V

GLI STRUMENTI CONSENSUALI DEL DIRITTO PUBBLICO E IL PERMESSO DI COSTRUIRE CONVENZIONATO: PATOLOGIE DEGLI ACCORDI E RIMEDI GIURISDIZIONALI *

SOMMARIO: 1. Strumenti consensuali nel diritto urbanistico e permesso di costruire convenzionato; questioni di tutela giurisdizionale. – 2. La figura generale degli accordi *ex* art. 11 della l. n. 241 del 1990. – 3. Il divieto del «pregiudizio dei diritti dei terzi» e il problema della loro protezione giurisdizionale. – 4. I «principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti»: incertezze interpretative e loro riflessi sul piano dei mezzi di tutela giurisdizionale. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Strumenti consensuali nel diritto urbanistico e permesso di costruire convenzionato; questioni di tutela giurisdizionale.*

La tematica degli strumenti consensuali utilizzabili per disciplinare i rapporti tra p.a. e soggetti privati è di indiscutibile interesse giuridico per le sue ricadute sul piano sia pratico sia sistematico. Le questioni ingenerate dall'impiego di tali strumenti, non poco complesse, involgono tra l'altro il nodo, cruciale, dei rimedi esperibili a fronte di affermate patologie vuoi degli accordi in sé vuoi delle attività prodromiche o successive alla loro conclusione.

Tra le norme rilevanti in materia menziono subito, perché centrali rispetto all'argomento assegnatomi, quelle concernenti il permesso di costruire convenzionato, dettate dall'art. 28-*bis* del d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380 (t.u. delle disposizioni legislative e regolamentari

---

* Il titolo identifica l'argomento che ho trattato il 27 novembre 2015 a Castelfranco Veneto, nell'ambito del Convegno su «Il nuovo statuto dei diritti dei cittadini: dalla legge 241/1990 alla riforma della p.a. 2015». Il testo che segue è quello su cui ho basato la mia relazione. Esso mantiene il tono discorsivo che si addiceva all'occasione.

in materia edilizia), introdotto dall'art. 17, comma 1, lett. q, del d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 novembre 2014, n. 164.

Di quanto vi è stabilito (oggetto di molti commenti, tra i quali quelli di P. URBANI, *Le modifiche del T.U. n. 380/2001 dopo la L. n. 164/2014 tra semplificazione edilizia e deroghe alla disciplina urbanistica*, in A. ANGELETTI - M. PROTTO, *Le novità del decreto sblocca Italia*, in *Giur. it*, 2015, 234 ss., e di F. SAITTA, *Il permesso di costruire convenzionato: prime note sul nuovo art. 28-bis del testo unico dell'edilizia*, in *www.diritto-amministrativo.org*), rammento i punti essenziali. «Qualora le esigenze di urbanizzazione possano essere soddisfatte con una modalità semplificata», ossia alternativa rispetto a quella ordinaria imperniata sui piani attuativi di iniziativa pubblica o privata, «è possibile il rilascio di un permesso di costruire convenzionato», cioè di un permesso accompagnato da una convenzione stipulata tra l'interessato e la p.a. La convenzione, approvata con delibera del consiglio comunale, salva una diversa previsione da parte della legge regionale, deve specificare «gli obblighi, funzionali al soddisfacimento di un interesse pubblico, che il soggetto attuatore si assume ai fini di poter conseguire il rilascio del titolo edilizio, il quale resta la fonte di regolamento degli interessi». La convenzione, inoltre, può prevedere «la cessione di aree anche al fine dell'utilizzo di diritti edificatori»; «la realizzazione di opere di urbanizzazione»; «le caratteristiche morfologiche degli interventi»; «la realizzazione di interventi di edilizia residenziale sociale». La stessa, infine, può contemplare «modalità di attuazione per stralci funzionali», vale a dire per tratti successivi da portare a compimento entro determinati limiti di tempo. Fermo l'assoggettamento del procedimento di formazione del permesso di costruire convenzionato alle regole contenute nel capo II del titolo II della parte I del d.p.r. n. 380 del 2001, la convenzione è altresì sottoposta alla disciplina dell'art. 11 della l. 7 agosto 1990, n. 241, relativa agli accordi integrativi e sostitutivi di provvedimenti amministrativi.

Incidentalmente, noto che il richiamo di tale disciplina ha precluso allo strumento del permesso di costruire convenzionato il successo che si immaginava: l'applicazione delle norme che lo hanno creato è stata infatti ostacolata da quella corrente di pensiero, ancorata a un dato di

stretto diritto positivo, secondo cui gli accordi *ex* art. 11 della l. n. 241 del 1990 non possono essere siglati a integrazione o in sostituzione di provvedimenti amministrativi vincolati, quali sono comunemente considerati i permessi di costruire. Di contro a questa opinione, è sufficiente constatare che è l'art. 28-*bis* del t.u. dell'edilizia, e quindi un più recente e omogeneo – avuto riguardo al rango della fonte – dato di stretto diritto positivo, a statuire espressamente che alla stipula di una convenzione, vista quale accordo tra la p.a. e un privato attratto nell'orbita normativa dell'art. 11 della l. n. 241 del 1990, si può giungere in funzione del rilascio di un permesso di costruire.

Per completare il quadro del regime giuridico al quale soggiace la convenzione di cui andiamo trattando non resta che citare l'art. 133, comma 1, lett. a, n. 2, c.p.a. Esso include tra le controversie deferite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo quelle in materia di formazione, conclusione ed esecuzione «degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo e degli accordi fra pubbliche amministrazioni»: quindi, atteso che la nostra convenzione rientra nel campo di operatività dell'art. 11 della l. n. 241 del 1990 ed è perciò annoverabile tra gli accordi dei quali si parla nel testo normativo in esame, questo finisce per comprendere nella giurisdizione esclusiva anche le liti che in qualsiasi modo la investono, purché relative a uno o più dei tre momenti indicati.

Il disposto dell'art. 133 c.p.a. appena evocato dà peraltro vita a problemi di non agevole soluzione, la cui stessa prospettazione accentua la diffidenza con la quale privati e p.a. continuano a guardare alla figura pur ammessa dall'art. 28-*bis* del t.u. dell'edilizia.

C'è da chiedersi, per esempio, quale dovrebbe essere il plesso giurisdizionalmente competente a risolvere i dissidi in merito a un atto giuridico il quale nella propria intestazione rechi la denominazione di accordo *ex* art. 11 della l. n. 241 del 1990 o di convenzione *ex* art. 28-*bis* del t.u. dell'edilizia, ma sotto il profilo procedimentale e contenutistico non esibisca alcun tratto tipico di un accordo o di una convenzione del genere. Di fronte a un tale atto, detto altrimenti, bisogna decidere se valga ad attivare la cognizione esclusiva del giudice amministrativo la sua qualificazione formale oppure la sua conformità, per *iter* e sostanza, al modello legale di riferimento.

Optando per la prima soluzione, com'è ovvio, il giudice amministrativo dovrebbe declinare la propria giurisdizione in favore di quella

del giudice ordinario nel caso in cui l'atto, pur rispondendo alle previsioni dell'art. 11 della l. n. 241 del 1990 o del medesimo e dell'art. 28-*bis* del t.u. dell'edilizia, tacesse la propria identità e il proprio fondamento normativo. A vietare questo esito ricostruttivo è non solo la nostra tradizione dottrinale e giurisprudenziale, restia ad attribuire importanza al *nomen iuris* prescelto per un atto e al dato legislativo chiamato a giustificarlo, ma anche e soprattutto l'essenza della giurisdizione amministrativa, ravvisabile nel suo atteggiarsi a giurisdizione sulla funzione pubblica: come si ricava dall'art. 7, comma 1, c.p.a., il quale testualmente consegna a quella giurisdizione «le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni». Perimetrata così l'area della giurisdizione amministrativa – attraverso una formulazione legislativa figliata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004 –, si rischiara, proprio con riguardo agli accordi tra un privato e la p.a., la sua alterità rispetto alla giurisdizione del giudice ordinario: in questa ricadono infatti solo le controversie inerenti ad accordi di questo tipo che non siano riconducibili neppure mediatamente all'esercizio del potere amministrativo. E allora, tenuto conto che gli accordi di cui all'art. 11 della l. n. 241 del 1990 e le convenzioni *ex* art. 28-*bis* del t.u. dell'edilizia implicano senz'altro l'esercizio del potere amministrativo, non vi è alcun margine per sostenere che sfuggano alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le liti relative a un atto in linea, per procedimento e contenuto, con lo schema tracciato nell'uno e magari anche nell'altro articolo, ma silente rispetto agli elementi idonei alla propria individuazione sotto l'aspetto formale.

Altro è naturalmente il problema che si pone allorché un atto, pur presentando tali elementi, non sia del tutto rispettoso delle norme sul procedimento o sul contenuto versate nell'art. 11 della l. n. 241 del 1990 o anche nell'art. 28-*bis* del t.u. dell'edilizia. Interferisce sullo stesso la questione dell'incidenza delle patologie riscontrate sull'identificazione dell'atto: la quale non è di poco momento, ove si consideri che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sussiste solo per

le controversie in materia di accordi, mentre là dove, a causa di una qualche difformità, si dovesse ritenere che l'atto, per quanto dichiaratosi accordo o convenzione ai sensi dei due soliti articoli, sia in realtà un provvedimento, esso sarebbe sì aggredibile dinnanzi al giudice amministrativo, ma certamente non in sede di giurisdizione esclusiva (a meno che, ovviamente, l'atto non rientri in una materia relativamente alla quale la giurisdizione del giudice amministrativo abbia natura esclusiva): e secondo quale peculiare regime giuridico è risaputo.

Di accordi tra soggetti pubblici e privati, peraltro, parla anche l'art. 6 della l.r. del Veneto 23 aprile 2004, n. 11. Il suo comma 1 stabilisce che i Comuni, le Province e la Regione, nei limiti delle proprie competenze, possono concludere accordi con soggetti privati per assumere nella pianificazione proposte di progetti ed iniziative di rilevante interesse pubblico. Essi sono finalizzati, specifica il comma 2, alla determinazione di alcune previsioni del contenuto discrezionale degli atti di pianificazione territoriale ed urbanistica, nel rispetto della legislazione e della pianificazione sovraordinata, senza pregiudizio dei diritti dei terzi. Per il comma 3, l'accordo costituisce parte integrante dello strumento di pianificazione cui accede ed è soggetto alle medesime forme di pubblicità e di partecipazione; è recepito con il provvedimento di adozione dello strumento di pianificazione ed è condizionato alla conferma delle sue previsioni nel piano approvato. Al medesimo, inoltre, si applicano in via integrativa, in forza del comma 4, le disposizioni di cui all'art. 11 della l. n. 241 del 1990, a partire da quelle contenute nel comma 2.

A proposito di questa disciplina, il T.a.r. Veneto (con la sentenza n. 419 del 28 marzo 2014 della sez. II) ha precisato che l'accordo finalizzato alla determinazione delle previsioni discrezionali dell'atto di pianificazione urbanistica, a differenza di un accordo sostitutivo, «esaurisce la sua funzione nel momento in cui viene recepito dallo strumento pianificatorio, nella fattispecie dal p.a.t. e poi dal p.i.»: di talché, nel momento in cui viene adottato lo strumento urbanistico generale, riprende vigore il potere discrezionale dell'amministrazione di pianificazione e di programmazione degli interventi attuativi. Da ciò deriva, ancora per il T.a.r. Veneto, che le domande contrattuali che la parte privata può astrattamente avanzare con riguardo all'accordo in parola (per esempio, di risoluzione per inadempimento o

per eccessiva onerosità sopravvenuta, di risarcimento del danno conseguente a inadempimento *ex* art. 1218 c.c.) devono comunque essere respinte perché «presuppongono pur sempre la validità di un atto [l'accordo] invece non più esistente».

A prescindere dal rilevare che sarebbe stato più pertinente il richiamo della categoria dell'efficacia, occorre valutare se l'amministrazione, consapevole di questo orientamento, non possa essere indotta a trasfondere il prima possibile l'accordo nel piano urbanistico generale: così facendo, infatti, essa riuscirebbe a provocare il rigetto in rito – per il sopraggiunto dissolvimento dell'accordo, assorbito *in toto* dall'atto amministrativo di pianificazione – della domanda contrattuale proposta dalla parte privata.

Il risultato che ne sortirebbe è compendiabile nella netta riduzione delle protezioni giurisdizionali cui potrebbe ambire il partner privato di un accordo *ex* art. 6 della l.r. del Veneto n. 11 del 2004, in considerazione del fatto che gli strumenti di pianificazione territoriale sono aggredibili solo per vizi di legittimità ed entro ristretti termini di decadenza, essendo quindi sottratti ai rimedi giurisdizionali di matrice privatistica attivabili in relazione agli accordi di cui all'art. 11 della l. n. 241 del 1990.

2. *La figura generale degli accordi* ex *art. 11 della l. n. 241 del 1990.*

Si è in precedenza appurato che l'art. 28-*bis* del t.u. dell'edilizia, l'art. 133, comma 1, lett. a, n. 2, c.p.a e l'art. 6 della l.r. del Veneto n. 11 del 2004 fanno tutti riferimento agli accordi previsti dall'art. 11 della l. n. 241 del 1990: alla disciplina che vi è contenuta occorre quindi rivolgere ora lo sguardo (con l'ausilio dei tanti approfondimenti accumulatisi al riguardo, tra i quali mi limito a segnalare qui quelli di tre studiosi: V. Varone, *Gli accordi amministrativi*, in *Procedimento amministrativo*, a cura di M. Clarich e G. Fonderico, Milano, 2015, 265 ss.; G. Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003; N. Bassi, *Gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2001, 560 ss.).

Il comma 1 dell'art. 11 dispone che la p.a. procedente, «in accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'art. 10», 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 [essendo caduto l'inciso 'nei casi previsti dalla legge', in virtù dell'art. 7, comma 1, lett. a, della l. 11 febbraio 2005, n. 15] in sostituzione di questo».

L'amministrazione ha dunque la facoltà di stringere con i privati accordi di due specie: determinativi del contenuto discrezionale di un provvedimento e, anche quando la legge non prefiguri espressamente l'ipotesi, sostitutivi del medesimo. L'intesa, dell'una e dell'altra tipologia, può essere raggiunta in esito a un procedimento amministrativo avviato *ad hoc*, ma anche, secondo la giurisprudenza, in assenza del medesimo o in presenza di un procedimento coltivato in vista dell'adozione di un provvedimento poi non emanato.

Come emerge chiaramente dal testo normativo, gli accordi devono sempre tendere alla realizzazione di uno scopo di interesse pubblico e costituire espressione di un potere amministrativo discrezionale. Non possono, perciò, fissare il contenuto di un provvedimento vincolato o prendere il suo posto.

Sul punto va peraltro ricordato che dottrina e giurisprudenza sono orientate a circoscrivere la figura del provvedimento integralmente vincolato, riconoscendo che uno spazio per la spendita di un potere amministrativo discrezionale – vuoi nell'*an*, vuoi nel *quando*, vuoi nel *quomodo* – sussista anche in ipotesi in cui, nel lessico comune, si parla di provvedimento vincolato: con la conseguenza che, ove uno spazio siffatto sia riscontrabile, lì vi è lo spazio per uno dei nostri accordi.

Se attraverso gli stessi l'amministrazione possa ottenere dal privato l'assunzione di obblighi o il trasferimento o la costituzione di diritti reali non conseguibili mediante i suoi ordinari mezzi di azione unilaterale, cioè in via provvedimentale, è discusso. Risolve affermativamente la questione chi proprio in questo vantaggio vede la ragion d'essere principale degli accordi; si pronuncia invece negativamente sulla stessa chi, invocando il principio di legalità al quale risponde il potere amministrativo, lo considera operante anche nel caso in cui tale potere si esprima tramite accordi, così da reputare nulla – dal versante normativo vuoi civilistico vuoi pubblicistico – la clausola pattizia attributiva del di più.

3. *Il divieto del «pregiudizio dei diritti dei terzi» e il problema della loro protezione giurisdizionale.*

Abbiamo visto che l'art. 11, comma 1, della l. n. 241 del 1990 non ammette, e quindi proibisce, accordi che vadano a pregiudicare i diritti dei terzi. C'è allora da chiedersi quale conseguenza comporti la violazione di questo divieto; e, prima ancora, quale sia la portata della locuzione «diritti dei terzi».

Le risposte ai due interrogativi sono peraltro da posporre all'esame delle opinioni dottrinali in merito alla natura da riconoscere agli accordi.

Secondo una teorica, essi devono essere valutati alla stregua di accordi di diritto privato, stipulati dalla p.a. nell'esercizio dell'autonomia negoziale di cui essa gode al pari di ogni soggetto giuridico; per un'altra, essi costituiscono il frutto dell'esercizio di un potere pubblico e dunque sono irriducibili alla figura dell'autonomia negoziale (sul punto attingo a G. MONTEDORO, *La nuova disciplina degli accordi*, un saggio pubblicato nel 2005 in *www.giustizia-amministrativa.it*, nel quale l'autore individua altre due opzioni ricostruttive di carattere intermedio, in base alle quali gli accordi vanno qualificati come accordi di diritto privato speciale, espressivi di un'autonomia negoziale ristretta, o come contratti di diritto pubblico).

La prima tesi, pan-privatistica, poggia su due argomentazioni: l'una, di carattere lessicale, si risolve nella constatazione che l'art. 11 della l. n. 241 del 1990 parla di accordi, proprio come l'art. 1321 c.c., nel definire i contratti, parla di accordi «di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale»; l'altra, d'indole disciplinare, dà rilievo al disposto del comma 4 del richiamato art. 11, che attribuisce alla p.a., in presenza di sopravvenuti motivi di pubblico interesse, la facoltà di recedere unilateralmente dagli accordi, ossia una facoltà che non sussisterebbe nel caso in cui essa giungesse agli accordi attraverso l'esercizio di un potere amministrativo. A ridimensionare il peso di questa asserzione vale però la previsione dell'art. 21-*quinquies*, comma 1, della l. n. 241 del 1990 (aggiunta dall'art. 14 della l. n. 15 del 2005), secondo cui anche «per sopravvenuti motivi di pubblico interesse» il provvedimento amministrativo può essere oggetto di revoca da parte dell'organo che

lo ha emanato o di un altro organo indicato dalla legge: la revoca del provvedimento amministrativo è certamente figura diversa dal recesso dall'accordo, ma anch'essa, come il recesso, consente di porre fine a un determinato assetto di interessi.

I sostenitori della tesi pan-pubblicistica oppongono da un lato che, ai sensi dell'art. 11, comma 3, della l. n. 241 del 1990, gli accordi sono sottoposti agli stessi controlli stabiliti per i provvedimenti che vanno a sostituire, dall'altro che, in base al comma 4-*bis* del medesimo art. 11 (introdotto dall'art. 7, comma 1, lett. b, della l. n. 15 del 2005), la stipulazione degli accordi deve essere preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento integrato o sostituito. Essi, inoltre, ricordano che le controversie concernenti la formazione, la conclusione e l'esecuzione degli accordi sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, la quale – secondo quanto affermato dalla Corte costituzionale nella già segnalata sentenza n. 204 del 2004 e poi dall'art. 7, comma 1, c.p.a. – sussiste solamente per le controversie concernenti atti, accordi o comportamenti che siano riconducibili anche mediatamente all'esercizio di un potere amministrativo.

L'adesione all'una o all'altra tesi conduce a soluzioni ben diverse in ordine alla normativa applicabile agli accordi di cui andiamo discorrendo: ove si optasse per quella pan-privatistica, si dovrebbe riconoscere l'assoggettabilità degli stessi alla regolamentazione dettata dal codice civile e non vi sarebbe quindi spazio per l'autotutela della p.a. e nemmeno per il richiamo delle statuizioni concernenti la nullità e l'annullabilità dei provvedimenti amministrativi, contenute in particolare negli artt. 21-*septies* e 21-*octies* della l. n. 241 del 1990; mentre all'inversa conclusione, pur mitigata dalla previsione legislativa di cui subito dirò, si perverrebbe privilegiando la tesi pan-pubblicistica.

Senza prendere posizione sul punto, mi limito a una duplice osservazione. Sicuramente non impone di abbracciare il modello pan-privatistico il testo dell'art. 11, comma 2, della l. n. 241 del 1990, a tenore del quale agli accordi si applicano, «ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili»: e infatti, tali principi si applicano agli accordi solo in quanto compatibili e non certo in ragione dell'assimilazione degli accordi ai contratti e della sovrapponibilità dei rispettivi effet-

ti. D'altro canto, il disposto in considerazione nemmeno può essere invocato a sostegno del paradigma pan-pubblicistico, dal momento che riconosce espressamente la non autosufficienza della disciplina di stampo pubblicistico, precludendone l'integrazione dal suo interno e vincolando l'interprete a cercarne il completamento attraverso il ricorso a regole privatistiche pur genericamente individuate.

Tra queste, merita ora precisare, la giurisprudenza annovera, ritenendole all'evidenza espressive di principi operanti in materia di obbligazioni e contratti, quelle contemplate nei seguenti articoli del codice civile: 1218, in tema di risarcimento del danno dovuto a causa dell'inadempimento di un'obbligazione; 1337, sulla responsabilità precontrattuale; 1341, attinente alle condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti; 1362, relativo all'interpretazione del contratto; 1425 ss., sull'incapacità della parte e i vizi del consenso; 1453, concernente – per riprendere la sua rubrica – la risolubilità del contratto per inadempimento. Con riguardo a quest'ultimo, peraltro, non può tralasciarsi di notare che la sua estensione ai nostri accordi è revocata in dubbio da taluni autori. Vi si dice, al comma 1, che «nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno»: ebbene, chi riconosce – a fronte di quanto dispone l'art. 11, comma 4, della l. n. 241 del 1990 – il permanere di una certa discrezionalità in capo alla p.a. rispetto alla decisione circa il mantenimento o l'eliminazione dell'assetto di interessi trasfuso nell'accordo, fatica a ravvisare nell'art. 1453 una regola esportabile nel campo degli accordi, almeno *ex latere civis*. Così come non riesce agevolmente a individuarla, ponendosi sempre dal lato del cittadino, nell'art. 2932, che tratta dell'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto ed è dato invece per applicabile agli accordi dai giudici amministrativi.

Tornando alla questione dei diritti dei terzi che gli accordi non possono pregiudicare, dobbiamo ora verificare se a quei diritti, intesi ovviamente come diritti soggettivi, possano assimilarsi gli interessi legittimi e gli altri interessi che, pur non rientrando nel novero degli uni e degli altri, sono comunque protetti dal nostro ordinamento.

Considerato che la dottrina e la giurisprudenza – quest'ultima a

seguito dell'inversione di tendenza originata dalla celebre sentenza della Cassazione n. 500 del 1999 – ammettono unanimemente alla tutela aquiliana di cui all'art. 2043 c.c. anche queste due categorie di interessi, viene naturale propendere per un'interpretazione estensiva del dettato normativo, idonea a garantire ai terzi la piena tutela delle varie situazioni giuridiche soggettive che a loro facciano capo.

Merita peraltro notare che la clausola legislativa di salvaguardia di cui essi godono ricalca quella ordinariamente apposta agli atti amministrativi che concedono o autorizzano, rimandando quindi all'area del diritto pubblico più che a quella del diritto privato, sia pure non inequivocabilmente (mentre non preclude di certo l'accesso degli accordi a questa seconda area la clausola, collocata di seguito a quella in parola, relativa all'obbligo di concluderli «nel perseguimento del pubblico interesse», che evoca anzi il piano della causa dei contratti).

Veniamo così alle conseguenze che si producono quando un accordo vulneri i diritti dei terzi o le altre posizioni giuridiche delle quali essi siano titolari. L'adesione all'una o all'altra delle due tesi estreme affacciate con riferimento alla sua natura apre uno scenario diverso. Accogliendo quella pan-privatistica, l'accordo sarà inopponibile o addirittura nullo in base all'art. 1418, comma 1, c.c. e come tale soggetto a una pronuncia giudiziale meramente dichiarativa, frutto dell'esercizio di un'azione imprescrittibile; optando invece per quella pan-pubblicistica, l'accordo sarà invalido sul piano del diritto amministrativo e i terzi potranno impugnarlo secondo le regole ben note valevoli in tema di annullamento giurisdizionale dell'atto (più difficile, credo, sarebbe ritenerlo nullo per difetto assoluto di attribuzione, in base all'art. 21-*septies* della l. n. 241 del 1990). Sulla scorta di un criterio a valenza generale, che per i privati in relazione tra loro è codificato all'art. 1419, comma 1, c.c., si può sostenere che non l'intero accordo, ma solo la parte del medesimo lesiva per i terzi debba considerarsi inefficace nei confronti di costoro o caduta o suscettibile di cadere, naturalmente se non risulta che i paciscenti non lo avrebbero concluso senza quella parte.

Dai terzi di cui abbiamo parlato ai controinteressati dei quali è menzione nell'art. 11, comma 1-*bis*, della l. n. 241 del 1990 il passo è breve, sicché su questi conviene adesso soffermarsi.

La disposizione appena richiamata suona così: «al fine di favorire

la conclusione degli accordi di cui al comma 1, il responsabile del procedimento può predisporre un calendario di incontri cui invita, separatamente o contestualmente, il destinatario del provvedimento ed eventuali controinteressati». Quest'ultimo vocabolo evoca la figura dei terzi che siano parti (necessarie) di un giudizio amministrativo, in quanto ricevono un vantaggio giuridicamente qualificato dal provvedimento impugnato, che li nomina o ne consente agevolmente l'individuazione, e sono perciò titolari di un interesse giuridicamente qualificato al mantenimento in vita di quel provvedimento. Ma non può essere a questa figura che fa riferimento la previsione in commento. Se infatti essa fosse intesa nel senso che i controinteressati nell'ambito del procedimento amministrativo coincidano con i controinteressati coinvolti nel processo amministrativo instaurabile per l'annullamento dell'accordo nato a conclusione del primo, la si condannerebbe alla completa inanità: è infatti evidente che, promosso un giudizio in cui si controverta intorno a un accordo da un soggetto terzo rispetto allo stesso, il controinteressato in senso processuale sarebbe proprio la parte privata di quell'accordo. Dobbiamo allora pensare che i controinteressati ai quali si riferisce la norma in parola siano coloro che, terzi rispetto a un accordo divisato dalla p.a. e altri, potrebbero subire un pregiudizio giuridicamente rilevante in dipendenza dell'assetto di interessi che vi fosse versato.

Ligio al dettato legislativo, il responsabile del procedimento – auspicabilmente interessato a evitare un futuro contenzioso avente a oggetto l'accordo – può dunque fissare una serie di incontri, grazie ai quali procurare all'amministrazione il consenso non solo del destinatario del provvedimento che verrà conseguentemente integrato o sostituito per volontà bilaterale, ma anche di tutti coloro che potrebbero avere un interesse giuridicamente qualificato contrario alla negoziazione *in fieri*.

Tuttavia l'individuazione dei soggetti portatori di un interesse a opporsi alla conclusione dell'accordo ovvero a contrastare l'assetto di interessi da farvi confluire spesso risulterà in concreto sommamente difficile, anche perché la fisionomia di tale assetto talora non sarà nitida fin dal primo degli incontri programmati, ma emergerà con l'avanzare degli stessi, così che altri rispetto ai terzi originariamente invitati dovranno essere coinvolti nel procedimento.

Se non lo fossero, e l'accordo poi cadesse in tutto o in parte per effetto dell'iniziativa giudiziale di uno di loro, è ipotizzabile a carico della p.a. e nei confronti del privato sottoscrittore dell'accordo la responsabilità precontrattuale di cui agli artt. 1337 («le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede») e 1338 c.c. («la parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per aver confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto»); e a carico della stessa p.a. e nei confronti dei terzi in parola la responsabilità fondata sull'art. 30 c.p.a. o, a seconda delle varie opinioni, sull'art. 1218 o sull'art. 2043 c.c.

4. *I «principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti»: incertezze interpretative e loro riflessi sul piano dei mezzi di tutela giurisdizionale.*

Proseguiamo nella disamina dell'art. 11 della l. n. 241 del 1990. Il suo comma 2, sancito che gli accordi «debbono essere stipulati, a pena di nullità, per atto scritto, salvo che la legge disponga altrimenti», stabilisce – come già ricordato – che «ad essi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili».

Tenuto a mente che i principi in questione si applicano solamente se compatibili e unicamente nel caso in cui non sussista una regola prevalente che provenga dal diritto amministrativo, è necessario comprendere che cosa si intenda con il termine «principi».

Sarebbe del tutto inesatto muovere dall'idea che i principi di diritto si identifichino con le regole giuridiche: per convincersi di ciò, basta pensare alla profonda differenza che sussiste tra il principio della libertà delle forme e la regola che impone una certa forma per uno specifico atto. Se l'esempio proposto è sufficiente a rivelare l'essenza dei principi, non è però in grado di indicare quali siano nel concreto quelli cui allude la disposizione in considerazione: né la giurisprudenza formatasi al riguardo e la dottrina intervenuta sul tema offrono direttive sicure. Dall'esame dell'una e dell'altra, anzi, si trae l'impressione che

«i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti» vengano fatti coincidere con le regole dettate dal legislatore del 1942 in questa materia, salvo poi discutersi intorno alla loro operatività nel campo degli accordi alla luce del duplice limite della compatibilità e dell'assenza di una norma speciale interna al diritto pubblico.

Non adeguatamente chiarito, inoltre, è se i principi in parola siano quelli enucleabili in materia di obbligazioni e contratti, in conformità al tenore letterale della legge, oppure quelli estrapolabili in materia di obbligazioni da contratto. Aderendo alla prima tesi, dovremmo allora ritenere astrattamente applicabili agli accordi anche i principi del codice civile in materia di obbligazioni nascenti da atto illecito extracontrattuale, tra i quali quello, ricavabile dall'art. 2043, che vuole tutelati in via risarcitoria tutti gli interessi che appaiano giuridicamente rilevanti, ancorché non integranti diritti soggettivi o interessi legittimi.

Quale che sia l'opinione sul punto, gli accordi non sfuggono al principio della buona fede oggettiva, fondato su una pluralità di disposizioni del codice civile, prime tra le quali quelle di cui agli artt. 1175 («il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza») e 1375 («il contratto deve essere eseguito secondo buona fede»), compatibili e prive di deroghe nel diritto amministrativo. Si tratta, com'è noto, di un principio a ricaduta anche normativa, nel senso che sottopone i contratti, e dunque pure i nostri accordi, a tutte le regole, non presenti nel codice civile e in altre leggi, che a livello sociale siano comunemente sentite come proiezioni del corretto agire della parte negoziale.

A questo principio, giova ricordare, nel corso degli anni la giurisprudenza ha riconosciuto un'importanza crescente, giungendo ad affermare che in base a esso l'organo giudicante – chiamato a decidere in ordine all'interpretazione ed esecuzione di un contratto – può spingersi a sindacarne il contenuto e a incidere sul medesimo se necessario per riportarlo al giusto equilibrio. Esemplare, al riguardo, è una sentenza con cui la Corte di cassazione (sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, con nota di A. GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2010, 354 ss.) ha azzerato una previsione pattizia che riconosceva la facoltà per una sola parte di recedere *ad nutum* dal contratto, ritenendo tale clausola

non in linea con quanto richiesto da uno scambio negoziale concepito e attuato all'insegna della correttezza.

Grazie al canone della buona fede oggettiva, d'altro canto, possono trovare spazio all'interno del nostro ordinamento istituti che non godono di un espresso e formale riscontro nelle norme del *ius scriptum*. Tra questi va citata, per il suo valore paradigmatico, la figura della 'Verwirkung' tedesca, in ossequio alla quale il creditore che abbia ritardato nell'esercizio del suo diritto, così da creare nella controparte il giustificato affidamento che non ne avrebbe fatto uso, è da considerarsi decaduto dal diritto medesimo, a prescindere dal compiersi della prescrizione. Ma si potrebbe menzionare anche il divieto di *venire contra factum proprium*, vero e proprio caposaldo del sistema giuridico germanico, ugualmente veicolabile nel nostro attraverso il canone della buona fede oggettiva, secondo cui una parte non può agire in modo contraddittorio rispetto a un proprio comportamento tenuto nei confronti dell'altra e sul quale questa ha ragionevolmente fatto affidamento, sanzionabile attraverso l'*exceptio doli generalis*, altro strumento cui si può attribuire la cittadinanza italiana invocando il canone in parola.

Ovviamente, se si ritiene che il principio della buona fede oggettiva conceda al giudice ordinario, rispetto ai contratti, l'invasivo potere di cui si è detto, dello stesso potere deve ritenersi titolare il giudice amministrativo tenuto a pronunciarsi, *ex* art. 133 c.p.a., sulle controversie relative agli accordi.

Merita ora attenzione l'ultima proposizione del comma 2 dell'art. 11 della l. n. 241 del 1990 (aggiunta dall'art. 1, comma 47, della l. 6 novembre 2012, n. 190), la quale, prevedendo che gli accordi debbano essere motivati ai sensi dell'art. 3 della medesima legge, ha introdotto una regola ridondante. Considerato che ai sensi del comma 4-*bis*, «a garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, in tutti i casi in cui una pubblica amministrazione conclude accordi nelle ipotesi previste al comma 1, la stipulazione dell'accordo è preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento», la motivazione che sosterrà questa determinazione finirà infatti per essere inutilmente replicata nell'accordo.

Passiamo a verificare quale disciplina si applichi nel caso in cui la

determinazione in parola manchi o sia invalida, per esempio perché retta da una motivazione insufficiente. Secondo la tesi pan-privatistica, l'accordo sarà nullo, per mancanza di un atto presupposto, oppure annullabile, per invalidità di questo, conformemente alle regole del diritto comune; mentre, secondo la tesi pan-pubblicistica, l'accordo sarà colpito da invalidità, che andrà a caducarlo o a viziarlo in ossequio a regole, peraltro dall'incerta fisionomia, interne al diritto amministrativo.

Resta da accennare al comma 4 del solito art. 11, già richiamato. Vi si dice che «per sopravvenuti motivi di pubblico interesse l'amministrazione recede unilateralmente dall'accordo, salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato». Numerose sono le differenze tra il recesso qui delineato e il recesso regolato dal codice civile: innanzitutto, la p.a. può farvi ricorso solamente nel caso in cui sopravvenga un motivo di pubblico interesse (e non in esito a una rilettura degli interessi entrati in gioco in sede di stipula dell'accordo); inoltre, essa è chiamata a indennizzare unicamente l'effettivo pregiudizio economico patito dal privato (e non anche il suo mancato guadagno). Nonostante le peculiarità richiamate, i sostenitori della tesi pan-privatistica – come visto – hanno fatto leva su questa facoltà di recesso per riportare gli accordi nell'alveo del diritto privato, trascurando però – già lo si è evidenziato – che, ai sensi dell'art. 21-*quinquies*, comma 1, della l. n. 241 del 1990, «per sopravvenuti motivi di pubblico interesse», oltreché per ulteriori evenienze specificamente indicate, anche il provvedimento amministrativo può essere revocato dall'organo che lo ha emanato o da un altro indicato dalla legge.

5. *Considerazioni conclusive.*

Molteplici sono dunque i problemi posti dalle disposizioni contenute nell'art. 11 della l. n. 241 del 1990, così come da quelle, ricordate all'inizio, che a esse si richiamano: e particolarmente insidioso si rivela il terreno delle tutele attivabili a fronte degli accordi.

Lo stesso art. 133 c.p.a. – il quale, come si è visto, al comma 1, lett. a, n. 2, devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative alla formazione, alla conclusione e all'esecu-

zione di tali accordi – è fonte di complesse questioni. Ammesso, per esempio, che agli accordi si estenda l'art. 1453 c.c. e il privato e la p.a. possano agire per ottenere la pronuncia costitutiva di risoluzione dell'accordo a fronte dell'inadempimento della controparte, rimane il dubbio di quale sia il giudice chiamato a decidere in ordine agli obblighi restitutori conseguenti alla caducazione del titolo: se quello amministrativo *ex* art. 133 c.p.a. oppure quello ordinario. La frammentazione dei processi cui darebbe luogo la seconda soluzione è certo da evitare: ma per giustificare la prima opzione bisogna interpretare estensivamente il dettato della previsione poc'anzi citata, che al giudice amministrativo non deferisce le controversie che abbiano a oggetto i diritti e i doveri che sorgono in capo alle parti in dipendenza delle sentenze che determinino la risoluzione di un accordo. E così pure occorre intenderlo per attrarre nella sfera della giurisdizione esclusiva le questioni che possono sorgere in occasione dell'esercizio da parte dell'amministrazione della facoltà di recesso per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, concernenti per esempio la sussistenza di tali motivi, questioni altrimenti sindacabili in sede di giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo, salvo ravvisare nella facoltà in parola un potere negoziale e non pubblico, con conseguente emersione della giurisdizione del giudice ordinario: lo scioglimento unilaterale del vincolo è infatti in grado di provocare controversie che a rigore non riguardano la formazione, la conclusione o l'esecuzione degli accordi.

L'innesto del diritto dei privati nel campo del diritto amministrativo, per come concepito dall'art. 11 della l. n. 241 del 1990, non pare affatto felice, pur rivelando il lodevole sforzo compiuto dal legislatore in vista di un'attenuazione della componente autoritaria presente nel secondo. Meglio sarebbe stato inocularvi direttamente moduli consensuali, così da consentire all'interprete di ricostruire il regime degli accordi stando all'interno di un autonomo ramo normativo pubblicistico, senza dover attingere a quella diversa branca dell'ordinamento da sempre informata al principio della parità delle parti: quasi a suggellarne una superiorità mai eguagliabile.