

## RELAZIONI



# ACCORDI PUBBLICISTICI, DOGMATICA GIURIDICA E GIURISPRUDENZA DEGLI INTERESSI: LA RIFLESSIONE DI GIUSEPPE PERICU\*

*Eugenio Bruti Liberati*

SOMMARIO: 1. Premessa. Il dibattito giurisprudenziale e dottrinale sugli accordi inerenti all'esercizio di poteri amministrativi e il contributo di Giuseppe Pericu. – 2. La svolta dottrinale della fine degli anni Settanta del Novecento e la legge n. 241/1990. – 3. La riflessione sugli accordi di Giuseppe Pericu. – 4. La giurisprudenza oggi prevalente e il rilievo che nella disciplina degli accordi assumono i principi pubblicistici sulla funzione amministrativa.

1. *Premessa. Il dibattito giurisprudenziale e dottrinale sugli accordi inerenti all'esercizio di poteri amministrativi e il contributo di Giuseppe Pericu.*

Il tema degli accordi tra pubbliche amministrazioni e privati “*riconducibili all'esercizio di un potere pubblico*” continua ancora oggi ad essere oggetto di un intenso dibattito dottrinale, che attiene non soltanto alla puntuale individuazione del regime giuridico concretamente applicabile a tali rapporti, ma anche, meno fisiologicamente, al loro inquadramento sul piano sistematico.

---

\* L'Autore di queste note è stato allievo del Prof. Giuseppe Pericu ed è quindi a lui legato da vincoli profondi di affetto e di riconoscenza. Non solo per i suoi allievi, peraltro, Beppe Pericu è stato un esempio e una fonte di ispirazione, e lo è stato in tutti gli ambiti in cui si è impegnato: nella ricerca, ovviamente, ma anche nell'insegnamento, nella professione legale e nell'attività di amministratore pubblico, in cui ha riversato la sua passione civile e la sua convinzione che si possa e si debba cercare di incidere positivamente sulla realtà.

Per quanto la giurisprudenza – costituzionale, amministrativa e civile – abbia ormai optato, da almeno due decenni, per una lettura contrattual-pubblicistica di tali accordi<sup>1</sup>, e tale lettura sia condivisa da parte notevole della dottrina<sup>2</sup>, permangono in sede dottrinale dubbi e critiche nei confronti di tale indirizzo ricostruttivo e proposte volte a suggerire interpretazioni più marcatamente privatistiche delle discipline applicabili ai rapporti in questione<sup>3</sup>.

Nel lungo e assai frastagliato percorso in cui si è snodato questo dibattito, un punto di svolta decisivo, com'è ben noto, si è avuto tra la fine degli anni '70 e gli anni '90 del Novecento, prima con alcune analisi dottrinali che, innovando significativamente rispetto alle impostazioni in precedenza prevalenti, hanno aperto la via ad un esplicito riconoscimento della negoziabilità – a determinate condizioni – dell'esercizio del potere amministrativo<sup>4</sup>; e poi con la legge n. 241/1990, il cui art. 11, direttamente ricollegandosi a quelle analisi dottrinali, ha codificato sul piano normativo tale riconoscimento attraverso la previsione di accordi sul contenuto discrezionale del provvedimento ovvero sostitutivi del medesimo.

È questo punto di svolta, certo variamente interpretato dalla dottrina successiva ma indiscutibile nel suo significato essenziale, che ha determinato l'assetto attuale del nostro sistema giuridico sul tema degli accordi: un assetto nel quale – contrariamente a quanto ritenuto in un passato in

---

<sup>1</sup> Per quanto attiene alla Corte Costituzionale, v. in particolare le ben note sentenze 5 luglio 2004, n. 204 e 15 giugno 2016, n. 179. Per la giurisprudenza civile v. ad esempio, tra le molte, Cass., s.u., ordinanza 28 luglio 2021, n. 21650. Per la giurisprudenza amministrativa v., tra le altre, Cons. Stato, II, sentenza 19 aprile 2022, n. 1953; Cons. Stato, VI, 24 dicembre 2018, n. 7212.

<sup>2</sup> V. in particolare G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Giappichelli, Torino, 2003. Per gli ulteriori, opportuni riferimenti dottrinali sia consentito il rinvio a E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, 1996; ID., voce *Accordi pubblici*, in *Enc. dir., Agg.*, V, Giuffrè, Milano, 2001, 1 ss.

<sup>3</sup> V., in particolare, tra i lavori di quest'ultimo periodo, A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Jovene, Napoli, 2016. V. anche, per una riflessione critica verso gli orientamenti pubblicizzanti della giurisprudenza (e del legislatore), M. RAMAJOLI, *Gli accordi tra amministrazioni e privati ovvero della costruzione di una disciplina tipizzata*, in *Dir. amm.*, 2019, 675 ss.

<sup>4</sup> Su tale svolta v. *infra* gli Autori citati nel par. 2.

fondo non lontanissimo – la possibilità di dedurre in un atto bilaterale negoziato tra p.a. e privati una scelta amministrativa discrezionale è certamente ammessa, e il problema è divenuto quello di definire il sistema delle regole che devono disciplinare tale atto bilaterale e la logica di fondo che deve ispirarlo.

Ed è proprio in quel passaggio fondamentale, e nel momento dell'analisi della sua portata e delle sue implicazioni, che si collocano le riflessioni oggi più attuali e rilevanti tra quelle che Giuseppe Pericu ha dedicato all'attività convenzionale delle pubbliche amministrazioni.

Sono riflessioni che appaiono significative non solo per il merito delle analisi svolte e delle tesi sostenute – che hanno fornito e continuano a fornire argomenti robusti a favore delle ricostruzioni pubblicistiche del regime degli accordi – ma anche sotto il profilo metodologico.

L'approccio interpretativo di Pericu appare infatti peculiare, caratterizzato com'è dal suo muoversi, con grande padronanza ma anche con evidente problematicità, tra la dogmatica giuridica, con l'uso delle categorie generali e dei concetti, e la giurisprudenza degli interessi – tra il sistema e il problema, per richiamare una nota e felice terminologia<sup>5</sup>.

Nelle pagine che seguono si concentrerà quindi l'attenzione prima sul fondamentale cambio di indirizzo che, come rilevato, si è verificato nella dottrina italiana a partire dalla fine degli anni Settanta del secolo scorso ed è in seguito sfociato nella nostra legge generale sul procedimento amministrativo, e poi sul contributo che dopo quella svolta Giuseppe Pericu ha dato al nuovo inquadramento della materia.

Infine, si prenderà brevemente in esame lo stato attuale della giurisprudenza sugli accordi, in particolare per valutarne la reale coerenza con la logica di fondo che secondo la dottrina contrattual-pubblicistica deve guidare la ricostruzione della disciplina dei medesimi.

---

<sup>5</sup> L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, 1-2.

## 2. *La svolta dottrinale della fine degli anni Settanta del Novecento e la legge n. 241/1990.*

Nel rileggere oggi quanto Giuseppe Pericu ha scritto negli anni '80 e '90 del Novecento sul tema delle attività convenzionali delle pubbliche amministrazioni<sup>6</sup> si resta subito colpiti dall'insistenza con cui nelle sue analisi viene richiamata la questione del metodo, con una critica molto netta ad un uso eccessivo e aprioristico della dogmatica e l'invito a costruire o aggiornare le categorie generali sulla base dei concreti dati normativi e della realtà economico-sociale sottostante<sup>7</sup>.

In effetti, la materia degli accordi e delle convenzioni "pubblicistiche"

---

<sup>6</sup> Occorre qui ricordare, quanto meno, i seguenti lavori: *Problematiche recenti nei rapporti pubblico-privati nella pianificazione territoriale*, in *Quaderni regionali*, 1986, n. 1; *L'attività di incentivazione: recenti problematiche giuridiche*, in *La regolamentazione giuridica dell'attività economica*, Atti del Convegno nazionale di studi, Torino 13-15 giugno 1985, Giuffrè, Milano, 1987; *La politica dei concorsi, contributi e finanziamenti quali incentivi economici nel quadro normativo vigente*, in *Quaderni regionali*, 1987, n. 4, Giuffrè, Milano; *Verso nuovi modelli giuridici nel rapporto pubblico-privato*, in E. SAMEK LUDOVICI, G.M. BERNAREGGI (a cura di), *Pubblico e privato: cooperazione organizzativa tra privati ed enti locali nelle aree urbane*, Franco Angeli, Milano, 1990; *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, in C. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. COCA (a cura di), *Manuale di Diritto amministrativo*, Monduzzi, Bologna, 1993, II, 1611 ss. Tutti i lavori ora richiamati sono stati ripubblicati in G. PERICU, *Scritti scelti*, Giuffrè, Milano, 2009, rispettivamente a 451 ss., 471 ss., 491 ss., 613 ss., 691 ss. Nel prosieguo si farà riferimento principalmente a *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, cit., con la sua numerazione originaria.

<sup>7</sup> V., in particolare, G. PERICU, *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, cit. Nel richiamare il dibattito dottrinale relativo all'inquadramento dei rapporti convenzionali tra p.a. e privati inerenti ad "oggetti pubblici", e dopo avere evidenziato le peculiarità che la disciplina sembrava presentare, Pericu osserva, ad esempio, che tale problema è stato "affrontato soprattutto in termini di ammissibilità astratta della stessa categoria [quella del contratto di diritto pubblico]. Attraverso una singolare inversione metodologica, tipicamente concettualistica, non ci si è chiesti se il legislatore avesse introdotto fattispecie con simili caratteristiche, ma se una tale ricostruzione fosse, in linea astratta, ammissibile in presenza di fattispecie legislative che presentavano apparentemente le caratteristiche descritte" (p. 1635). Considerazioni analoghe, solo formulate in termini più specifici, si rinvengono anche nell'ambito dell'analisi svolta con riguardo a singoli tipi convenzionali: v. in particolare p. 1674 s. per le convenzioni di lottizzazione urbanistica; e p. 1713 s. per le concessioni di pubblico servizio.

si prestava allora perfettamente ad una riflessione e a una critica di questo genere: a lungo condizionata e anzi dominata da un dibattito estremamente astratto e concettualistico – quello sull'ammissibilità teorica della figura del contratto di diritto pubblico –, la dottrina italiana aveva faticato, almeno sino alla fine degli anni Settanta, ad esercitare il suo ruolo istituzionale di guida ed orientamento, sul piano sistematico, della giurisprudenza e della prassi amministrativa, che avevano finito per seguire percorsi interpretativi autonomi, largamente sganciati dalle posizioni prevalenti in sede dottrinale.

Era stata soprattutto la pregiudiziale negazione, da parte della dottrina maggioritaria, della negoziabilità dell'esercizio del potere a determinare tale divaricazione, particolarmente evidente nel modo di intendere e ricostruire giuridicamente taluni istituti largamente utilizzati in ambiti cruciali dell'azione amministrativa.

Concessioni di beni e di servizi pubblici, convenzioni urbanistiche, contratti di incentivazione, accordi espropriativi: su tutti questi istituti la giurisprudenza e la prassi amministrative avevano elaborato proprie soluzioni, ben lontane da quelle accolte dalla maggioranza della dottrina, soluzioni che nei fatti ammettevano e presupponevano quella negoziabilità delle scelte amministrative discrezionali che la dottrina maggioritaria, da Ranelletti in poi, continuava appunto ad escludere ostinatamente.

E tuttavia, proprio per il loro carattere trasgressivo rispetto al dogma dottrinale della necessaria unilateralità e non contrattabilità del potere amministrativo, tali indirizzi giurisprudenziali e di prassi tendevano a nascondere o comunque a minimizzare il rilievo che nelle fattispecie considerate assumevano i momenti di consensualità<sup>8</sup>, con implicazioni sotto

---

<sup>8</sup> Emblematica di questa tendenza era la costruzione c.d. della concessione-contratto, largamente diffusa in giurisprudenza con riguardo alle concessioni di servizi e di beni pubblici, che presentava il contratto (considerato privatistico) come meramente accessorio rispetto al provvedimento amministrativo, con cui soltanto l'amministrazione avrebbe potuto disporre del suo potere pubblicistico. Questa impostazione era stata poi, com'è ben noto, ripresa, sistematizzata ed estesa anche ad altri rapporti dalla dottrina, e in particolare da M.S. Giannini, che ne aveva fatto il nucleo delle c.d. "costruzioni a doppio grado" o dualistiche. Al riguardo v., in particolare, M.S. GIANNINI, *L'attività amministrativa*, Jandi Sapi ed., Roma, 1962, 18 e 32; nonché ID., *Diritto amministrativo*, II, III ed., Giuffrè, Milano, 428; F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, s.d. (ma 1965), 44 ss.

diversi profili non apprezzabili nella ricostruzione della disciplina applicata ai rapporti in questione.

Non è qui necessario ripercorrere nei dettagli tale vicenda concettuale, che in molti hanno già efficacemente raccontato<sup>9</sup>.

Quello che conta è che, tra la fine degli anni '70 e la prima metà degli anni '80 del Novecento, alcuni studiosi – consapevoli dei limiti e dei problemi che l'assetto che si era determinato poneva rispetto alla puntuale definizione del regime giuridico applicabile in ambiti cruciali dell'azione amministrativa – hanno sottoposto gli insegnamenti tradizionali ad una critica serrata, ponendo le basi per un cambiamento radicale di impostazione.

È prima nelle riflessioni di Mario Nigro, a partire dalle convenzioni urbanistiche ma con un taglio in realtà molto più generale<sup>10</sup>, e poi nei lavori monografici di Marco D'Alberti sulle concessioni amministrative<sup>11</sup> e di Giandomenico Falcon sulle convenzioni pubblicistiche<sup>12</sup> – molto diversi nell'impostazione e anche nel merito della proposta ricostruttiva, ma entrambi fondamentali – che il dogma della necessaria unilateralità del potere amministrativo viene smantellato e che si dimostra che non vi sono ostacoli di principio alla negoziabilità del medesimo.

Inizia una nuova fase, che culmina negli artt. 11 e 15 della legge n. 241/1990 e nell'esplicito, inequivoco riconoscimento dell'ammissibilità di accordi tra pubbliche amministrazioni e privati (e anche tra pubbliche amministrazioni) inerenti all'esercizio di poteri discrezionali<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> V. in particolare M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, Jovene, Napoli, 1981; G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Giuffrè, Milano, 1984; B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Giuffrè, Milano, 1987; ID., *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. amm.*, 1995, 483 ss.

<sup>10</sup> V. M. NIGRO, *Convenzioni urbanistiche e rapporti tra privati. Problemi generali*, in M. COSTANTINO (a cura di), *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, Giuffrè, Milano, 1978, 33 ss.; ID., *Conclusioni*, in A. MASUCCI (a cura di), *L'accordo nell'azione amministrativa*, Quaderno del Formez, Roma, 1988, 79 ss.

<sup>11</sup> V. M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit.

<sup>12</sup> V. G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit.

<sup>13</sup> Su tali disposizioni – com'è ben noto, risultanti, come tutta la legge n. 241/1990, dal progetto elaborato dalla commissione di studio presieduta da Mario Nigro e di cui

Ed è in questa fase che, come si è sopra rilevato, si collocano anche i contributi oggi più significativi che su questo tema ci ha dato Giuseppe Pericu.

### 3. *La riflessione sugli accordi di Giuseppe Pericu.*

Dopo alcuni lunghi saggi degli anni Ottanta del Novecento riguardanti talune specifiche tipologie di accordi<sup>14</sup>, da cui già emergeva chiaramente l'apertura ai nuovi fermenti dottrinali e la messa in discussione degli orientamenti tradizionali, è poi nel Manuale di Diritto amministrativo curato con altri studiosi, e in particolare nell'ampio capitolo da Lui dedicato all'attività consensuale dell'amministrazione pubblica, che Pericu opera una meditata e rinnovata ricostruzione del tema degli accordi variamente inerenti all'esercizio di poteri amministrativi<sup>15</sup>.

Qui, nel Manuale, il metodo di analisi di Beppe Pericu ha modo di

---

Beppe Pericu era componente – la letteratura è ovviamente amplissima. V., quanto meno, G. SALA, *Accordi sul contenuto discrezionale del provvedimento e tutela delle situazioni soggettive*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 209 ss.; E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Giuffrè, Milano, 1992; R. FERRARA, *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Utet, Torino, 1993, 543 ss.; C. AMIRANTE (a cura di), *La contrattualizzazione dell'azione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 1993; F. TRIMARCHI BANFI, *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in *Pol. dir.*, 1993, 237 ss.; ID., *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 35 ss.; F. LEDDA, *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in *Foro amm.*, 1997, 1273 ss.; N. AICARDI, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e caratteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 1 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Giappichelli, Torino, 1997; F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, Cedam, Padova, 1998; E. BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblici*, cit.; V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 217 ss.

<sup>14</sup>V. ancora *Problematiche recenti nei rapporti pubblico-privati nella pianificazione territoriale*, cit.; *L'attività di incentivazione: recenti problematiche giuridiche*, cit.; *La politica dei concorsi, contributi e finanziamenti quali incentivi economici nel quadro normativo vigente*, cit.; *Verso nuovi modelli giuridici nel rapporto pubblico-privato*, cit.

<sup>15</sup>V. il già citato *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, in C. MAZZAROLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Manuale di Diritto amministrativo*, cit., 1611 ss.

esprimersi compiutamente e si manifestano con nettezza sia la sua estrema attenzione al dato normativo e alla realtà dei rapporti economico-sociali sottostanti, sia l'uso sempre controllato, critico e non aprioristico delle categorie generali – che sono comunque utilizzate per dare ordine e sistematicità alle sue operazioni interpretative.

L'analisi che Pericu svolge relativamente a talune figure convenzionali – la concessione di pubblico servizio, le convenzioni urbanistiche, i contratti di incentivazione – è del tutto coerente con questa impostazione generale; e, al di là degli esiti a cui conduce, ha anzitutto il pregio di illuminare con chiarezza il problema di fondo che la normativa poneva.

Questo problema era se, per taluni rapporti convenzionali delle pubbliche amministrazioni, la logica della funzione amministrativa e lo specifico regime funzionalizzante in cui essa si esprime dovessero trovare applicazione non solo nella fase di formazione del contratto ma anche in quella di esecuzione del medesimo. E, laddove questo si ammettesse, quale fosse esattamente il regime giuridico risultante dalla conseguente, inevitabile combinazione di principi e regole pubblicistiche sul potere amministrativo e principi e regole privatistiche sulle obbligazioni e sui contratti.

Come oggi appare forse più evidente, ma com'era già stato messo chiaramente in rilievo dalla dottrina del tempo<sup>16</sup>, rispetto al tema della definizione del regime degli accordi in questione e della loro puntuale qualificazione giuridica veniva infatti ad assumere un rilievo centrale il carattere funzionalizzante della disciplina del potere amministrativo: non solo nel senso che era stato proprio il passaggio da una concezione del potere imperniata sui suoi tratti di autoritarità ad una incentrata invece sull'idea di funzione<sup>17</sup> a rendere possibile o comunque a facilitare sotto il profilo concettuale il superamento del dogma della non negoziabilità del potere<sup>18</sup>, ma anche perché era con le implicazioni complessivamente derivanti da quel carattere funzionalizzato – assai più che con i residui tratti

---

<sup>16</sup>V., in particolare, G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., 205 ss.

<sup>17</sup>Per tale passaggio non si può non rinviare a F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 1 ss.; e *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 123 ss.

<sup>18</sup>V. ancora G. FALCON, *op. loc. ult. cit.*

di autoritarità – del potere amministrativo che occorreva confrontarsi in sede interpretativa per valutare se lo statuto pubblicistico del medesimo avrebbe dovuto penetrare anche nella disciplina della fase di attuazione degli accordi. Ed era anche a quel tratto funzionalizzato che ci si doveva poi riferire per ricercare e definire l'equilibrio tra tale statuto pubblicistico e i principi civilistici.

È comunque dall'analisi puntuale di taluni rilevanti tipi convenzionali – e, più precisamente, dalla individuazione della loro (spesso scarna ed incompleta ma comunque) significativa disciplina specifica, della loro funzione economico-sociale nonché della prassi amministrativa e della giurisprudenza formatasi riguardo ad essi – che Pericu trae la conclusione che gli stessi non possono essere spiegati giuridicamente ricorrendo solo alle categorie civilistiche e occorre invece ricondurli ad una figura (sempre contrattuale ma) pubblicistica<sup>19</sup>. E ciò in quanto la disciplina che li caratterizza non è solo derogatoria rispetto a quella del codice civile ma è anche, assai più profondamente, ispirata ad una logica in parte differente, che esprime insieme la scelta di garantire la serietà del vincolo convenzionale e quella di condizionare variamente la nascita e la persistenza di tale vincolo alle esigenze oggettive della funzione amministrativa.

È proprio riflettendo problematicamente sulle convenzioni urbanistiche, sulle concessioni di pubblico servizio e anche sugli accordi procedurali e sostitutivi di cui all'art. 11 della legge n. 241/1990, e collegando indici normativi e assetto degli interessi in gioco, secondo percorsi ricostruttivi che tenevano largamente conto degli orientamenti giurisprudenziali e di prassi<sup>20</sup>, che quella conclusione appare la più logica e coerente.

---

<sup>19</sup> Per tale conclusione v. *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, cit., 1680 ss. (per le convenzioni urbanistiche), 1710 (per gli accordi sostitutivi di provvedimento), 1725 s. (per le concessioni di servizi pubblici locali).

<sup>20</sup> È in effetti l'acutezza e l'obiettività dell'analisi condotta con riferimento alle singole figure convenzionali a colpire maggiormente il lettore: in essa la puntuale considerazione delle indicazioni normative si combina con la consapevole attenzione agli interessi sottesi ai rapporti convenzionali nei diversi ambiti di azione delle pubbliche amministrazioni, quali emergono dalla prassi e dalla giurisprudenza, e la dogmatica è usata solo a posteriori per ordinare e sistematizzare quelle indicazioni. Questo vale indistintamente per tutte le figure di accordo considerate in *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, cit., 1696 ss.; tuttavia, per un esempio particolarmente chiaro del metodo ap-

Il ponte che già la dottrina immediatamente precedente all'emanazione della legge generale sul procedimento amministrativo aveva costruito per ricongiungere l'analisi teorica alla giurisprudenza e alla prassi e per rendere la prima nuovamente in grado di orientare sistematicamente le seconde, viene così fortemente consolidato.

E non può quindi sorprendere se, negli anni successivi, tanto la Corte Costituzionale, quanto la Corte di Cassazione e il Consiglio di Stato si sono poi decisamente indirizzati nello stesso senso: quello di ritenere che accordi collegati, ancorché indirettamente, ad un potere pubblico devono essere considerati espressione di una potestà discrezionale e, pertanto, pur essendo soggetti ai principi civilistici in tema di obbligazioni e di contratti in quanto compatibili, devono sottostare ad un regime giuridico che tiene conto anche delle regole proprie della funzione amministrativa<sup>21</sup>.

4. *La giurisprudenza oggi prevalente e il rilievo che nella disciplina degli accordi assumono i principi pubblicistici sulla funzione amministrativa.*

L'assetto che si è determinato per effetto della evoluzione sopra sinteticamente richiamata non è esente da imperfezioni, e le critiche che ad esso sono state mosse da una parte della dottrina appaiono parzialmente condivisibili<sup>22</sup>.

Tuttavia, l'incontro che si è finalmente realizzato tra riflessione dottrinale e interpretazione giudiziale e amministrativa ha prodotto un sistema di regole e di soluzioni applicative certamente più lineare e credibile di quello vigente nei fatti prima della svolta codificata con l'art. 11 della legge n. 241/1990. E se dalle pronunce giurisprudenziali emerge tal-

---

plicato da Pericu, si può rinviare al caso emblematico delle convenzioni di lottizzazione (alle p. 1670 ss.).

<sup>21</sup> V. le sentenze sopra citate alla nota 1 e quelle richiamate nel prossimo paragrafo.

<sup>22</sup> Per tali critiche v. ancora, tra gli altri, A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit.; e M. RAMAJOLI, *Gli accordi tra amministrazioni e privati ovvero della costruzione di una disciplina tipizzata*, cit.

volta qualche sbavatura concettuale e anche qualche eccesso nella tutela delle ragioni dell'amministrazione come contraente, l'insieme della giurisprudenza di questi anni sembra in realtà confermare che essa è consapevole dell'assoluta necessità di garantire un equilibrio vero tra la logica della funzione amministrativa e quella del contratto, tra la tutela dell'interesse pubblico, con le sue mutevoli esigenze, e la tutela dell'interesse dei privati all'attuazione dell'assetto definito con l'accordo.

La permeabilità del rapporto giuridico derivante da quell'accordo ai principi propri della funzione e della discrezionalità amministrativa non può mai giungere sino a negare nei fatti la serietà e l'azionabilità del vincolo che l'amministrazione ha assunto stipulando il medesimo<sup>23</sup>: altrimenti, la stessa ragione d'essere degli accordi pubblicistici dal punto di vista dell'amministrazione – quella di ottenere dai privati impegni e prestazioni che in base alla disciplina di legge non potrebbero essergli imposte<sup>24</sup> – verrebbe meno. Di questo la giurisprudenza è stata sempre e appare tuttora ben conscia<sup>25</sup>.

Né sembra che, per assicurare tale equilibrio, sia necessario, come invece suggerisce parte della dottrina, dare un'interpretazione riduttiva della clausola generale di compatibilità che il legislatore, nell'art. 11, comma 2, della legge n. 241/1990, ha previsto per l'applicazione agli accordi dei principi del codice civile in materia di obbligazioni e di contratti.

Ritenere che il vaglio di compatibilità debba essere operato solo in relazione a regole pubblicistiche esplicitamente poste dalla legge<sup>26</sup> e non

---

<sup>23</sup> Sul punto, sia consentito rinviare alle considerazioni svolte in *Accordi pubblici, ad vocem*, cit., 24 ss.

<sup>24</sup> V. al riguardo le sempre pertinenti osservazioni di G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., 210 ss.

<sup>25</sup> V., ad esempio, Cons. Stato, VI, 20 gennaio 2000, n. 264; più recentemente, Cons. Stato, II, 28 gennaio 2020, n. 705. Per la giurisprudenza dei primi decenni del 900, da cui già emerge chiaramente tale consapevolezza, v. l'ampia e approfondita ricostruzione di M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit. 25 ss.

<sup>26</sup> V. in tal senso, tra gli altri, M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni nascenti dagli accordi amministrativi*, in *Dir. amm.*, 2010, 27 ss.; M. RAMAJOLI, *Gli accordi tra amministrazioni e privati ovvero della costruzione di una disciplina tipizzata*, cit., 685. Sul'interpretazione della clausola di compatibilità di cui al secondo comma dell'art. 11, v. anche, in termini generali, G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003, 143 s.

anche ai principi generali che costituiscono lo statuto giuridico del potere amministrativo non soltanto sembra in contrasto con la formulazione letterale della norma – che già reca l’inciso “*ove non diversamente previsto*”, di cui la clausola di compatibilità in tal modo interpretata verrebbe ad essere un’inutile duplicazione – ma trascura che essa deve essere letta alla luce della scelta fondamentale del legislatore di prevedere che gli accordi in questione sono stipulati dall’amministrazione nell’esercizio del potere discrezionale sulla base del quale è stato avviato il procedimento in cui i medesimi s’inseriscono<sup>27</sup>.

Se, com’è stato sottolineato anche dalla Corte Costituzionale, la pubblica amministrazione diviene parte dell’accordo e del rapporto che ne discende nell’esplicazione di quel potere e non della sua capacità privatistica<sup>28</sup>, appare del tutto conseguente che i medesimi siano disciplinati – insieme – da principi pubblicistici e da principi civilistici.

Né sembra in realtà che questa impostazione, che la giurisprudenza prevalente sembra seguire, sia pure – di regola – senza esplicite enunciazioni<sup>29</sup>, l’abbia condotta nella generalità dei casi a limitare significativamente l’applicazione degli istituti civilistici e in particolare quella degli strumenti di tutela che gli stessi offrono al privato di fronte agli eventuali inadempimenti dell’amministrazione contraente.

Al contrario, è abituale in giurisprudenza l’affermazione che, a fronte della violazione da parte del contraente pubblico degli obblighi nascenti dall’accordo, il privato dispone di tutti i rimedi previsti dal codice civile, e tale affermazione non sembra rimanere meramente astratta, ma viene in non poche pronunce concretamente attuata a favore delle parti private<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> Così in effetti sembra inequivocabilmente prevedere l’art. 11, comma 1, legge n. 241/1990.

<sup>28</sup> V. ancora al riguardo Corte Cost., 15 giugno 2016, n. 179.

<sup>29</sup> V. peraltro, in termini molto chiari, TAR Piemonte, II, 10 giugno 2010, n. 2750.

<sup>30</sup> V. ad esempio Cons. Stato n. 2568/2010, in cui si afferma che “*la persistenza, pur nell’ambito di un rapporto convenzionale di lottizzazione, di un potere discrezionale dell’ente pubblico (...) non vale di per sé ad escludere (...) che atti amministrativi aventi rilievo nel procedimento di esecuzione degli accordi stessi e normalmente incidenti su interessi pretesivi dei privati possano (e debbano) essere assoggettati ad un sistema di tutela di quelle posizioni non solo mediante il tradizionale meccanismo impugnatorio e demolitorio proprio delle posizioni di interesse legittimo pretensivo, ma anche (allorché, come avviene appunto*

È vero, d'altra parte, che, intesa come implicito richiamo ai principi sulla funzione amministrativa, la clausola di compatibilità ha consentito o favorito anche l'ingresso nella disciplina del rapporto delle regole sull'autotutela amministrativa, aldilà dell'espressa previsione del recesso da parte del quarto comma dell'art. 11 della legge n. 241/1990.

Ma va sottolineato che mentre la giurisprudenza sembra, in questa prospettiva, ammettere senz'altro che l'amministrazione contraente possa esercitare rispetto all'accordo il suo potere di annullamento d'ufficio<sup>31</sup> – il che del resto appare ragionevole e non sembra sbilanciare in modo eccessivo l'equilibrio tra le parti –, viceversa assai più dubbio è che essa riconosca al soggetto pubblico un potere di modifica unilaterale dell'accordo<sup>32</sup> – un potere che, com'è bene sottolineare, sarebbe invece palese-

---

*nella vicenda in esame, una parte del rapporto contesti alla controparte un inadempimento degli obblighi di fare) mediante applicazione diretta della disciplina dell'inadempimento del contratto (art. 1453 c.c.). L'art. 11 citato accresce, infatti, la pienezza della tutela avanti al giudice amministrativo, non solo estendendo la vocatio in ius, ma anche ammettendo il ricorso ai rimedii contrattuali, previsti dal codice civile, nel processo amministrativo. Invero, il rimedio contrattuale, di cui all'art. 1453 c.c., non appare incompatibile con la definizione delle convenzioni di lottizzazione in termini di accordo procedimentale e non di contratto. (...) A questo scopo, non può che valorizzarsi, per regolare la fattispecie, il rinvio ai principii ricavabili ed alle azioni previste nel codice civile in materia di obbligazioni e contratti. Secondo tale ricostruzione della questione, in definitiva, il Giudice amministrativo adito deve considerarsi legittimato a decidere sulle domande avanzate dall'odierna appellante principale, volte a far accertare l'inadempimento del Comune ed a far dichiarare la risoluzione della convenzione ex art. 1453 c.c., in applicazione della disciplina civilistica, senza che possa considerarsi pregiudiziale a detta forma di tutela l'esperimento della classica azione di annullamento tipica della giurisdizione generale amministrativa di legittimità in relazione a quegli atti amministrativi, mediante i quali si sia realizzato (o, meglio, si assuma essersi realizzato) l'inadempimento delle prestazioni dedotte in contratto". V. anche, nello stesso senso, Cons. Stato, II, 28 gennaio 2020, n. 705, cit.; Cons. Stato, IV, 24 aprile 2012, n. 2433; TAR Lombardia, Milano, II, 8 gennaio 2019, n. 36.*

D'altra parte, i principi e le norme del codice civile sono frequentemente richiamati dal giudice amministrativo, a tutela degli interessi delle parti private, anche quando è l'amministrazione a reagire nei confronti di un asserito inadempimento delle stesse: v. in tal senso Cons. Stato, II, 19 aprile 2022, n. 2953; Cons. Stato, IV, 30 maggio 2022, n. 4331.

<sup>31</sup> V. ad esempio Cons. Stato, VI, 24 dicembre 2018, n. 7212; Cons. Stato, V, 12 maggio 2017, n. 2231.

<sup>32</sup> Esclude, ad esempio, in termini molto chiari, tale potere di modifica unilaterale TAR Toscana, II, 30 dicembre 2011, n. 2077. E nello stesso senso v. già, in passato,

mente incompatibile con la garanzia della serietà del vincolo nascente dall'accordo<sup>33</sup>.

È, in conclusione, certamente opportuno che la dottrina vigili con attenzione sul fatto che nella concreta decisione delle controversie inerenti agli accordi il giudice amministrativo non riduca ingiustificatamente tale garanzia e tuteli quindi adeguatamente l'interesse privato ad una puntuale attuazione dell'assetto contrattuale. Ma a tale scopo non sembra necessario mettere radicalmente in discussione l'ambientazione pubblicistica degli accordi e l'applicazione agli stessi (anche) dei principi generali propri del potere amministrativo discrezionale.

---

Cons. Stato, V, 24 marzo 1987, n. 207, e TAR Lombardia, Milano, III, 4 gennaio 1986, n. 5. Almeno in parte più ambigua è invece TAR Lombardia, Milano, II, 29 novembre 2011, n. 6519, ove peraltro le modificazioni a cui la sentenza allude sembrano riguardare la pianificazione urbanistica collocata a monte della convenzione urbanistica di cui si trattava, mentre rispetto alla convenzione in sé considerata la potestà unilaterale che l'amministrazione contraente aveva esercitato – secondo la sentenza, legittimamente – era un potere di recesso e non di modifica del contenuto della stessa.

<sup>33</sup> Si rinvia al riguardo alle considerazioni formulate da chi scrive in *Accordi pubblici, ad vocem*, cit., 24.