

# INTRODUZIONE



È fin troppo noto come le disposizioni dell'art. 11 l. n. 241/90, con le quali è stato introdotto e disciplinato per la prima volta in termini generali l'istituto dell'accordo fra privato e pubblica amministrazione inteso a sostituire il provvedimento amministrativo ovvero a determinarne il contenuto discrezionale abbiano rappresentato l'esito di dibattiti antichi ed accesi su temi fondamentali del diritto pubblico ed abbiano suscitato grandi speranze da parte di alcuni, e da parte di altri un ragionato scetticismo.

Così ad esempio F.G. Scoca<sup>1</sup> osservava: *“In dottrina, soprattutto nelle opere più recenti, aleggia spesso una specie di “mistica” del consenso: l'autorità rappresenterebbe il passato, il consenso il futuro di un'amministrazione democratica.... Credo peraltro che sia opportuno non creare illusioni sulle virtù del consenso né ingigantire i difetti dell'autorità”*.

Ed esprimeva il dubbio che per una serie di ragioni (l'incertezza della disciplina applicabile, la sproporzione di forza fra le potenziali parti dell'accordo, la naturale limitazione dell'ambito di effettiva negoziabilità del potere amministrativo) non dovessero nutrirsi illusioni sulle potenzialità effettive della norma in argomento.

Ancor più scettico sull'utilità della nuova norma si dimostrava F. Ledda che in un brillante lavoro del 1996<sup>2</sup> evidenziava come l'analisi della storia e della realtà dei fenomeni giuridici e l'esperienza di altri ordinamenti non confortassero né l'ipotesi di un'effettiva correlazione fra l'adozione di modelli contrattuali e la riduzione del tasso di autorità dell'agire amministrativo, né la fiducia in una grande vitalità del nuovo istituto dell'accordo introdotto dalla l. n. 241/90.

---

<sup>1</sup>F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, relazione svolta al congresso di Varenna del settembre 2001, in *Dir. Amm.*, 2002, 431 ss.

<sup>2</sup>F. LEDDA, *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in *Foro Amm.*, 1997, II, 1273 ss.

Constatava ironicamente che “*della rivoluzione non si hanno ancora i segni e neppure le avvisaglie: secondo quanto ci riferiscono i più esperti magistrati e funzionari, avvocati e consulenti di amministrazioni, gli accordi endoprocedimentali non si concludono, né si hanno trattative per la ricerca di soluzioni consensuali*”. E concludeva dicendosi in attesa, per ricredersi sul suo scetticismo, di vedere in concreto tali accordi effettivamente stipulati, a patto però che non si trattasse della semplice ridenominazione di istituti giuridici esistenti da decenni (la concessione contratto in materia di beni e servizi pubblici, la cessione volontaria di beni espropriandi, le convenzioni lottizzazione), che a suo avviso non potevano – o quanto meno non avevano alcun bisogno di – essere riportati al “nuovo” paradigma degli accordi.

Ciò che finora si è verificato è proprio quanto paventato nello scritto ora citato.

L'istituto dell'accordo *ex art.11 l. n. 241/90* non ha dimostrato alcuna significativa capacità di disciplinare fenomeni giuridici nuovi; mentre per converso esso ha incontrato straordinario favore nella giurisprudenza come categoria generale ritenuta idonea a ricomprendere istituti giuridici preesistenti (cessione volontaria, concessione – contratto, convenzioni urbanistiche) fornendo ad essi (almeno così si pretende) un miglior fondamento razionale e sistematico e (forse) una più chiara e compiuta disciplina<sup>3</sup>.

In sostanza, la normativa sugli accordi dettata dall'art. 11 l. n.

---

<sup>3</sup> “Sebbene inizialmente accolto nella riflessione teorica come il segno di una nuova concezione del rapporto tra amministrazione e cittadini basata sul dialogo e sul consenso, una sorta di antidoto rispetto ai tradizionali principi di imperatività e di unilateralità del provvedimento, l'accordo si trova oggi a vivere paradossalmente una stagione di grande fortuna non come modulo di azioni amministrative, bensì come norma di carattere processuale, di frequente invocata anche dalla Suprema Corte di Cassazione per affermare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo secondo un anomalo criterio fondato non sui c.d. blocchi di materie, ma su un modulo di azione amministrativa, come tale idoneo ad intercettare trasversalmente tutte le innumerevoli materie in cui l'amministrazione risulta titolare di poteri e con l'effetto di introdurre in tal modo una nuova ipotesi di giurisdizione esclusiva a geometria variabile.” Così, L. Monteferrante, *Il Diritto di contratti conquista gli accordi*, nota a sentenza Cons. Stato, Sez. V, 27 gennaio 2006, n. 236, in *Urbanistica e Appalti*, 2006, 955 ss.

241/90 è stata salutata come il primo riconoscimento legislativo della controversia di diritto pubblico (o ad oggetto pubblico), oggetto da decenni di un appassionato dibattito dottrinale nel quale sono intervenuti i più grandi maestri del nostro diritto amministrativo<sup>4</sup>, e nel quale proprio la mancanza di una specifica norma legislativa di riferimento era stato uno degli argomenti usati dagli autori contrari a tale categoria dogmatica per negarne l'ammissibilità nel nostro ordinamento.

Non è necessario, ai fini del presente lavoro, entrare nel merito di siffatto dibattito dottrinale<sup>5</sup>. È sufficiente in questa sede, mantenendosi su un piano volutamente descrittivo, limitarsi a rilevare che tanto gli accordi di cui all'art. 11 l. n. 241/90 quanto le varie tradizionali figure cui si è fatto cenno (cessione volontaria di beni espropriandi, convenzioni concessive di beni o servizi pubblici) possono riportarsi

---

<sup>4</sup>Tra gli apporti più cospicui si ricordano: E. GUICCIARDI, *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Arch. dir. pubb.*, 1936; M. GALLO, *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, 1936; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1970; M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Bologna, 1984; A. AMORTH, *Scritti giuridici*, Milano, 1999; V. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965; G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984; E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992; R. FERRARA, *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, in *Dig. Discip. Pubbl.*, Torino, 1993; M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, Napoli, 1981; E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzioni nei contratti di diritto pubblico (tra amministrazioni e privati)*, Milano, 1996; A. MASUCCI, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali*, Napoli, 1988; G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano, 1986; G. FALCON, *Convenzioni e accordi amministrativi*, in *Enc. Giur.*, Milano, 1988; C. AMIRANTE, *La contrattualizzazione dell'azione amministrativa*, Torino, 1993; E. MELE, *I contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2003. Sul rapporto tra provvedimento amministrativo e "moduli negoziali" della pubblica amministrazione in relazione anche alle "funzioni" e agli aspetti dell'"organizzazione", si rinvia alle osservazioni di S. CASSESSE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1961, 260 ss.

<sup>5</sup>Un'interessante ed accurata ricostruzione della storia del dibattito dottrinale sulla controversia figura del contratto di diritto pubblico è svolta da G. GRECO in *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, nella quale vengono passate in rassegna i contributi più significativi portati sull'argomento, prima dell'emanazione della l. n. 241/90.

ad una nozione ampia e se si vuole generica di contratto di diritto pubblico, per tale intendendosi un contratto caratterizzato e condizionato dalla compresenza giuridicamente rilevante di profili pubblicistici quali – a secondo dei casi – il radicamento in un procedimento amministrativo ovvero la rilevanza della sopravvenuta modifica (o modificata valutazione) del pubblico interesse<sup>6</sup>.

Orbene, al di fuori della sua utilizzazione (più o meno pertinente, come oltre si vedrà) con riguardo alle cennate figure tradizionali di contratto a oggetto pubblico, i richiami giurisprudenziali alla normativa introdotta dall'art. 11 l. n. 241/90 sono assolutamente sporadici.

Si può citare Cassazione 1147/00, la quale ha dichiarato ai sensi dell'art. 11 l. n. 241/90 la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in relazione ad un accordo che prevedeva fra l'altro, in materia di scarichi industriali, l'impegno di un'impresa a rispettare certi standard "ulteriori" rispetto a quelli imposti dalla normativa generale ed a pagare certe penali in caso di violazione, e per converso la revoca da parte del Comune di pregresse ordinanze (impugnate) di sospensione dell'attività produttiva.

La fattispecie di per sé involge, intuitivamente, tematiche di note-

---

<sup>6</sup>La nozione di contratto di diritto pubblico o ad oggetto pubblico è stata espressamente e costantemente richiamata e utilizzata in giurisprudenza per definire la peculiare natura del contratto di cessione volontaria (fra le tante, cfr., Cass. I, 11 marzo 2006, n. 5390, Cass. I, 17 marzo 2006, n. 6003; Cass. I, 21 aprile 1999, n. 3930; Cass. S. U., 4 novembre 1994, n. 9130; Cons. Stato, Sez. VI, 14 settembre 2005, n. 4735). Per le convenzioni urbanistiche e per quelle affidative di pubblici servizi, solo in rari casi (ad es. Cons. Stato, Sez. V, n. 1327/00, e Cass. 3 febbraio 1994, n. 1125, si riscontra l'uso da parte della giurisprudenza della locuzione "contratto ad oggetto pubblico". Ma viene ugualmente sempre sottolineato il peculiare carattere (anche) pubblicistico di tali rapporti negoziali. Così è costante la sottolineatura del fatto che "la convenzione urbanistica – sia di lottizzazione ovvero accessiva alla concessione edilizia – rappresenta un istituto di complessa ricostruzione, a causa dei profili di stampo giuspubblicistico che si accompagnano allo strumento dichiaratamente contrattuale" (così recentemente Cons. Stato, Sez. IV, 28 luglio 2005, n. 4014). Quanto poi alle convenzioni volte alla disciplina dell'affidamento di un pubblico servizio, esse hanno costituito, come è noto, il terreno privilegiato del dibattito dottrinale in materia di contratti ad oggetto pubblico e della costruzione giurisprudenziale della concessione-contratto; argomenti sui quali si avrà modo di tornare nel prosieguo del presente lavoro.

vole interesse circa i limiti della possibilità di utilizzo degli accordi *ex art. 11 l. n. 241/90* (ad esempio, con riguardo alla possibilità di incidenza su provvedimenti sanzionatori, generalmente negata in dottrina); peraltro, trattandosi di decisione limitata alla declaratoria della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, non offre spunti utili ai fini del presente lavoro.

Il TAR Lombardia, Milano, con sentenza 4 febbraio 1999, n. 338, ha ritenuto applicabile la figura dell'accordo *ex art. 11 l. n. 241/90* ai fini della determinazione delle modalità di restituzione da parte del pubblico dipendente di somme indebitamente percepite: una fattispecie di marginale interesse, anche alla luce della privatizzazione dei rapporti di pubblico impiego e della tendenza ormai consolidata della giurisprudenza amministrativa a riportare la questione del recupero degli emolumenti non dovuti sempre più sul piano prettamente civilistico della *ripetitio indebiti*.

La decisione di merito più interessante, in cui si faccia applicazione dell'*art. 11 l. n. 241/90* per individuare la disciplina di un accordo in nessun modo riferibile alle tradizionali figure di "contratto di diritto pubblico" di cui si è detto, è senz'altro la sentenza 20 gennaio 2000, n. 264 della VI Sezione del Consiglio di Stato<sup>7</sup>, nella quale è stato ricondotto alla previsione dell'*art. 11 l. n. 241/90* un accordo concluso il 16 gennaio 1992 tra il gruppo Eridania e al Ministro dell'Agricoltura con cui, a fronte della volontà dell'Eridania di chiudere lo zuccherificio di Rignano Garganico sito nell'Italia Meridionale e di attuare una riconversione industriale (destinandolo alla produzione di isoglucosio), l'Eridania si impegnava a consentire, per le campagne 1992-1993 e 1993-1994, l'integrazione delle quote di altre società saccarifere operanti nel Meridione, in misura non superiore a 350.000 quintali.

Sulle cause del mancato utilizzo dello strumento apprestato dall'*art. 11 l. n. 241/90* per disciplinare (ed anzitutto per porre in essere) fenomeni giuridici diversi da quelli ormai consolidati da una prassi pluridecennale molto si potrebbe discutere<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup>La sentenza è pubblicata in *Riv. Trim. Appalti*, 2000, 523 ss., con nota di L. ZANETTI, nonché in *Rass. Cons. Stato*, 2000, II, 1617 ss. con nota di W. GIULIETTI.

<sup>8</sup>Un classico sull'argomento è il saggio di S. GIACCHETTI *Gli accordi dell'art.*

Si potrebbe certamente sostenere che sia troppo presto per trarre delle conclusioni dall'esperienza fin qui maturata, in quanto soltanto con la riforma del 2005 è stato rimosso il limite, posto nel testo originario dell'art. 11 l. n. 241/90, della possibilità di stipulare accordi sostitutivi del provvedimento solo "nei casi previsti dalla legge".

La considerazione ha indubbiamente il suo peso, ma ritengo non vada sopravvalutata, in quanto la differenza fra i due istituti dell'accordo "sostitutivo" e di quello "integrativo" (quest'ultimo definito dalla norma come accordo stipulato "al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento") è a ben vedere assai minore di quel che possa sembrare quanto alle potenzialità ed agli ambiti di applicazione; e dunque se la prassi avesse avvertito l'esigenza e l'utilità di un'amministrazione "per accordi" avrebbe potuto già utilizzare ampiamente la figura dell'accordo integrativo per raggiungere finalità non dissimili da quelle perseguibili con l'accordo sostitutivo<sup>9</sup>.

Orbene, se l'istituto dell'accordo non ha finora avuto alcun successo nella realtà dell'esperienza giuridica al di fuori della sua utiliz-

---

11 della legge n. 241/90 tra realtà virtuale e realtà reale, in *Dir. Proc. Amm.*, 1997, 513 ss.

<sup>9</sup>La sostanziale identità strutturale e l'affinità funzionale fra accordi integrativi e accordi sostitutivi è stata evidenziata da M. IMMORDINO, nel saggio, *Legge sul procedimento amministrativo, accordi e contratti di diritto pubblico*, in *Dir. Amm.*, 1997, 139 ss. Si veda anche, in argomento B. SPAMPINATO, *Accordi amministrativi, concessioni contratto e giurisdizione amministrativa esclusiva*, in *Dir. Amm.*, 1996, 526-527, il quale realisticamente osserva che "risulta (probabilmente) estremamente difficile in concreto distinguere, all'interno di una fattispecie caratterizzata dalla compresenza di un 'provvedimento finale' e di un 'accordo', quale tra i due atti sia la precisa fonte costitutiva del rapporto giuridico (dei vari effetti giuridici), e quale tra di essi sia la reale fonte di disciplina del rapporto. Insomma, in concreto la distinzione tra accordi preliminari e accordi integrativi/accessivi, (e, pure, accordi sostitutivi) tende (probabilmente) a dissolversi. Ciò che, in ogni caso, emerge sarà infatti che la regolamentazione del rapporto è avvenuta in parte unilateralmente ed in parte (se non addirittura in tutto) consensualmente (tra amministrazione e privato), scarso rilievo assumendo il momento temporale in cui ciascuno dei rispettivi atti (unilaterale e bilaterale) è intervenuto".

Cfr. pure, F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, Padova, 1998; G. TULUMELLO, *Il nuovo regime di atipicità degli accordi sostitutivi: forma di Stato e limiti all'amministrazione*, in *Giust. Amm.*, 2005, 145 ss.

zazione come strumento formale di “rilettura” o di sistematizzazione teorica di istituti giuridici preesistenti e consolidati, la più sostanziale ragione (anche se certamente non l’unica) è costituita dalla problematicità del rapporto del nuovo istituto con i tradizionali principi di tipicità del provvedimento amministrativo e legalità dell’azione amministrativa.

Di fatto l’utilità fondamentale dell’accordo (integrativo o sostitutivo che sia) sembra consistere nella possibilità di introdurre clausole più o meno largamente diverse da quelle “tipiche” del provvedimento da “integrare” o “sostituire”. Ma tale operazione, al di là delle ipotesi già previste dalla legge o quanto meno da una prassi consolidata, presuppone che esista ragionevole certezza sui limiti entro i quali la pubblica amministrazione possa legittimamente modificare, stipulando l’accordo, non solo i procedimenti ordinariamente seguiti ma anche e soprattutto i contenuti ordinariamente riferibili al provvedimento “integrato” o “sostituito”.

È l’oggettiva mancanza nella legge, nella giurisprudenza e nella stessa dottrina, di indicazioni univoche su questo punto (e l’altrettanto oggettiva difficoltà di fornirle) che rende tanto l’amministrazione quanto gli amministrati estremamente guardinghi sul fare ricorso al nuovo istituto dell’accordo al di fuori di campi già “arati” da decenni<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> L’esigenza, per giustificare la loro stessa esistenza, che gli accordi di cui all’art. 11 l. n. 241/90 siano idonei a produrre per il privato e per la stessa Pubblica amministrazione delle “utilità ulteriori” rispetto a quelle conseguibili attraverso la definizione del procedimento con un provvedimento amministrativo unilaterale è affermazione ricorrente in dottrina (fra i primi ad evidenziarlo S. GIACCHETTI in *Gli accordi dell’art. 11 legge n. 241/90 fra realtà virtuale e realtà reale*, citato) e in giurisprudenza (per tutte, Cons. Stato, Sez. IV, 15 maggio 2002, n. 2636). E la dottrina più attenta (ha avvertito da sempre la problematicità del rapporto fra tale esigenze ed i principi di tipicità e legalità dell’azione amministrativa, proponendo varie soluzioni: si veda ad esempio quanto scrive in proposito G. GRECO, in *Accordi e contratti della Pubblica amministrazione, tra suggestioni interpretativi e necessità di sistema*, in *Dir. Amm.*, 2002, 43 ss.

In argomento, esplicito F. SALVIA: “Sembra, invece, che nonostante la già rilevata ambiguità dei lavori preparatori, il legislatore – con la disciplina degli accordi – non abbia voluto solo infrangere il principio tradizionale del carattere unilaterale dell’azione amministrativa, ma anche quello della tipicità del prov-

Non si ritiene peraltro di dover ulteriormente indugiare sull'argomento, in quanto scopo del presente scritto non è quello, che sarebbe invero troppo ambizioso dopo tanti e autorevolissimi contributi dottrinali sull'argomento<sup>11</sup> di formulare un'ulteriore "teoria" dell'istituto degli accordi *ex art. 11 l. n. 241/90*, né quello di presentare una trattazione esaustiva di tutti i possibili aspetti applicabili di esso.

Scopo del presente lavoro è invece quello di procedere, attraverso un esame critico della giurisprudenza formatasi negli ultimi tre lustri, nonché delle sopravvenienze legislative rilevanti in materia, ad una verifica del reale "impatto" che sul nostro ordinamento giuridico ha avuto, in termini di "diritto vivente", l'introduzione dell'istituto degli accordi, focalizzando l'attenzione su talune questioni che appaiono al tempo stesso particolarmente controverse o controvertibili e realmente significative in termini di effettività giuridica: nella speranza che un approccio siffatto, che vuole essere quanto più possibile concreto e realistico possa portare un ulteriore contributo alla progressiva comprensione di un istituto del quale sarà pur necessario infine determinare con sufficiente certezza limiti e potenzialità.

Conseguentemente, atteso che – come già sottolineato – nel "diritto vivente" l'art. 11 l. n. 241/90 è stato di fatto utilizzato, a torto o a ragione, essenzialmente con riferimento ai tradizionali istituti della cessione volontaria di beni espropriandi, della convenzione di lottizzazione e della concessione di pubblici servizi, è anzitutto con riguardo a ciascuno di tali istituti che dell'art. 11 l. n. 241/90 ci si occuperà nei prossimi capitoli del presente lavoro, al duplice fine di verificare l'effettiva ascrivibilità di ciascuno di essi al paradigma normativo dell'art. 11, nonché di valutare quali concrete ricadute su di essi siano derivate o possano derivare dall'applicazione – in via diretta o anche eventualmente analogica – delle disposizioni dettate da detto articolo.

---

vedimento amministrativo". *Il mercato e l'attività amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 1994, 536.

<sup>11</sup>La bibliografia sugli accordi è ormai imponente. Si consenta di rinviare, per ulteriori indicazioni, al lavoro di F. CANGELLI in *La pubblica amministrazione e la sua azione*, a cura di N. PAOLOANTONIO, A. POLICE e A. ZITO, Torino, 2005, 265 ss.