scelta di definirli accordi è stata, obiettivamente, ibridizzante ed infelice.

Ancora più sviante la scelta del legislatore di definire indirettamente "recesso" quell'istituto che, in presenza di sopravvenuti motivi di pubblico interesse,

---

che, in presenza di un previo conferimento di potere, l'impiego da parte della A. di strumenti civilistici in vista della soddisfazione dell'esigenza di carattere generale che è alla base del predetto conferimento rappresenta una modalità di esercizio indiretto o mediato dell'anzidetto potere.

<sup>60</sup> Nessun imbarazzo, invece, ma completa condivisione della scelta da parte di quei sostenitori della concezione pubblicistica convinti però del fatto che gli accordi di cui all'art. 11 avrebbero la medesima natura dei contratti di cui all'art. 1321 del codice civile. G. GRECO *"Accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto"*, op. cit.

impone alla A. di sciogliere l'accordo, salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato.

L'elemento terminologico in questione – oltre ad orientare in via immediata gli interpreti verso la natura privatistica dell'istituto<sup>61</sup> – ha indubbiamente giocato un ruolo (più o meno decisivo) nell'emersione di posizioni dottrinali orientate ad assimilare in tutto e per tutto gli accordi di cui all'art. 11 ai contratti privatistici.<sup>62</sup>

A ben vedere, però, l'istituto delineato dal 4° comma dell'art. 11 ha ben poco a che vedere con il recesso di cui all'art. 1373 del codice civile. Fortunatamente, nel corso degli anni, la quasi totalità della dottrina ha riconosciuto tale circostanza e – anche in ragione della stessa – ha ricondotto il predetto recesso unilaterale all'interno del generale potere di autotutela da riconoscersi in capo a tutte le pubbliche Amministrazione.<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup> Al riguardo si vedano G. CORSO, F. TERESI, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti. Commento alla legge 7 agosto 1990, n. 241*, cit., 74 e ss. secondo i quali il recesso rappresenterebbe un potere riconosciuto in capo all'Amministrazione nella sua identità di parte contraente. In giurisprudenza, C.d.S., Sez. VI, sent. n. 264 del 2000: "Qualora laa. utilizzi lo strumento contrattuale in luogo di quello provvedimentoale, ai sensi della l. 7 agosto 1990 n. 241 art. 11 comma 1, per determinare il contenuto di proprie determinazioni o per sostituire provvedimenti amministrativi, l'amministrazione è vincolata al contratto, salva la possibilità dell'esercizio del recesso unilaterale per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, giusta le indicazioni del comma 4 art. 11 l. n. 241 cit. (applicazione alla fattispecie della determinazione delle quote di produzione dello zucchero)" C.d.S., Sez. IV, sent. n. 4872 del 2013: "Nel caso di conclusione, da parte della Amministrazione, di un accordo procedimentale ex art. 11, l. 7 agosto 1990 n. 241, avente ad oggetto la cessione volontaria dei beni soggetti ad esproprio, legittimamente la stessa rifiuta di corrispondere l'acconto previsto, ove tale rifiuto derivi dalla circostanza, da essa appresa solo successivamente ma nota ai privati, relativa all'esistenza di un privilegio immobiliare e di tre ipoteche iscritte sull'immobile in proprietà di questi ultimi, costituendo tale circostanza una causa sopravvenuta che giustifica il suo recesso unilaterale, atteso che il comportamento dei privati costituisce una condotta improntata a scorrettezza e contraria a buona fede, ai sensi degli art. 1337 e 1338 c.c., nella fase delle trattative e in quella della conclusione dell'accordo" e T.A.R., Lombardia, Bs, Sez. I, sent. n. 686 del 2013: "La norma di cui all'art. 11, l. n. 241 del 1990 è interpretabile in modo da non escludere che, a fianco del recesso dall'accordo sostitutivo da essa consentito all'amministrazione, coesistano con esso i normali rimedi accordati dal diritto civile in relazione alla natura dell'accordo, e in particolare il recesso di cui all'art. 1373 c.c".

<sup>62</sup> Tra i tanti si veda. C. ARGENIO, *L'accordo nell'azione amministrativa*, in *Cons. Stato*, 1992, 3499 e ss.

<sup>63</sup> Si veda M. IMMORDINO, *Legge sul procedimento, accordi e contratti di diritto pubblico*, cit., 147: "il recesso costituisce manifestazione di un vero e proprio potere, la cui assimilazione al potere di revoca, nell'accezione di potere dell'amministrazione di nuovamente e diversamente (auto)determinarsi in conseguenza di sopravvenuti mutamenti dell'interesse pubblico, ci sembra pienamente condivisibile". In giurisprudenza: T.A.R., Puglia, Lecce, Sez. III, sent. n. 3 del 05.01.2015: "L'art. 11 comma 4, l. 7 agosto 1990 n. 241 è confermativa (e non derogatoria) della regola generale secondo cui il generale potere di revoca del provvedimento amministrativo è proprio della funzione di amministrazione attiva: il potere di recedere (nel pubblico interesse) dagli accordi ammini-

Nello specifico, l'istituto dovrebbe essere interpretato come una speciale manifestazione del potere di revoca per sopravvenuti motivi di pubblico interesse; una revoca onerosa<sup>64</sup> che avrebbe un campo di applicazione più limitato rispetto alla revoca di cui all'art. 21-quinquies della legge 241 in quanto la prima non contemplerebbe la c.d. revoca *ius poenitendi*.<sup>65</sup>

A questo punto, però, la scelta di evitare ogni potenziale fenomeno di ibridazione pone l'interprete innanzi alla necessità di individuare la strada attraverso la quale le esigenze di carattere pubblicistico che connotano in maniera evidentemente piena l'attività amministrativa di diritto privato possano trovare una presa in considerazione ed una conseguente, possibile soddisfazione.

Gli strumenti di diritto privato, da un lato, sono propriamente inadeguati rispetto a tale compito e, dall'altro – come già anticipato – è bene che non subiscano aggiustamenti di sorta.

Orbene, anche in questo caso la soluzione potrebbe arrivare attraverso una versione peculiare dell'evidenza pubblica. Un'evidenza pubblica autonoma, originaria e rafforzata; innesti pubblicistici all'interno dell'attività amministrativa di diritto privato.

Rispetto all'evidenza pubblica tradizionale (che entra in gioco quando l'iniziativa dell'Amministrazione origina dalla volontà di raggiungere l'obiettivo che è alla base di un potere maggiore previamente conferito prescindendo dall'esercizio del medesimo ovvero in assenza dello stesso), questa differente forma di

---

strativi, infatti, non rappresenta altro se non la particolare configurazione che la potestà di revoca assume quando il potere amministrativo è stato esercitato mediante un accordo iniziale anziché in forma unilaterale. Il fondamento giuridico del recesso dagli accordi – istituto che si pone in un rapporto di “species ad genus” rispetto al potere amministrativo di revoca – risiede, dunque, nel tratto più tipico e innato del potere amministrativo: la sua inesauribilità”.

<sup>64</sup> G. GRECO, *Accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto*, op. cit., 240: “Si tratta (il riferimento è al recesso ndr.) ... di una revoca onerosa, per ragioni sopravvenute di pubblico interesse, da apprezzare e da dedurre in motivazione con particolare rigore, trattandosi di un atto che produce effetti estintivi sull'assetto concordato dei rapporti. E ciò da un lato distingue tale istituto dal recesso “ad nutum” e, dall'altro, convince anche del suo carattere doveroso, sussistendone i presupposti”

<sup>65</sup> In una abbastanza recente sentenza del Consiglio di Stato, il giudice – in maniera a mio parere errata – in relazione ad un accordo di cui all'art. 15 della legge 241 (ma il discorso non sembra cambiare con riferimento all'art. 11) è sembrato orientato a non escludere la revoca “ius poenitendi” dall'ambito di applicazione dell'art. 11, comma 4 della legge 241 del 1990, C. d.S., Sez. VI, sent. n. 7212 del 24.12.2018: “Premesso che l'esercizio del potere di recesso di cui al comma 4 dell'art. 11 l. n. 241/1990 non esaurisce il novero di possibili modalità di esercizio del ius poenitendi della Amministrazione, rispetto alla fattispecie caratterizzata dalla conclusione dell'accordo, non è possibile che anche il pur ammissibile esercizio del potere di autotutela di cui permane titolare l'amministrazione, possa porre nel nulla l'intero accordo al quale hanno partecipato più amministrazioni nel perseguimento dello specifico interesse a ciascuna affidato dall'ordinamento, attraverso un atto unilaterale di una sola delle amministrazioni, facenti parte dell'accordo, senza coinvolgere gli altri enti interessati”

evidenza pubblica oggetto di ipotesi avrebbe la funzione di dare riscontro alle esigenze pubblicistiche che hanno originato proprio il previo conferimento di un potere finalistico e che non possono essere soddisfatte attraverso i soli istituti del diritto privato.

L'interesse generale che risulta alla base dell'attività amministrativa in forma pubblicistica è esattamente il medesimo se l'attività amministrativa si declina, invece, in forma privatistica.

L'evidenza pubblica rafforzata si fonderebbe proprio su quel potere maggiore previamente conferito.

Essa non sarebbe costretta negli angusti confini di un potere minore in quanto troverebbe la sua ragion d'essere proprio in un potere maggiore. Non si risolverebbe, pertanto, in una banale procedura concorrenziale indispensabile ogni qual volta l'Amministrazione decida di utilizzare la sua capacità generale di diritto privato a prescindere da un potere maggiore ma dovrebbe assumere forme più evolute che si affianchino agli istituti di diritto privato e che siano idonee a rispondere alle esigenze pubblicistiche che hanno giustificato il potere maggiore che, anche attraverso di loro, viene esercitato.<sup>66</sup>

In base a tale impostazione, nell'attività amministrativa di diritto privato coesisterebbero tanto atti di matrice privatistica quanto atti di natura pubblicistica (del resto, non potrebbe che essere così) ed entrambe le tipologie di atti rappresenterebbero esercizio indiretto di un potere maggiore. Con la peculiarità che l'atto con il quale la A. procedente andrà a chiudere quella fattispecie di esercizio indiretto di un previo potere maggiore sarà a tutti gli effetti un negozio di diritto privato.

E, nel caso specifico, quel negozio di diritto privato (come del resto tutti gli atti della precedente "serie procedimentale" alla quale si è appena fatto riferimento) non troverà giustificazione nell'autonomia privata della A. competente ovvero nella sua piena capacità generale di diritto privato ma si fonderà sul potere maggiore precedentemente conferito.

A tanto si deve aggiungere che gli eventuali interventi pubblicistici che potrebbero sopraggiungere in un momento successivo all'incontro di volontà dell'Amministrazione e del privato che si verifica nell'ambito dell'attività amministrativa di diritto privato si fonderebbero anch'essi sul medesimo potere mag-

---

<sup>66</sup> Mi viene da pensare al modo in cui un'Amministrazione attributaria del potere di affidare in concessione tratti del demanio marittimo (tema quantomai attuale) che decidesse di raggiungere i medesimi risultati conseguibili con il provvedimento concessorio dovrebbe rispondere a quelle necessità informative che nell'ordinario procedimento concessorio vengono soddisfatte per il tramite della comunicazione di avvio del procedimento da inviare a tutti i soggetti (ove individuati ovvero facilmente individuabili) che potrebbero subire un danno dall'ipotetico provvedimento concessorio. Non escludo che un atto analogo alla comunicazione di avvio del procedimento debba essere presente anche nelle ipotesi in cui il potere viene esercitato in modalità indiretta (attività amministrativa di diritto privato).

giore che è stato precedentemente esercitato in maniera indiretta e che ha dato vita al negozio privato.

In casi del genere si assisterebbe alla peculiarità di un provvedimento di secondo grado che produce i suoi effetti direttamente su di un contratto di diritto privato.<sup>67</sup>

In terzo luogo, l'interpretazione è del tutto asistemica

Essa pare non tenere nella debita considerazione quel “brodo primordiale” di carattere procedimentale nel quale prende forma l'ipotesi dell'accordo sostitutivo. Prima di sfociare in un accordo il procedimento (di regola) deve aver già superato più fasi e momenti che non si cancellano con un colpo di spugna solo in virtù della circostanza che quel procedimento si va a concludere con una modalità (ordinaria ma) differente dal tradizionale provvedimento.

4) Da ultimo, l'interpretazione è antistorica.

Pare, infatti, non tenere nella debita considerazione il dato inconfutabile che ormai il provvedimento, quantomeno da un punto di vista teorico, è solo uno dei modi in cui si può concludere un procedimento e, parallelamente, uno dei modi in cui si può esercitare uno specifico potere maggiore.

*Primus inter pares.*

Silenzi significativi, accordi sostitutivi di provvedimenti e SCIA hanno evidentemente le loro specificità, peculiarità e differenze (anche particolarmente profonde) ma – come il provvedimento – costituiscono forme ordinarie e dirette di esercizio di un potere primario.<sup>68</sup>

Tra l'altro, affermare che gli accordi sostitutivi di provvedimento sarebbero dei contratti riconducibili all'esercizio di una funzione amministrativa che si

---

<sup>67</sup> La dottrina si è già ampiamente espressa sul tema dei provvedimenti di secondo livello che incidono sugli accordi ex art. 11 legge 241. Un tema in parte inesplorato ed interessante risulta, invece, essere quello della possibilità di concludere accordi sostitutivi di provvedimenti di secondo livello. A rigor di logica non sembrano esistere ostacoli alla possibilità che gli accordi sostitutivi prendano il posto di provvedimenti di autotutela. Ed infatti T.A.R., Lombardia, Mi, Sez. II, sent. n. 1246 del 26.05.2015: “L'accordo con cui si esercita attività di autotutela amministrativa finalizzata all'annullamento d'ufficio dei provvedimenti sanzionatori edilizi già adottati e oggetto di contestazioni in sede giurisdizionale costituisce un accordo sostitutivo di provvedimento, approvato in conformità all'evoluzione legislativa della figura dell'accordo sostitutivo, che era in origine ammissibile nei soli casi previsti dalla legge ma che ora non soffre più di una simile limitazione, dopo le modifiche al comma 1 dell'art. 11 l. n. 241 del 1990, introdotte dalla l. n. 15 del 2005”

<sup>68</sup> Fortunatamente il legislatore statale degli ultimi vent'anni ha esteso pressoché automaticamente la disciplina processuale introdotta per gli atti amministrativi (provvedimenti) anche alle neonate forme di esercizio di potere che non si concretizzano in atti. La previsione e la considerevole diffusione di queste ultime dovrebbe, forse, indurre una riflessione sull'attualità e sulla bastevolezza della disciplina costituzionale (art. 113) che, nel predisporre i mezzi a tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi, si riferisce esclusivamente agli atti delle pubbliche Amministrazioni. In argomento si veda M. RAMAJOLI, *Gli incerti confini della nozione di provvedimento amministrativo*, in AA.VV., *Associazione studi e ricerche parlamentari*, Torino, 2009, 41 e ss.

estrinseca al di fuori di un esercizio diretto di un potere maggiore rischia di creare una significativa confusione.

Come già accennato, infatti, esiste una possibile area di attività privatistica che si svolge come estrinsecazione della funzione amministrativa ma prescinde dall'esercizio diretto di un potere maggiore (è l'attività amministrativa di diritto privato), ma in quest'area – in virtù della loro connotazione marcatamente procedimentale – non possono certamente confluire gli accordi tra privati ed Amministrazioni sostitutivi di provvedimento.

È un'area questa nella quale – come anticipato – l'Amministrazione agisce sulla base di un potere primario che le è stato conferito ma che non esercita direttamente, servendosi, invece, di strumenti del diritto comune che, nel caso specifico e occasionalmente – oltre che nella capacità generale di diritto privato che è propria dell'Amministrazione trovano giustificazione anche (e soprattutto) nel potere maggiore previamente conferito.<sup>69</sup> Anche questa attività sarà necessariamente funzionalizzata sia perché occasionata e caratterizzata da un previo conferimento di potere primario sia in quanto posta in essere dall'Amministrazione in esercizio del predetto potere e, pertanto, finalisticamente orientata alla soddisfazione di un interesse generale individuato da una fonte normativa (che ha attribuito l'anzidetto potere maggiore).

In tale contesto resta comunque da capire se e come la circostanza di inserirsi in una dinamica di esplicazione di funzione amministrativa vada ad incidere sugli strumenti privatistici utilizzati per l'esercizio indiretto del potere.

Ciò posto, una delle questioni di maggiore interesse tra quelle che emergono da quanto sin qui accennato (e sulle quali ci si riserva un compiuto approfondimento) risulta essere quella della differenza che intercorre tra il nucleo privatistico essenziale dell'attività ad evidenza pubblica e l'attività amministrativa in forma privatistica e della individuazione di possibili criteri per distinguerle, soprattutto con riferimento a quelle ipotesi nelle quali anche l'attività ad evidenza pubblica si svolga in un contesto caratterizzato dal previo conferimento di uno specifico potere maggiore.

Andando più in profondità si dovrebbe cercare di comprendere se gli

---

<sup>69</sup> Con riferimento a quest'area ed agli accordi che in essa possono farsi confluire M.S. GIANINI, *Corso di diritto amministrativo*, III, 2, *L'attività amministrativa*, Milano, 1967, 116 affermava: "Il contratto sostitutivo si fonda invece sulla determinazione dell'amministrazione di non esercitare la potestà pubblica di cui è titolare, usando in suo luogo lo strumento contrattuale; l'esistenza di detta potestà è quindi presupposto contrattuale; ma siccome le potestà pubbliche sono irrinunciabili, il non averla esercitata non impedisce all'amministrazione di prenderne o riprenderne l'esercizio, se ciò è richiesto dal pubblico potere". La citazione è stata in parte già riportata nella nota n. 32. La posizione sui c.d. contratti sostitutivi è tendenzialmente condivisibile ad eccezione del convincimento secondo il quale i predetti contratti presupporrebbero una rinuncia all'esercizio di potere. La peculiarità degli accordi, infatti, sta proprio nel loro essere una particolare forma di esercizio di potere.

strumenti del diritto comune subiscono conseguenze in virtù della funzionalizzazione che contraddistingue tanto la parte pubblicistica dell'attività privata ad evidenza pubblica quanto l'attività amministrativa di diritto privato.

Con ogni probabilità la bussola che si deve seguire per cercare di fare chiarezza sul punto è il criterio del previo conferimento di uno specifico potere maggiore. Quando anche l'attività privatistica ad evidenza pubblica risulta occasionata dalla previa attribuzione di un potere maggiore (cosa che accade sempre, invece, nell'attività amministrativa di diritto privato), gli istituti di diritto privato che vengono utilizzati dall'Amministrazione – pur rimando inalterati nella loro struttura – potrebbero subire condizionamenti esterni più o meno penetranti quantomeno con riferimento all'applicazione dei principi generali dell'attività amministrativa.

Questo non accade, invece, quando l'attività privatistica accompagnata dall'evidenza pubblica si svolga nella totale assenza di una precedente assegnazione di uno specifico potere finalistico; in questo caso, infatti, gli strumenti privatistici prendono forma e si sviluppano in maniera totalmente incondizionata e pura in quanto le esigenze di funzionalizzazione (che nel caso specifico hanno una connotazione solo soggettiva legata al fatto che ad agire sia unaA.) vengono soddisfatte mediante innesti circoscritti e mirati di elementi pubblicistici che trovano il loro fondamento in poteri strumentali e “minori” che sono direttamente collegati alla natura pubblica del soggetto agente ed alla parziale funzionalizzazione dell'attività e che, insieme agli istituti privatistici, concorrono a definire il quadro generale della fattispecie senza mai incrociarsi.

#### *2.4. Nuovo strumento dell'attività amministrativa in forma pubblicistica e autoritatività*

Da ultimo, si è visto come il concetto di contratto quale alternativa all'esercizio di potere potrebbe riferirsi ad uno strumento per la cura dell'interesse pubblico concreto interno alla funzione amministrativa ed all'esercizio di un potere ma differente dall'esercizio di potere nella sua forma tradizionale di provvedimento.

Tra tutte quelle possibili (poc'anzi prospettate), quella appena indicata è l'interpretazione più in linea con il contesto procedimentale all'interno del quale prende forma la possibilità dell'accordo sostitutivo.

L'accordo, dal punto di vista generale, costituirebbe espressione di funzione amministrativa mentre, dal punto di vista specifico, rappresenterebbe esercizio di un potere maggiore in una forma pubblicistica “speciale” e comunque eterodossa rispetto a quella tradizionale del provvedimento.

Questa interpretazione leggermente “tirata” per renderla coerente con i caratteri dell'ordinamento sembra, allo stesso tempo, non cogliere l'elemento di straordinaria novità che – sul punto specifico – ha caratterizzato sin da subito la legge 241 del 1990.

Il legislatore della 241 ha introdotto la negoziazione tra privato e Amministrazione tra le possibili forme ordinarie e ortodosse di esercizio di potere. Pertanto, la conclusione di un accordo tra privato e Amministrazione non determina la fuoriuscita della vicenda dall'attività amministrativa in forma pubblicistica per l'ingresso nell'attività amministrativa in forma privatistica.<sup>70</sup> Non solo. Non c'è neanche un passaggio da una forma ortodossa di esercizio di potere in forma pubblicistica ad una forma "eterodossa" del medesimo episodio di esercizio di potere.

Da un punto di vista regolatorio, l'effetto che si produce a seguito della stipulazione di un accordo sostitutivo (ma lo stesso può dirsi con riferimento ad un accordo procedimentale) è quello di integrare la normativa di carattere pubblicistico che ordinariamente disciplina le forme di esercizio di potere con circoscritti innesti disciplinari di matrice privatistica.

Ci si continua a muovere, infatti, sempre e solo nell'ambito dell'attività amministrativa in forma pubblicistica<sup>71</sup>.

A ben vedere, però, l'ipotesi ermeneutica presenta tre differenti problematiche: quella relativa alla presunta incompatibilità tra negoziazione ed esercizio di potere, quella che attiene al superamento del carattere unilaterale dell'azione amministrativa in forma pubblicistica ed infine quella che riguarda la possibile coesistenza della consensualità con l'autoritatività, da un lato, e con l'imperatività dall'altro.

È necessario procedere con ordine partendo, evidentemente, dalla prima questione.

Come è ampiamente noto, secondo una parte della dottrina, la decisione dell'Amministrazione titolare di un potere maggiore di utilizzare a fini pubblici-

---

<sup>70</sup> È significativo rilevare come, paradossalmente, la tendenza a ritenere gli accordi sostitutivi come un elemento estraneo ad un ordinario esercizio di potere in forma pubblicistica sia rinvenibile anche tra gli studiosi maggiormente convinti del carattere pubblicistico dell'intera vicenda di cui all'art. 11 della legge 241 del 1990 F. CANGELLI, *Articolo 11 comma 1 e 4-bis*, in AA.VV., *La pubblica amministrazione e la sua azione*, op. cit., 284 e 285: "Il problema della fungibilità, dunque, riguarda non la generale capacità della A. di porre in essere negozi giuridici, ma la mera possibilità di scegliere se utilizzare uno strumento consensuale (sostitutivo o integrativo rispetto al provvedimento finale), all'interno di un contesto procedimentale, destinato in origine a svolgersi e concludersi secondo modalità di azione di tipo pubblicistico, prescindendo, cioè, dalla ricerca del consenso dei soggetti privati coinvolti" e 292: "Per comprendere la portata dell'innovazione, la riflessione deve, ora, evidenziare come la formulazione letterale della norma induca a ritenere che la necessità giuridica della determinazione preliminare si ponga soltanto nel caso in cui l'amministrazione intenda accogliere la proposta di accordo del privato interessato e non già quando essa ritenga di non dover deviare dall'ordinario iter procedimentale di tipo pubblicistico".

<sup>71</sup> G. GRECO, *Accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto*, cit., 150: "l'innovazione introdotta dall'art. 11 non è quella di privatizzare l'esercizio del potere amministrativo attraverso una sostituzione di disciplina, ma quella – più circoscritta, ma non meno rilevante – di implementare ed integrare la disciplina pubblicistica con quella privatistica, ove l'esercizio del potere si esprima attraverso accordi e non attraverso atti unilaterali".

stici il negoziato con il privato – in ragione della natura prettamente impositiva degli strumenti di esercizio di potere – determinerebbe la fuoriuscita dell'azione pubblica dall'ambito pubblicistico e, soprattutto, la rinuncia al predetto potere.<sup>72</sup>In sostanza, l'assenza di effetti impositivi che contraddistingue l'incontro di volontà impedirebbe di ricondurre l'accordo all'ambito dell'esercizio di potere.

Una posizione radicale che sembra strutturata su di una (invero, non necessaria) identificazione tra azione di interesse generale e regime speciale di sovraordinazione<sup>73</sup>; ma, a ben vedere, le uniche rinunce riscontrabili negli accordi sostitutivi sono due: la prima è in capo all'Amministrazione procedente ed è quella (tra l'altro, reversibile) relativa all'esercizio in forma unilaterale del potere maggiore. Quest'ultimo, infatti, non è nella disponibilità dell'Amministrazione conferitaria e, per la medesima, appare sostanzialmente irrinunciabile. La seconda è, invece, riconducibile al privato paciscente il quale, nel momento in cui sottoscrive l'accordo, rinuncia preventivamente alla possibilità di contestare in via giurisdizionale l'accordo medesimo.

Tra l'altro, anche in quelle ipotesi nelle quali l'Amministrazione destinataria di un potere maggiore decida di raggiungere l'obiettivo che è all'origine di quel previo conferimento di potere utilizzando la sua capacità generale di diritto privato non vi è nessuna rinuncia al potere. Posto che l'interesse pubblico non è interesse specifico dell'Amministrazione ma elemento esterno e antecedente rispetto al conferimento del potere specifico, è legittimo ritenere che, in ogni momento, l'Amministrazione che ha operato la predetta scelta possa tornare sui suoi passi e decidere di esercitare in maniera unilaterale quel potere che (in virtù del carattere esterno ed antecedente dell'interesse pubblico che lo ha giustificato) non è nella sua disponibilità.

Pertanto, a partire dal 1990 non esiste più un'ontologica incompatibilità tra negoziazione ed esercizio di potere; tra le novità introdotte dalla legge 241, una delle più significative è, con ogni probabilità, quella di aver previsto la possibilità che il cittadino diventi coprotagonista effettivo dell'esercizio dell'azione amministrativa e della definizione in accordo della decisione del caso specifico<sup>74</sup>.

Le seconda problematica riguarda, come anticipato, il presunto superamento del carattere unilaterale dell'azione amministrativa in forma pubblicistica. Secondo parte della dottrina, infatti, l'introduzione degli accordi di cui all'art. 11 della 241 avrebbe posto in discussione l'unilateralità del provvedimento amministrativo.<sup>75</sup>

<sup>72</sup> Da ultimo N. PAOLANTONIO, *Contributo sul tema della rinuncia in diritto amministrativo*, Napoli, 2003.

<sup>73</sup> Una prima critica al tradizionale convincimento sulla (diffusamente affermata) necessità di una disuguaglianza nel rapporto tra Amministrazioni e privato era già rinvenibile in G. MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, cit., 17 e ss.

<sup>74</sup> Parlo di accordo e non di contratto. Non si concorda, infatti, con l'affermazione di G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, cit., 19: "Risulta così anticipata – di oltre mezzo secolo – una concezione ora largamente condivisa, perché prevista dalla legge: il contratto può costituire in taluni casi l'esito del procedimento amministrativo, in alternativa al provvedimento".

<sup>75</sup> Interessanti riflessioni sul tema sono rinvenibili in A. TRAVI, *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro it.*, 1997, V.

Ebbene, il convincimento appare ingiustificato; la questione è leggermente (ma sostanzialmente) differente. Nessuna delle due tipologie di accordo prevista nell'art. 11 della 241 determina il superamento del carattere unilaterale del provvedimento amministrativo. Tale superamento non si verifica, infatti, né negli accordi sostitutivi né tantomeno negli accordi integrativi.

Negli accordi sostitutivi la questione è particolarmente banale visto che, in queste fattispecie, il provvedimento non c'è; se poi si accoglie – come mi sembra del tutto ragionevole – la distinzione introdotta da Franco Scoca (nell'ambito di una riflessione sui provvedimenti vincolati) tra componente determinante e componente costitutiva del provvedimento, si deve riconoscere che negli accordi integrativi la negoziazione riguarda esclusivamente la componente determinante mentre non intacca in alcun modo la componente costitutiva. In ragione di ciò, il provvedimento adottato sulla base di un accordo integrativo, in relazione alla componente costitutiva, non perde il suo carattere unilaterale.

La grande novità, pertanto, non riguarda il provvedimento amministrativo ma la decisione che contraddistingue ogni episodio di esercizio di potere; è la decisione a non essere più necessariamente unilaterale.<sup>76</sup>

A questo punto si deve passare alla terza delle problematiche poc'anzi riferite e, precisamente, al tema della compatibilità tra consensualità ed autoritatività<sup>77</sup>, da un lato, e imperatività dall'altro.

In via preliminare, è necessario rilevare come, praticamente da sempre, la dottrina si divide tra interpreti che considerano autoritatività e imperatività sostanzialmente come sinonimi e studiosi che, di contro, attribuiscono un significato diverso ai due caratteri dell'attività amministrativa.

Più di recente è, altresì, emersa una posizione dottrinale che si discosta anche polemicamente da ambedue le posizioni appena richiamate in quanto orientata a contestare l'attualità e l'utilità tanto dell'autoritatività quanto dell'imperatività<sup>78</sup>.

Orbene, quel che è certo è che nessuno degli interpreti di qualsivoglia corrente ermeneutica ha avuto vita facile nell'identificare un significato unitario alla propugnata endiadi autoritatività/imperatività piuttosto che nell'individuazione dei caratteri specifici dell'autoritatività da un lato e dell'imperatività dall'altro. In

---

<sup>76</sup> Con la consueta chiarezza F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formazione alla legge sul procedimento*, op. cit., 300 e 301, che, proprio riferendosi all'accordo sostitutivo, ha rilevato: "ha permesso di considerare possibile che un potere unilaterale, idoneo a produrre modificazioni non volute nella sfera giuridica altrui, possa essere esercitato mediante un atto consensuale. Se il consenso esclude l'autoritatività dell'atto, nel caso dell'accordo si ha un atto non autoritativo che costituisce esercizio di potere autoritativo".

<sup>77</sup> Stimolanti spunti di riflessione sul tema dell'autoritatività sono rinvenibili in AA.VV., *L'atto autoritativo convergenze e divergenze*, in *Atti del convegno annuale A.I.P.D.A. 2001*, Napoli 2012.

<sup>78</sup> Come si sarà probabilmente intuito, ci si riferisce agli studi di B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000; ID., *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 1 e ss

entrambi i casi ci si è mossi (e ci si muove) su terreni particolarmente scivolosi, peraltro intimamente condizionati anche da profili di carattere filosofico, sociologico e di teoria generale del diritto.<sup>79</sup>

All'interno di un'imperdonabile ma necessaria semplificazione, si può rilevare come la dottrina "unionista" – a valle di un logorio durato vari decenni e contraddistinto dal susseguirsi di convinzioni profondamente differenti l'una dall'altra rispetto al tema della giustificazione del potere pubblico<sup>80</sup> – sia infine giunta a ritenere che il significato dell'endiadi autoritatività/imperatività si traduca nella capacità del provvedimento amministrativo di produrre modificazioni costitutive nella sfera giuridica soggettiva di un soggetto di diritto a prescindere dal consenso di quest'ultimo.<sup>81</sup>

Necessariamente più articolato il discorso nel momento in cui dalla concezione unitaria si passa all'interpretazione che, di contro, separa autoritatività e imperatività.

In tale contesto, vi è chi ha identificato l'imperatività nella proprietà dei provvedimenti ablatori di produrre modificazioni nella sfera giuridica dei loro destinatari prescindendo dalla loro adesione (limitando, in tal modo, l'imperatività unicamente alle fattispecie in cui si verificano degradazione o affievolimento di diritti soggettivi) ed ha, contestualmente, ricondotto l'autoritatività alla non sovrapponibilità tra i soggetti che definiscono il regolamento di interessi ed i soggetti titolari di situazioni giuridiche soggettive prese in considerazione nel predetto regolamento di interessi.<sup>82</sup>

Più di recente, nel medesimo ambito dottrinale, vi è stato chi ha sostenuto che l'imperatività rappresenterebbe la capacità del provvedimento di produrre modificazioni nella sfera giuridica dei destinatari dell'atto prescindendo dalla loro adesione, mentre l'autoritatività consisterebbe nella circostanza che i prov-

<sup>79</sup> Sul punto si veda F. DE LEONARDIS, *I principi generali dell'attività amministrativa*, in AA.VV. (a cura di) A. Romano, *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 98 e 99.

<sup>80</sup> Le differenti definizioni di imperatività che sono state proposte negli anni da Massimo Severo Giannini sono riportate in F.G. COCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formazione alla legge sul procedimento*, cit., 261 e ss. ed in M. RAMAJOLI, R. VILLATA, *Il provvedimento amministrativo*, op. cit., 20. Sul percorso ermeneutico di Giannini in tema di imperatività si veda, inoltre, B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, cit., 162 e ss.

<sup>81</sup> M. RAMAJOLI, R. VILLATA, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 20: "Imperatività è, dunque, quella particolare forza del provvedimento amministrativo in virtù della quale le modificazioni della sfera giuridica dei destinatari, il regolamento degli interessi prefigurato, non hanno bisogno, per la loro realizzazione, della collaborazione dei destinatari medesimi". Primo sostenitore dell'identità di contenuto e di significato per imperatività e autoritatività è stato MASSIMO SEVERO GIANNINI (*Diritto amministrativo*, Vol. II, III ed., Milano, 1993 278-281). Successivamente, GIUSEPPE GUARINO (*Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, 264 e ss.), PIETRO VIRGA (*Diritto amministrativo. Atti e ricorsi*, VI, ed., Milano, 2001) e, da ultimo, MASSIMO MONTEDURO (*Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica*, Padova, 2012).

<sup>82</sup> F. G. COCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, op. cit., rispettivamente, 261 e 301.

vedimenti amministrativi sono adottati dall'Amministrazione in quanto autorità amministrativa.<sup>83</sup>

Da quanto messo sinteticamente in luce viene fuori come coloro i quali professano la necessità di tenere distinte autoritatività ed imperatività, rispetto a quest'ultima – nella sostanza – concordino con gli “unionisti” nel momento in cui la definiscono come la capacità del provvedimento amministrativo di produrre modificazioni costitutive nella sfera giuridica soggettiva di un soggetto di diritto a prescindere dal suo consenso.

Niente di particolarmente nuovo se si tiene presente che, in un lavoro del 1996, Giannini descriveva l'imperatività come la qualità di un particolare tipo di atto amministrativo (il provvedimento) di determinare: “un'immutazione delle situazioni giuridiche soggettive che storicamente si trova dinanzi allorché viene adottato, per cui le estingue, le modifica, le sostituisce con altre, le trasferisce, in una parola produce l'avverarsi di eventi di nascita, modificazione ed estinzione di situazioni soggettive nella sfera altrui indipendentemente dal concorso e dalla collaborazione del soggetto che lo subisce”.<sup>84</sup>

Persistono, invece, nel gruppo dei “separatisti” delle differenze evidenti per quanto riguarda l'autoritatività.

Personalmente ritengo che l'impostazione “separatista” sia da preferire in quanto imperatività e autoritatività sembrano avere una sostanza differente.<sup>85</sup> Ciò posto, concordo in pieno nel riferire l'imperatività all'idoneità del provvedimento di generare modificazioni costitutive nella sfera giuridica soggettiva di uno o più soggetti di diritto a prescindere dal loro consenso<sup>86</sup> ma non sono, invece, persuaso del fatto che tale caratteristica riguarderebbe esclusivamente i provvedimenti ablatori.<sup>87</sup>

Tutti i provvedimenti amministrativi costitutivi sono, pertanto, imperativi; e qui viene il punto. Imperativi sono tutti i provvedimenti amministrativi costitutivi ma non lo sono (almeno non integralmente) gli accordi sostitutivi di provvedimento.

<sup>83</sup> G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, I *L'attività*, Padova 2005, 59.

<sup>84</sup> M.S. GIANNINI “*Diritto amministrativo*”, II, Milano, 1993, 279.

<sup>85</sup> Sul punto R. CAVALLO PERIN, *Atto autoritativo e diritto amministrativo*, in AA.VV., *Al di là del nesso autorità/libertà tra legge e amministrazione*, (a cura di) S. Perongini, Torino, 2017, 24: “L'autoritatività dell'atto amministrativo è di solito riportata nei manuali in pochi enunciati di portata generalissima, talora, – e forse non casualmente – riunendo in un unico concetto autoritatività e imperatività del provvedimento amministrativo”

<sup>86</sup> F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, op. cit., 261: “il provvedimento è imperativo perché non contempla il consenso del titolare delle situazioni soggettive che il provvedimento stesso (in un modo o nell'altro) modifica”.

<sup>87</sup> F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, op. cit., 261: “l'imperatività si manifesta in modo pregnante soltanto nella vicenda descritta come degradazione e affievolimento dei diritti soggettivi...”.

Questi ultimi – a parere di chi scrive – possono risultare imperativi con riferimento agli eventuali effetti che producono nella sfera giuridica di soggetti indirettamente “toccati” dalla vicenda ma non direttamente coinvolti nell’episodio di esercizio di potere,<sup>88</sup> mentre non possono assolutamente considerarsi imperativi con riferimento ai destinatari diretti dell’azione amministrativa.

L’imperatività, in sostanza, non riguarderebbe per intero tutti gli atti mediante i quali è ordinariamente possibile portare a compimento un episodio di esercizio di un potere maggiore. In ragione di ciò, la coesistenza di consensualità ed imperatività è una coesistenza possibile ma solo in senso soggettivamente parziale.

Molto più articolato il discorso relativo all’autoritatività. Come già emerso – nell’ambito di una impostazione “separatista” – quest’ultima si presenta come una qualità di cui si avverte (quasi istintivamente) l’esistenza ma che appare indubbiamente caratterizzata da una consistente difficoltà nella definizione del suo profilo e del suo perimetro.

È evidente che se si accedesse all’impostazione unionista che identifica (anche) l’autoritatività come la capacità del provvedimento amministrativo di produrre modificazioni costitutive nella sfera giuridica soggettiva di un soggetto di diritto a prescindere dal suo consenso il tema della coesistenza di consensualità ed autoritatività si riproporrebbe esattamente nei medesimi termini ai quali si è già, da ultimo, fatto riferimento.<sup>89</sup>

---

<sup>88</sup> A conferma indiretta della possibilità che gli accordi possano produrre effetti nella sfera giuridica di soggetti terzi soccorrono: la disposizione normativa secondo la quale gli accordi non possono produrre effetti pregiudizievoli nei confronti di soggetti terzi e quella contenuta nel comma 1-bis dell’art. 11 che prevede la possibilità di invitare soggetti potenzialmente controinteressati ad incontri di facilitazione organizzati dal responsabile del procedimento con l’obiettivo di favorire la conclusione di accordi. Concorda sulla capacità dell’accordo sostitutivo di produrre effetti imperativi nei riguardi di terzi F. FRACCHIA, *L’accordo sostitutivo*, cit., 165 e 183. Sul tema specifico G. GRECO, *Accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto*, cit., 134: “è costatazione comune (e non contestata da alcuno) che gli accordi sostitutivi di provvedimento possano produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi (o, almeno, di taluni terzi). Né, del resto, tale efficacia è preclusa dal limite imposto dal c. 1 dell’art. 11” e 209: “Questi ultimi (gli accordi ndr.) potranno avere effetti nei confronti dei terzi, ma solo se ed in quanto non producano vicende limitative o estintive dei loro diritti. È il caso dei terzi che si trovano in posizione di “concorrenza” col destinatario (ad esempio, l’aspirante ad una concessione di pubblico servizio assegnata ad altri); ovvero i terzi che si trovano in posizione di “contiguità” col destinatario principale dell’atto (ad esempio, il proprietario confinante, rispetto a quello che ha ottenuto la concessione edilizia): in questi casi, infatti, detti soggetti saranno titolari solo e comunque di interessi legittimi e non subiscono vicende modificative o estintive di un loro diritto soggettivo”.

<sup>89</sup> In realtà, i presupposti per individuare un significato meno restrittivo dell’autoritatività sono rinvenibili addirittura in O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. It.*, 1894; par. 26, c 62-63: “Ma l’atto di concessione e l’atto obbligatorio del privato formano un unico atto giuridico? ... Ma a me ciò non pare sostenibile: ho detto ed anche ripetuto che in questi casi l’amministrazione pubblica opera sempre in vista di interessi generali, di cui essa

Tradizionalmente, coloro che si sono fatti carico di definire in maniera autonoma l'autoritatività dei provvedimenti amministrativi l'hanno ricondotta a quell'elemento di oggettiva, quasi "tangibile", tendenziale sovraordinazione che connota gli atti a rilevanza esterna emanati dalle pubbliche Amministrazioni nell'esercizio delle loro competenze.

Tra gli "unionisti" particolare rilievo va riconosciuto a Giannini secondo il quale: i provvedimenti sono "tutti atti autoritativi; onde producono quell'effetto giuridico particolare, che va sotto il nome di autorità di atto amministrativo".<sup>90</sup>

Su tali presupposti giova ricordare come il problema della coesistenza di consensualità ed autoritatività sia stato già affrontato da un'autorevole dottrina saldamente posizionata nella corrente "separatista". Già nel 1995, infatti, Franco Scoca – nel perorare la causa della necessità di mantenere distinte autoritatività ed imperatività – ha sostenuto che negli accordi sostitutivi autoritatività e consensualità possono convivere in quanto la prima dovrebbe essere rintracciata nel potere e non invece nell'atto che rappresenta l'esercizio del potere medesimo.<sup>91</sup>

E quest'ultima circostanza non riguarderebbe unicamente le situazioni nelle quali il potere viene esercitato in modo consensuale in quanto connoterebbe

---

si presenta come curatrice, o come tutelatrice e curatrice insieme; ciò mostra che essa ha come fine diretto della propria attività l'interesse pubblico, e che quindi opera come autorità, secondo le norme del diritto pubblico: tutto questo rivela l'autorità di atti d'impero negli atti di concessione. Né questa espressione deve far meraviglia, facendo essa subito pensare ad un comando, ad un ordine, che crei un rapporto di soggezione tra l'autorità amministrativa ed il suddito, perché non solo nel comando la qualità di curatore e tutelatore degli interessi sociali nel potere esecutivo, ma anche nel dichiarare e nel permettere, come nello stesso potere legislativo nelle leggi dichiarative e permissive". Il brano è riportato da G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, cit., pag. 12 nt. 14 come riprova di quanto la tesi anticontrattualistica delle concessioni fosse del tutto dominante nell'elaborazione dottrinale a cavallo tra il XIX ed il XX secolo.

<sup>90</sup> M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, op. cit., 291.

<sup>91</sup> F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, op. cit. "L'ipotesi dell'accordo sostitutivo ha permesso di considerare possibile che un potere unilaterale, idoneo a produrre modificazioni non volute nella sfera giuridica altrui, possa essere esercitato mediante un atto consensuale. Se il consenso esclude l'autoritarità dell'atto, nel caso del dell'accordo si ha un atto non autoritativo che costituisce esercizio di un potere autoritativo. Questa apparente disarmonia può essere ricomposta ove l'autoritatività venga riferita esclusivamente al potere, trasferendola da qualità dell'atto a qualità del potere: è il potere che si caratterizza per la sua idoneità a modificare senza il consenso del titolare, le situazioni giuridiche altrui; non l'atto, se non in quanto esercizio del potere. Che l'autoritatività attenga al potere (e non al provvedimento) è confermato da espressioni quali "aspetti autoritativi" del procedimento amministrativo o dell'azione amministrativa, o ancora quali "autoritarità del processo decisionale": esse dimostrano che il carattere autoritativo non attiene propriamente al provvedimento, e si manifesta prima che il provvedimento venga in essere. Secondo questa impostazione non esistono provvedimenti autoritativi, ma soltanto poteri autoritativi; l'autoritatività del provvedimento non è altro che l'immagine riflessa dell'autoritatività del potere. ... Tenendo conto della distinzione tra il potere autoritativo e l'atto imperativo l'accordo sostitutivo può essere considerato atto non imperativo di esercizio di un potere autoritativo".

ogni fattispecie di esercizio di un potere maggiore. Autoritativi sarebbero i poteri e non i provvedimenti.

Orbene, nel condividere integralmente la posizione sulla necessità di tenere distinte autoritatività e imperatività, si deve, invece, esprimere una personale perplessità rispetto all'idea che negli accordi (come anche in qualsiasi altra forma ordinaria di esercizio di potere) l'autoritatività risiederebbe solo nel potere.

A parere di chi scrive, infatti, l'autoritatività risiede certamente e principalmente nel potere, ma essa connota di sé anche il divenire del potere (il suo *farsi*) e gli atti conclusivi che vengono alla luce in virtù del suo esercizio.

A prima vista una posizione del genere dovrebbe risultare totalmente incompatibile con l'idea che l'accordo sostitutivo possa considerarsi un episodio di esercizio di un potere maggiore insieme consensuale ed autoritativo. Ciò non di meno, già da vari anni si sta riscontrando una conclamata crisi proprio del concetto di autoritatività;<sup>92</sup> secondo autorevole dottrina, quest'ultima addirittura non rappresenterebbe più il connotato maggiormente caratterizzante l'esercizio di potere.<sup>93</sup>

Contemporaneamente si assiste, invece, all'emergere di una caratteristica nuova della gran parte (*rectius*, nella totalità) dell'attività amministrativa consistente nel suo essere propriamente conseguenza di un esercizio diretto o indiretto di un potere finalistico o strumentale.

---

<sup>92</sup> Appare significativo che un'accezione nuova del principio di autoritatività sia emersa proprio con riferimento a quell'orientamento che considera gli atti d'obbligo unilaterali che possono precedere i permessi di costruire alla stregua di antesignani dell'accordo endoprocedimentale, T.A.R. Veneto, Sez. I, sent. n. 2397 del 04.06.2010: "l'adozione di moduli procedurali tesi a valorizzare la ricerca del consenso costituisce il portato di una evoluzione dei rapporti tra Amministrazione ed amministrati che, come noto, ha determinato un affievolimento del principio di autoritatività inteso nel senso tradizionale e l'emersione e valorizzazione del principio di collaborazione. Non è un caso che proprio gli atti d'obbligo unilateralmente assunti dal privato in vista dell'adozione di un provvedimento amministrativo siano considerati antesignani degli accordi disciplinati dall'art. 11 della l. n. 241 del 1990".

<sup>93</sup> È stato sostanzialmente prospettato un arretramento del concetto di autoritatività a tutto favore della funzionalizzazione al perseguimento dell'interesse pubblico come connotato caratterizzante il pubblico potere: G. GRECO, *Accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto*, op.cit., 87: "... al di là dei riferiti spunti di regime, la tesi pubblicistica si radica su premesse ancora più profonde. Si tratta della funzionalizzazione al perseguimento dell'interesse pubblico, che sarebbe il connotato caratterizzante il pubblico potere, assai in più e in luogo dell'autoritatività, tradizionalmente ritenuta come tale. Se, infatti, il perseguimento dell'interesse pubblico costituisce l'indice rivelatore della sussistenza e dell'esercizio di potere – secondo una concezione sempre più largamente condivisa –, da un lato, il medesimo pubblico potere non risulterebbe più inconciliabile con l'accordo ed il contratto (che, per la loro struttura sono viceversa incompatibili con l'autoritarità, che implica unilateralità) e, soprattutto, esso risulterebbe normativamente presente negli istituti tratteggiati dall'art. 11". Concordano con quanto riportato E. BRUTI LIBERATI, (voce) *Accordi pubblici?*, in *Enc. dir.*, V agg., 2 e ss., Milano, 2001 e F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, cit., 150 e ss. Come di qui a poco sarà illustrato, personalmente non concordo né sull'idea che gli accordi sarebbero incompatibili con l'autoritatività (quantomeno con un'interpretazione nuova della medesima) né con l'idea che quest'ultima implichi necessariamente unilateralità.

Un elemento che dà attuazione alla funzionalizzazione che – come anticipato – contraddistingue necessariamente l'agire delle pubbliche Amministrazioni e che la concretizza attraverso strumenti operativi sostanzialmente standardizzati e ampiamente riconoscibili.

Questa caratteristica connota tanto l'attività amministrativa che costituisce esercizio diretto o indiretto di un potere primario (rispettivamente, attività amministrativa in forma pubblicistica e attività amministrativa in forma privatistica) quanto le parentesi pubblicistiche (e solo quelle) necessariamente presenti nell'attività ad evidenza pubblica.

Come in precedenza anticipato, il predetto connotato risulta caratterizzare anche quella parte di attività delle pubbliche Amministrazioni che non trova giustificazione nel previo conferimento di un potere finalistico; si è già visto, infatti, che in queste circostanze la necessaria funzionalizzazione si traduce nella presenza e nell'esercizio di un potere minore e strumentale in grado di soddisfare le esigenze pubblicistiche che sono alla base della funzionalizzazione.

Ciò posto, logica vorrebbe che a questa caratteristica sia attribuito un nome. Non sarebbe giusto eludere tale incombenza.

Questa effettiva esigenza – in ragioni di circostanze che si porteranno alla luce nel prosieguo – va, però, opportunamente affrontata in correlazione agli incerti confini dell'autoritatività (di cui si è in parte già detto), alle sue metamorfosi ed alle proprietà epifaniche della circostanza di essere conseguenza di un esercizio diretto o indiretto di un potere finalistico o strumentale.

Nel XXI secolo la sovranità non si traduce più in un rapporto di forza tra Amministrazione e cittadini in quanto trova esplicitazione nell'attribuzione (o nel riconoscimento della sua esistenza) di un potere maggiore o minore che sia e nel suo esercizio. È nel previo conferimento del potere da parte di un legislatore piuttosto che nel riconoscimento della sua esistenza che oggi (invero già da vari decenni) risiede la sovranità.

E se è vero che il concetto di autoritatività è intimamente legato a quello di sovranità da ciò potrebbe discendere l'inutilità di cercare di individuare ed attribuire un nome alla caratteristica di essere conseguenza di un esercizio diretto o indiretto di un potere finalistico o strumentale.

Del resto, il concetto di autoritatività (utilissimo in quanto sintomatico di quella tendenziale predominanza che contraddistingue gli atti ed i comportamenti posti in essere per la cura di un interesse generale) risente necessariamente delle evoluzioni interpretative ed applicative del concetto di sovranità.

Alla luce di quanto sin qui esposto, si potrebbe forse allora ipotizzare (la si prenda per una provocazione che necessita di ben altri approfondimenti) che oggi l'autoritatività consista proprio nella caratteristica di essere esercizio diretto o indiretto di un potere finalistico e/o strumentale.

Sembra, infatti, a chi scrive che negli anni più recenti stia prendendo corpo

un significato nuovo dell'autoritatività come particolare "caratura" che deriva ad uno specifico atto (atto amministrativo, provvedimento, accordo, contratto, silenzio significativo che sia) per il solo fatto di essere conseguenza e concretizzazione di una manifestazione diretta o indiretta di esercizio di un potere finalistico o strumentale.<sup>94</sup>

Una tendenziale preponderanza che si giustifica per il fatto che quel determinato atto o comportamento costituisce mezzo specifico (ovvero passaggio necessario) per la cura di un interesse pubblico.

Ogni atto posto in essere da una pubblica Amministrazione idoneo a produrre effetti giuridici nel mondo delle relazioni avrà, pertanto, carattere autoritativo se e nella misura in cui rappresenterà un esercizio diretto o indiretto di potere.<sup>95</sup>

Questo sta a significare che anche gli atti che costituiscono attività amministrativa in forma privatistica (per il fatto di essere espressione indiretta di esercizio di potere) potrebbero e dovrebbero essere considerati autoritativi.

Allo stesso modo, potrebbero essere considerati autoritativi anche i provvedimenti strumentali adottati in esercizio di quei poteri minori naturalmente presenti anche nell'attività privatistica ad evidenza pubblica. Proprio i predetti poteri minori ed il loro esercizio costituirebbero la concretizzazione fattuale dell'evidenza pubblica.

La "nuova" autoritatività, tra l'altro, non impone l'unilateralità dell'attività amministrativa; non esistono ragioni di carattere generale, dogmatico o di sistema che impongano tale caratteristica.

Orbene, se quanto detto è vero, anche in ragione di tanto non vi sarebbero più ostacoli ad affermare che gli accordi sostitutivi di provvedimento sono manifestazioni ordinarie di esercizio diretto di un potere maggiore (o finalistico), non necessariamente imperative, ma consensuali ed autoritative insieme.<sup>96</sup>

Tra l'altro, l'introduzione di un criterio che consideri autoritativi tutti gli esercizi

<sup>94</sup> Se si è ben inteso il pensiero dell'Autore, segnali in tal senso sono rinvenibili in: R. CAVALLO PERIN, *Atto autoritativo e diritto amministrativo*, cit., 24: "Anzitutto gli atti autoritativi sono delimitati come categoria degli atti dell'amministrazione pubblica correlati ad una disciplina particolare, che segna l'espressione di un potere amministrativo attribuito per la cura di interessi pubblici (funzionalizzazione; service public) che si distinguono perciò dagli altri atti (non autoritativi) che manifestano invece facoltà, poteri o esercizio di diritti che possono essere comuni anche agli individui o enti privati".

<sup>95</sup> Inconsapevoli conferme di quanto prospettato sono rinvenibili già in M.S. GIANNINI, (voce) *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, vol. IV 187: "... gli atti dei pubblici poteri hanno tutti in comune il carattere dell'autoritarità. Sarà uno dei compiti della scienza, allorché lo potrà, tentare la teoria generale dell'atto del potere pubblico".

<sup>96</sup> Attraverso presupposti e percorsi di ragionamento differenti, giunge a conclusioni analoghe F. CANGELLI, *Articolo 11 comma 1 e 4-bis*, in AA.VV., *La pubblica amministrazione e la sua azione*, op. cit., 280: "Se, dunque, il carattere autoritativo dell'atto non è legato alla sua struttura unilaterale o bilaterale, ma al fatto che, in buona sostanza, è l'amministrazione che compie il giudizio di ponderazione ed esercita un potere discrezionale in una serie rilevante di momenti della negoziazione, può dirsi che gli accordi ex articolo 11, pur avendo una struttura consensuale, sono espressione di autorità, sono potere in forma consensuale".

diretti (attività amministrativa di carattere pubblicistico) e indiretti (attività amministrativa in forma privatistica) di poteri finalistici e strumentali potrebbe aiutare finalmente a delimitare il campo di applicazione della norma introdotta nel 2005 all'interno dell'art. 1, comma 1-bis della legge generale sul procedimento amministrativo in virtù della quale: "La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente".<sup>97</sup>

Alla luce di quanto sin qui proposto, la disposizione richiamata troverebbe il suo campo di applicazione esclusivamente nella componente privatistica della tradizionale attività ad evidenza pubblica.<sup>98</sup>

In sostanza, l'attività amministrativa di diritto privato – risolvendosi in un esercizio indiretto di un potere autoritativo – non dovrebbe rientrare nel campo di applicazione della disposizione appena richiamata.

Si confida che la (pur superficiale) riflessione sui tre possibili significati del concetto di contratto quale alternativa all'esercizio di potere abbia effettivamente lasciato emergere quanto la grande novità della 241 di portare il cittadino all'interno del farsi della decisione pubblica sia l'elemento che maggiormente connota lo scritto di Immordino oggetto di approfondimento.

---

<sup>97</sup> Posizioni differenti rispetto all'art. 1, comma 1-bis della legge 241 del 1990 sono state espresse a prima lettura da N. PAOLANTONIO, *Articolo 1, comma 1-bis. Principi generali dell'attività amministrativa*, in AA.VV., *La pubblica amministrazione e la sua azione*, (a cura di) N. Paolantonio, A. Police e A. Zito, Torino, 2005, 77 e ss., da F. CANGELLI, *Articolo 11 comma 1 e 4-bis*, in AA.VV., *La pubblica amministrazione e la sua azione*, cit., 265 e ss. e da F. TRIMARCHI BANFI, *L'art. 1 comma 1 bis della l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2005, 947 e ss. Più di recente, con un approccio anche ricostruttivo, F. DE LEONARDIS, *I principi generali dell'attività amministrativa*, cit., 95 e ss.

<sup>98</sup> Si veda al riguardo C.d.S., Sez. IV, sent. n. 3355 del 23.05.2019: "L'obbligo di concludere il procedimento mediante provvedimento espresso è previsto all' art. 2, l. n. 241 del 1990 in relazione ai poteri autoritativi attribuiti dalla legge per il perseguimento di finalità di interesse pubblico secondo quanto indicato dall' art. 1 della legge generale sul procedimento amministrativo; l'omesso esercizio di un potere autoritativo, la cui intermediazione consente all'istante di conseguire il bene della vita cui aspira, non viene in rilievo nel caso di esercizio del potere di autonomia negoziale circa la scelta di non dismettere un bene del patrimonio disponibile rispetto al quale non è configurabile il rifiuto di provvedere e neppure il rimedio avverso il silenzio atteso che la condotta omissiva tenuta dalla amministrazione rappresenta una scelta pienamente compatibile con le regole dell'autonomia negoziale". La pronuncia in questione sarebbe stata integralmente condivisibile ove, in luogo dei poteri di autonomia negoziale riscontrabili in capo alla pubblica Amministrazione, avesse fatto riferimento alla capacità generale di diritto privato. Una posizione differente rispetto all'ambito di applicazione del comma 1-bis dell'art. 1 è stata, in particolare, espressa da F. CANGELLI, *Articolo 11 comma 1 e 4-bis*, in AA.VV., *La pubblica amministrazione e la sua azione*, op. cit., 283: "L'ambito precipuo di applicazione del principio (di contrattualità nda.) pare limitarsi a quei procedimenti i quali ab origine sono destinati a concludersi con un contratto. Si tratta, in altri termini, di quelle ipotesi in cui l'azione amministrativa non può considerarsi autoritativa o per effetto di una scelta discrezionale riservata all'amministrazione che opta per la "via consensuale" o perché si versa in quelle ipotesi in cui l'adozione dell'atto consensuale è indispensabile per raggiungere un determinato regolamento di interessi. Si tratta, tipicamente, dei contratti ad evidenza pubblica, o, più in generale, dei c.d. contratti alternativi".

### Abstract

Lo studio prende le mosse da un'analisi della differenza che intercorre tra accordi sostitutivi ex art. 11 della legge 241 del 1990 e contratti di diritto comune. Nell'inquadrare pienamente gli accordi sostitutivi nel contesto dell'esercizio di un potere e, specificamente, nell'attività amministrativa di diritto pubblico, il lavoro si sviluppa al punto di proporre la sostituzione del concetto di attività privata dell'Amministrazione con il differente concetto di attività ad evidenza pubblica. Il contributo introduce, inoltre, l'idea secondo la quale – accanto ai poteri pubblicistici maggiori – esisterebbero nel nostro ordinamento anche dei poteri pubblicistici minori direttamente collegati alla natura pubblica (o a rilevanza pubblica) delle pubbliche Amministrazioni e dei soggetti privati ad esse equiparati e finalizzati a rispondere alle problematiche di carattere pubblicistico che vengono in rilievo immancabilmente ogni volta in cui l'Amministrazione agisce in virtù della sua generale capacità di diritto privato.

Dopo aver sottolineato il rilievo che un concetto allargato di evidenza pubblica può svolgere in seno all'attività amministrativa di diritto privato, lo studio si conclude con la proposta di attribuire un significato nuovo al concetto di autoritatività.

#### Arrangements replacing administrative measures, authority and the exercise of powers

The essay starts from an analysis of the difference existing between the so called substitutive agreements under article 11 law 241 1990 and ordinary contracts. It then focuses on the nature of substitutive agreements, seen as a power exercise, and on public law activity, so proposing the exchange of administrative private activity concept with the different concept of public evidence activity. Furthermore, the essay conveys the idea that in the Italian legal context there could be – next to major public powers – even minor public powers, that are directly linked to the public nature (or relevance) of public administrations or of the other legal subjects equalized to them. These powers are aimed at solving public interest matters that come to existence whenever a public administration acts in its general private law legal capacity.

After having stressed the importance of a so enlarged public evidence concept, the essay ends up with a proposal of a new significance to be given to autoritativity concept.