

INDICE

Capitolo I

I principi civilistici in materia di obbligazioni e contratti

1. I principi civilistici. Correttezza e buona fede;
2. Il principio di relatività dell'accordo;
3. L'interpretazione degli accordi.

Capitolo II

L'invalidità degli accordi

1. L'invalidità degli accordi e la nullità;
2. La simulazione e la rescindibilità;
3. L'annullabilità civilistica per vizi della volontà.: l'errore, la violenza e il dolo;
4. L'invalidità dell'accordo endoprocedimentale;
5. Vizi connessi alla determinazione preventiva.

Capitolo III-

Cause di scioglimento dell'accordo.

1. Cause di scioglimento- rinegoziazione;
2. L'inadempimento della parte privata;
3. L'inadempimento della PA;
4. Il recesso; 4. 1 Il recesso illegittimo della PA;
5. Altri principi civilistici. Conclusioni

Capitolo I

I principi civilistici in materia di obbligazioni e contratti.

1. I principi civilistici .Correttezza e buona fede.

Prima dell'intervento della legge 7 agosto 1990, n. 241 recante " *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi.*", sul procedimento amministrativo, era controversa in dottrina la configurabilità di un contratto di diritto pubblico tra amministrazioni o tra amministrazione e privati avente come causa il perseguimento di funzioni pubbliche. Si riteneva che il provvedimento amministrativo fosse il mezzo esclusivo, a disposizione dei pubblici poteri, per soddisfare gli interessi della collettività.

Si escludeva l'impiego del contratto perché il vincolo, scaturente dall'incontro delle volontà, appariva inconciliabile con il principio del costante perseguimento dell'interesse della collettività da parte del soggetto pubblico. Parte della dottrina dubitava dell'ammissibilità di un contratto tra parti non collocate su di un piano di parità, in considerazione del fatto che l'amministrazione interveniva nella sua veste autoritativa e non come mero contraente privato¹.

Alcuni autori osservavano che da tali accordi non derivava un obbligo giuridicamente rilevante per l'Amministrazione in quanto questa doveva restare libera di determinarsi nelle sue scelte senza essere legata agli impegni assunti in convenzione.

Gli accordi che comunque intervenivano tra l'Amministrazione ed il cittadino non davano a quest'ultimo adeguata tutela nel caso in cui la parte pubblica, in violazione delle pattuizioni raggiunte, non avesse adottato il provvedimento convenuto o ne avesse adottato uno dal contenuto difforme da quello concordato.

Gli strumenti di tutela a disposizione del privato erano costituiti dalla possibilità di esperire il procedimento del silenzio inadempiuto, per ottenere così

¹ G. FALCON, *Convenzioni e accordi amministrativi (I) Profili generali*, in *Enc. Giur.*, vol IX, Ist. Enc. It, Roma, 1988, 3; V.CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Rivista dir amm.*, 2003, 219; F. G. COCA, *Autorità e consenso*, in *Rivista Dir. Amm.*, 2002, 432; G. SCIULLO, *Profili degli accordi tra amministrazioni pubbliche e privati*, in *Riv. Dir. Amm.* 2007, 808 .

un atto da impugnare ovvero dal rimedio di fare annullare il provvedimento in quanto illegittimo per il vizio di eccesso di potere.

La legge 241/1990, innovando in materia di azione amministrativa, oltre a consentire che le Amministrazioni possano concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune (art. 15), prescrive che l'Amministrazione (art. 11) possa concludere in accoglimento di osservazioni e proposte, senza pregiudizio dei diritti dei terzi ed in ogni caso, nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con l'interessato al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero, nei casi previsti dalla legge, la sostituzione del provvedimento medesimo.

Si afferma così il principio della negoziabilità dei poteri amministrativi² e l'abbandono della tesi secondo la quale il soggetto pubblico debba operare esclusivamente attraverso il modulo unilaterale ed autoritativo, come pure l'abbandono dello schema della riservatezza dello svolgimento del procedimento amministrativo. Dal modello autoritativo si passa a quello partecipativo, fondato sul dialogo, sulla collaborazione e sul consenso delle parti pubbliche e private.

Risulta del tutto ovvio pertanto che, nello spirito della riforma, si perseguono, in attuazione di quanto è espresso nell'art. 97 della Cost. maggiori livelli di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa e ciò perché l'autorità pubblica, nel momento in cui agisce, è in grado di acquisire tutti gli interessi coinvolti nell'azione amministrativa, ponderarli e coordinarli con l'interesse pubblico primario alla cui attuazione è volto l'accordo. Inoltre, la negoziazione del

² M. NIGRO, *Conclusioni*, in L'accordo nell'azione amministrativa, a cura di A. Masucci, Formez, Roma, 1988, 86 "se c'è qualcosa per sua natura elastico e trasformabile in relazione alle circostanze concrete, è proprio il potere amministrativo che ha una sola qualità: è inesauribile e irrinunciabile...l'amministrazione per accordi rappresenta l'estrinsecazione della funzione amministrativa e l'accordo raggiunto rileva come atto che persegue l'interesse pubblico primario, al pari del provvedimento; la cura degli interessi pubblici rimane nella titolarità esclusiva dell'Amministrazione. L'accordo verte non sul potere pubblico ma sulle modalità del suo esercizio".

A PAJNO, *Partecipazione e accordi ex art.11 della legge 241/90*, Relazione al XLVII Convegno di studi amministrativi "Autorità e consenso nell'attività amministrativa", Varenna (Lc), 20-22 settembre 2001; G. PASTORI, *L'amministrazione per accordi nella recente progettazione legislativa*, in A.A.V.V., *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Milano, 1990; F. G. SCOCA, *Autorità e consenso tra legge e interesse pubblico*, Relazione al XLVII Convegno di studi amministrativi "Autorità e consenso nell'attività amministrativa", Varenna (Lc), 20-22 settembre 2001.

contenuto del provvedimento previene conflitti d'interessi ed impugnative da parte del privato interessato con conseguente diminuzione del contenzioso.

E' stato, dalla giurisprudenza e dottrina, osservato come il regime giuridico degli accordi sia per lo più racchiuso nel rinvio fatto dall'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241, ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti.³

Sull'applicabilità dei principi civilistici la dottrina appare divisa, alcuni muovono dal presupposto della inconciliabilità tra il potere amministrativo e il potere di autonomia negoziale, l'uno espressione della funzione pubblica e dei connotati di supremazia e di conformazione, l'altro manifestazione di libertà e di pariteticità, per dedurre che l'applicabilità sia limitata ai soli casi in cui l'assetto di interessi rifletta un oggetto patrimonializzato o patrimonializzabile del medesimo.

In relazione a quanto precede, occorre, ora esaminare quali siano le norme civilistiche di principio trasferibili nell'ambito dell'attività consensuale della Pubblica Amministrazione. I

Il riferimento più immediato e rilevante va fatto all'articolo. 1173 c.c. che indica le fonti delle obbligazioni nel contratto, nel fatto illecito, ed in ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico. L'accordo, avente

³ P. GRAUSO; *Gli accordi della pubblica amministrazione con i privati*, Giuffrè, Milano, 2007, 91, M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. 2, Milano, 1993, 426 Per la tesi privatistica questi moduli convenzionali sono riconducibili nel genus del contratto perché sono la risultante dell'incontro delle volontà della parte pubblica e della parte privata (natura privatistica confermata dal rinvio, operato dall'art. 11 della legge 241/1990 ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, sia pure col limite della compatibilità per la presenza come parte di un soggetto pubblico, portatore di un potere funzionalizzato, al perseguimento di fini pubblici.) Secondo tesi pubblicistica, queste convenzioni sono da qualificare atti a struttura bilaterale non negoziali aventi come causa la cura degli interessi pubblici e per oggetto l'esercizio del potere. L'uso del termine accordo in luogo di contratto; l'obbligo della forma scritta *ad substantiam*, in deroga al principio civilistico della libertà di forma; il mancato rispetto del principio di uguaglianza tra le parti, in quanto all'Amministrazione è riconosciuta una posizione di privilegio, costituito dal potere di sciogliere unilateralmente il vincolo assunto, sia pure in caso di sopravvenute ragioni di necessità, in deroga alla regola dell'art. 1373 c.c., che sancisce l'irrevocabilità del consenso espresso. Inoltre la diversa concezione della patrimonialità dell'interesse.: nel contratto tale requisito è immancabilmente presente, mentre nell'accordo tra amministrazione e privato il requisito della patrimonialità assume un significato diverso: qui l'attività è comunque funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico anche quando l'amministrazione per il suo raggiungimento deve effettuare valutazioni economiche: altro elemento differenziale tra le due figure sta nella diversa rilevanza dei motivi. Il regolamento pattizio di diritto comune è insensibile alle successive vicende degli interessi delle parti e deve essere osservato a prescindere dal fatto che l'assetto di interessi concordato, non sia rispondente a quanto programmato dalle parti. La giurisprudenza fra molte, Cass. Civ., 21 novembre 2003, n. 17709, la cui massima si legge in *Giust. Civ. Mass.*, 2003; Consiglio di Stato, sez. V, 13 marzo 2000, n. 1533, massimata, in *Foro amm.* 2001.

natura contrattuale, deve, pertanto, ritenersi idoneo a determinare rapporti obbligatori veri e propri nei quali sono individuabili posizioni di debito e di credito. Ed anche nell'ipotesi in cui si assumesse che la caratteristica pubblicistica dell'accordo rendesse difficile o addirittura impossibile l'assimilazione dello stesso al contenuto di diritto privato, si dovrebbe ugualmente considerare che l'idoneità dell'accordo a produrre obbligazioni dovrebbe essere affermata in via analogica con l'attitudine dell'atto amministrativo a costituire la fonte di rapporti obbligatori veri e propri, nei quali sono riconoscibili posizioni di debito (del soggetto tenuto ad eseguire una determinata prestazione) e di credito (del soggetto del cui interesse la prestazione debba essere seguita).

Né l'applicabilità del diritto comune nei rapporti obbligatori con la P.A. è esclusa dalla circostanza che quest'ultima possa adottare provvedimenti amministrativi idonei a incidere unilateralmente su di essi.⁴

Oggetto dell'obbligazione è una prestazione suscettibile ai sensi dell'art. 1174 c.c. di valutazione patrimoniale e corrispondente ad un interesse del creditore, non necessariamente patrimoniale. Non si può infatti correttamente escludere che anche l'accordo amministrativo possa avere ad oggetto prestazioni obbligatorie idonee ad essere valutate sotto il profilo economico, e ciò si verifica anche quando l'accordo abbia per oggetto l'esercizio di pubbliche funzioni senza dar luogo ad obbligazioni civilistiche; in questo caso, l'interesse alla prestazione, elemento costitutivo e funzionale del rapporto obbligatorio, non può che coincidere, per la P. A., con l'interesse pubblico che non è sempre e comunque riducibile ad un interesse patrimoniale.⁵

L'articolo 1175 c.c. stabilisce che il debitore e il creditore debbono comportarsi secondo le regole della correttezza. La disposizione esprime il generale principio di

⁴ M. S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2000, 441, l'autore definisce "pubbliche" le obbligazioni nascenti da provvedimento amministrativo; che si differenziano da quelle di diritto privato esclusivamente nella fase procedimentale. Tra coloro che incentrano la distinzione tra sfera pubblica e privata nel momento dinamico dell'esercizio del potere (amministrativo o negoziale) più che in quello statico dei diritti ed obblighi che non sono di per sé concettualmente unitari: F. CARINGELLA - L. DELPINO - F. DEL GIUDICE, *Diritto amministrativo*, Napoli, 2000; G. FALCON, (*Obbligazione, VIII*) *Obbligazioni pubbliche*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990.

buona fede in senso oggettivo, ribadito nel codice civile da una serie di norme (artt. 1337, 1358, 1366, 1375 c.c.) che integrano il precetto di condotta imposto ai soggetti del rapporto obbligatorio (prima ancora che contrattuale). Si tratta, per la dottrina autorevole⁶ , di un principio di solidarietà che si sostanzia nell'obbligo dei soggetti del rapporto obbligatorio di salvaguardare l'utilità dell'altra parte nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio, e che opera diversamente a seconda che riguardi la posizione del debitore o quella del creditore.

Nei confronti del debitore, la buona fede oggettiva integra ed accresce il contenuto della prestazione, caricandolo di una serie di iniziative attive dirette a realizzare gli interessi del creditore non rientranti direttamente nel rapporto e privi pertanto di autonoma tutela; nei confronti del creditore invece il principio di solidarietà costituisce un limite all'abuso del diritto e pone l'obbligo di evitare o contenere gli aggravii ed oneri della prestazione o le conseguenze dell'inadempimento.

Così definito, il principio di correttezza si estende anche alla disciplina degli accordi stipulati ex art. 11 della legge 241/90. Alla luce di tali accordi, il comportamento della parte privata debba essere ispirato a buona fede, è conseguenza diretta del fatto che l'accordo costituisce per il privato una manifestazione di autonomia negoziale in quanto tale, governato dalle regole sue proprie.

Quanto invece alla parte pubblica, i doveri di correttezza e buona fede sono ormai stati estrapolati dall'originario contesto civilistico per elevarsi , in sintonia con i tradizionali precetti costituzionali di imparzialità e buon andamento per essere assunti a criterio-guida vincolante delle relazioni tra Pubblica amministrazione e cittadini, con la opportuna precisazione che essi non si assolvono e non esauriscono con il compimento dei soli atti previsti in specifiche disposizione di legge ma anche attraverso un succedersi di comportamenti non individuati

⁶ M.C. Bianca, *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, Milano, 1991, 86 “*essendo parametri generali di legittimità dell'azione amministrativa, tali principi debbono essere applicati all'attività consensuale della P. A.*”.

espressamente dal legislatore e tuttavia necessari, per evitare, in relazione a singole situazioni di fatto il pregiudizio della posizione del soggetto privato⁷.

Altro criterio civilistico essenziale, che influisce sul piano della determinazione della prestazione e della responsabilità del debitore, è quello della diligenza del buon padre di famiglia di cui all'art. 1176 c.c.

In primo luogo, la diligenza consiste nell'impiego da parte del debitore delle energie e dei mezzi normalmente utili al soddisfacimento dell'interesse del creditore da valutarsi nell'adempimento delle obbligazioni professionali, avuto riguardo alla natura dell'attività esercitata; per questo aspetto, essa va tenuta distinta dalla correttezza⁸.

Nel secondo significato, la diligenza si concretizza nello sforzo cui il debitore è tenuto per evitare l'inadempimento. E' opportuno al riguardo rilevare che l'art. 1176 c.c. deve essere allora coordinato con il successivo art. 1218 c.c. che contiene una esplicita pretesa secondo cui la liberazione del debitore da responsabilità deve risultare dipendente da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.⁹

Non vi sono ostacoli affinché anche tale criteri trovino applicazione in materia di accordi amministrativi, con riferimento all'esecuzione degli obblighi reciprocamente assunti dai contraenti ed in particolare all'adempimento delle obbligazioni civilistiche derivanti dall'accordo.

⁷ Consiglio di Stato, sez. V, 12 ottobre 2004, n. 6583 in *Foro Amm. CDS*, 2004, 2874 e Consiglio di Stato, sez. V, 5 febbraio 2003, n. 585, in *Foro amm. CDS*, 2003, 1045, Consiglio di Stato, sez. VI, 26 settembre 2003, n. 5494, in *Dir e Giust.* 2003: "nell'ambito del rapporto che si instaura tra il candidato al concorso pubblico e l'amministrazione, questa è tenuta ad osservare, oltre le norme ed i principi di legittimità che riguardano gli atti, le clausole generali di correttezza e buona fede che investono il comportamento complessivo, l'uso del potere esercitato nelle operazioni concorsuali".

⁸ L. BIGLIAZZI - GERI, U. BRECCIA, F.D. BISNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile*, Vol. III, *Obbligazioni e contratti*, Utet, Torino, 1992, 82: "la diligenza riguarda la prestazione, oggetto dell'obbligazione mentre la correttezza si esprime in un superiore obbligo di solidarietà relativo alla salvaguardia di interessi del creditore non specificamente dedotti nel rapporto obbligatorio".

⁹ A: DI MAJO, *Obbligazione*; I, *Teoria generale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 3, *Ri contratto*, e vol. 4, *Le obbligazioni*, Giuffrè, Milano, 2000. Sulla colpa presumibile fino a prova contraria, consistente nella dimostrazione che nonostante la normale diligenza, il debitore non sia in grado di eseguire le prestazioni dovute per cause a lui non imputabili: Cassazione Civile, 10 febbraio 2003, n. 1939, in *Giur. It.*, 2003, 1631; Cassazione Civile., 5 agosto 2002, n. 11717, in *Giust. Civ. Mass.*, 2002, 1486)

La trasferibilità sopra accennata agli accordi amministrativi dei principi civilistici fondamentali rende a questo punto, superfluo estendere la stessa verifica di compatibilità a tutte le norme dettate dal codice civile in materia di obbligazioni. Ritenendosi utile non appesantire la trattazione attraverso un'abbondante casistica, si può soltanto ricordare che le disposizioni civilistiche risultano applicabili agli accordi amministrativi, qualora da esse siano ricavabili principi che trascendendo la fattispecie considerata, siano adattabili anche al di fuori del proprio "sede naturale".

Il primo passo del giudizio di compatibilità muove dall'estrapolazione del principio che nello svolgimento successivo è condizionato, da un lato, dalla soluzione data dall'interprete al problema della natura giuridica degli accordi e dall'altro potrebbe scontrarsi con la eventuale esistenza di specifiche norme di segno contrario.

2. Il principio di relatività dell'accordo

Gli accordi amministrativi, essendo atti fondanti sul reciproco scambio di consensi, presentano la stessa caratteristica essenziale dei contratti e partecipano della medesima natura.

La connotazione precipua degli accordi è data da un patto comune riconducibile all'area del contratto, ed è proprio questa identità delle due figure che consente di estendere agli accordi la regola fondamentale, di origine privatistica, relativa all'efficacia vincolante del reciproco consenso.

Tale caratteristica rende anche compatibile la facoltà riconosciuta all'amministrazione di sottrarsi al vincolo per rendere (prima regola di derivazione privatistica, quella relativa all'efficacia vincolante del reciproco consenso) la propria azione il più possibile adeguata alle esigenze del pubblico interesse, eventualmente sopravvenute alla stipula dell'accordo.

In sede civilistica, il contratto ha forza di legge fra le parti, ed a tale principio si oppone il reciproco contrario dell'inefficacia del contratto nei confronti dei terzi, di cui al secondo comma dell'art. 1372 c.c., in base al dettato generale

dell'inidoneità del contratto a produrre effetti diminutivi nella sfera giuridica dei terzi.¹⁰

Lo stesso principio di relatività si afferma anche nel campo degli accordi tra p.a. e privati, discendente dal più volte richiamato articolo 11 della legge 241/90.

Detta norma autorizza la P.A. a concludere accordi nel perseguimento del pubblico interesse e senza arrecare alcun pregiudizio dei diritti dei terzi, sancendo l'irrelevanza giuridica degli accordi nella sfera dei soggetti estranei, cd incapacità dell'accordo di interferire negativamente con le posizioni di diritto dei soggetti estranei a tale rapporto.

Considerata poi l'autonomia la autonomia delle due sfere pubblicistica e privatistica¹¹, non risulta ipotizzabile che il terzo, eventualmente pregiudicato dall'accordo, possa investire l'accordo stesso attraverso un'impugnativa per violazione di legge, dovendosi piuttosto ritenere che possa rivolgersi direttamente al giudice per ottenere la cessazione dell'attività pregiudizievole posta in essere sulla base dell'accordo, oltre all'eventuale risarcimento dei danni.

¹⁰ La dottrina teorizza che nella sfera dei terzi possano prodursi effetti favorevoli attraverso il contratto a favore di terzi ex art. 1411 c.c. ma anche attraverso il contratto con obbligazioni a carico del solo proponente art. 1333 c.c., ricondotto alla dimensione del negozio unilaterale rifiutabile, F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. III, tomo 1, Giuffrè, Milano, 1988, 39; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, III, Giuffrè, Milano, 257; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2003, 822 ; P. GRAUSO, *Gli accordi della pubblica amministrazione con i privati*, Giuffrè, Milano, 2007, 156; Per molta parte della dottrina la formula adoperata dal legislatore riecheggia quella analoga della "salvezza dei diritti", da considerarsi apposta al provvedimento amministrativo ampliativi, il cui rilascio non è mai idoneo ad incidere sui diritti soggettivi dei terzi, esaurisce i propri effetti all'interno del rapporto pubblicistico tra l'amministrazione e l'interessato destinatario del provvedimento.

¹¹ Il riferimento è a tutta la giurisprudenza civile e amministrativa in materia edilizia che da un lato ribadisce costantemente come il titolo edificatorio rilasciato dalla P.A. non sia mai idoneo ad incidere sui diritti soggettivi dei terzi, dei quali è sempre garantita la salvezza, senza che ai fini della legittimità dell'atto l'amministrazione sia tenuta a risolvere in via istruttoria eventuali questioni relative all'assetto proprietario degli immobili interessati dovendo verificare la legittimazione del richiedente : T.A.R. Campania - Napoli, sez. IV, 14 febbraio 2005, n. 1004, in *Foro amm. TAR*, 2005, 465; T.A.R. Liguria, sez. 26 maggio 2004, n. 817, in *Foro amm.* 2004, 1338; Consiglio di Stato, sez. V, 12 maggio 2003, n. 2506, in *Riv. Giur. Edilizia*, 2003, I, 1651; Consiglio di Stato, sez V 2 ottobre 2002, n. 5165, in *Giur. It.* 2003, 807 .Dall'altro afferma che nelle controversie tra privati derivanti dall'esecuzione di opere edilizie non conformi a prescrizioni di legge o degli strumenti urbanistici, ciò che acquista rilevanza è, sempre e soltanto, la lesione di diritti soggettivi attribuiti ai privati dalle norme medesime, mentre la rilevanza giuridica della concessione o della licenza di esaurisce nell'ambito del rapporto pubblicistico tra la P.A. ed il privato richiedente : Cassazione civile 5 ottobre 2001, n. 13170, in *Riv. Giur. Edilizia* 2002, I, 109; Cassazione civile , 12 giugno 1999, n. 333, in *Danno e resp.* 1999,1257).

Il parallelismo tra accordo e provvedimento, prima ancora che tra accordo e contratto, è dal resto pienamente confermato dall'inaccettabilità di un trattamento differenziato della posizione del terzo in dipendenza del modulo autoritativo o consensuale discrezionalmente adottato dall'amministrazione, trattandosi di forme alternative di esercizio del medesimo potere : quale che ne sia la forma, atto unilaterale o accordo, gli effetti dell'azione amministrativa non possono andare a pregiudizio dei terzi esclusi dal raggio di efficacia dell'esercizio di quale potere".¹²

Viceversa, l'accordo sembra invece in grado di produrre effetti favorevoli. Il modello è quello civilistico del contratto a favore di terzo, la cui disciplina non presenta aspetti di incompatibilità con la connotazione pubblicistica dell'accordo; proprio nell'ottica dell'interesse pubblico, l'amministrazione potrebbe contrattare l'esecuzione di prestazioni a carico della parte privata ed in favore di altri soggetti, pubblici o privati, i quali a seguito della conclusione dell'accordo sarebbero legittimati a pretendere l'adempimento della relativi obbligazioni, a meno di rinunziarvi (il rifiuto di cui al terzo comma dell'art. 1411 c.c. configura in effetti una rinuncia a un diritto già acquistato per effetto della stipulazione).

Sebbene più difficile da immaginare, neppure, può escludersi a priori la possibilità che la promessa di prestazioni in favore di terzo provenga dalla parte pubblica dell'accordo. Al pari del provvedimento, può darsi che l'accordo interferisca con posizioni altrui non di diritto soggettivo ma di interesse legittimo.

In tale caso l' esigenza di omogeneizzare la posizione dei terzi di fronte alle varie manifestazioni del potere amministrativo impone di affermare che la tutela giudiziale dell'interesse legittimo consiste nell'impugnazione dl provvedimento emanato in attuazione dell'accordo integrativo, ovvero nell'impugnazione diretta dell'accordo sostitutivo, e nel risarcimento dei danno. Non pare invece che il terzo

¹² V. MENGOLI, *Gli accordi amministrativi fra privati e pubbliche amministrazioni*, Giuffrè, Milano, 2003, 76 :“ il terzo avrebbe la possibilità di ottenere dal g a., munito della giurisdizione esclusiva in materia di accordi, una pronuncia dichiarativa dell'inefficacia dell'accordo pregiudizievole”; Altri ritengono invece possibile adire il g.o. per la disapplicazione dell'accordo nella parte lesiva dei diritti dei terzi: V. CERULLI IRELLI; *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2002, 516 e F. CANGELLI, *Riflessioni sul potere discrezionale della pubblica amministrazione negli accordi con i privati*, in *Dir. Amm.* 2000, 277, 131; E. BRUTI-LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazione e privati*, Milano, 1996, 23; M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996.

possa giovare dell'azione di nullità dell'accordo per violazione di norme imperative anche tali violazioni per quanto gravi, danno infatti luogo a semplice invalidità da farsi valere nel prescritto termine di decadenza, in quanto la nullità radicale dell'atto ricorre soltanto se espressamente e inequivocabilmente disposta dalla norma primaria, ovvero quando l'atto costituisca manifestazione di poteri spettanti ad organi che operino in settori o ambiti territoriali del tutto diversi e non comunicanti.¹³

Al riguardo, deve tuttavia darsi conto dell'indirizzo emerso nella giurisprudenza amministrativa recente, secondo cui il regime dell'annullamento dell'atto amministrativo avrebbe portata recessiva, al di fuori dei casi in cui la P. A. esercita le proprie funzioni non mediante l'adozione di provvedimento di natura autoritativa bensì mediante atti di natura paritetica pur sempre ricadenti nell'ambito dei suoi poteri pubblicistici quali gli accordi: in questi casi, l'esercizio della funzione amministrativa in contrasto con norme imperative non darebbe luogo alla semplice annullabilità del provvedimento, prevista espressamente dalla legge per i soli casi di atto e/o provvedimenti di tipo autoritativo, bensì alla nullità dell'assetto di interessi posto in essere con l'assenso del privato interessato.¹⁴

Volendo meglio chiarire la definizione del soggetto terzo rispetto ad un accordo amministrativo concluso tra un privato e la P.A., ne sono escluse le parti dell'accordo, nonché i soggetti completamente estranei ai rapporti, almeno secondo quella parte della dottrina che propone di riferire la nozione di terzo ai soggetti legittimati a partecipare al procedimento ai sensi degli artt. 7 e 9 della legge 241/90, portatori di interessi pubblici e privati anche diffusi, potenzialmente coinvolti dagli

¹³ Ipotizza l'esperibilità dell'azione di nullità L. MONTEFERRANTE, *La nuova disciplina degli accordi procedurali: profili di tutela giurisdizionale*, in *Speciale sulla riforma della legge 241/90*, *Giust. Amm. It - Rivista di diritto pubblico*, 2005- 2006 anche in www.giustizia-amministrativa.it; In senso contrario la giurisprudenza amministrativa del Consiglio di Stato, sez. VI, 14 luglio 1999, n. 948, in *Cons. Stato 1999*, I, 1179 e Consiglio di Stato, sez. V, 13 febbraio 1998, n. 1666, in *Foro amm. 1998*, 420: "le ipotesi di nullità sono limitate ai casi di mancanza assoluta di un elemento essenziale dell'atto quale può essere la radicale carenza di potere ovvero il difetto della forma, della volontà, dell'oggetto o del destinatario".

¹⁴ Consiglio di Stato, sez. V, 13 novembre 2002, 6281, in *Foro amm. CDS*, 2002, 2898, nonché in *Giust. Civ.*, 2003, I, 1141 secondo la quale nelle ipotesi considerate non sussistendo una capacità di diritto privato liberamente esplicabile da parte della P.A., si tratta pur sempre di esercizio illegittimo della funzione amministrativa che trasmoda in nullità del regolamento di interessi posto in essere al di fuori e senza la prescritta osservanza delle regole della evidenza pubblica. Nello stesso senso, il TAR Lazio - Roma, sez. II, 20 aprile 2006, n. 2833, in *Foro amm. TAR*, 2006, 1368.

effetti dell'accordo. Concetto circoscritto ulteriormente dalla giurisprudenza, la quale non riconosce legittimazione processuale a tutti i soggetti portatori di interessi collettivi che abbiano in concreto partecipato al procedimento, ma rimette al giudice di valutare se il soggetto, cui pure sia stata consentita la partecipazione al procedimento sia effettivamente titolare di un interesse differenziato suscettibile di ricevere tutela in giudizio. L'effettiva titolarità di una posizione sostanziale differenziata costituisce, d'altronde, un criterio che condiziona la legittimazione processuale della stessa parte con cui l'amministrazione abbia concluso un accordo endoprocedimentale, di talché a fortiori essa vale a distinguere, tra i soggetti rimasti estranei all'accordo, quello che possono considerarsene coinvolti sul piano degli effetti giuridici e sono legittimati ad agire a tutela dei propri diritti o interessi.

3. L'interpretazione degli accordi

Come per tutti gli atti giuridici, anche per gli accordi tra amministrazione e privati si pone un problema di interpretazione che più appropriatamente attiene alla comprensione del significato dei documenti nei quali l'atto prende materialmente forma.

Si ritiene comunemente che, nel nostro ordinamento, alcune delle norme sull'interpretazione dei contratti siano comuni a tutti gli atti giuridici consistenti in manifestazioni di volontà, e, quindi anche agli atti amministrativi, vengono così in considerazione l'art. 1362 c.c., alla luce del quale l'atto va interpretato indagando l'effettiva intenzione che vi è sottesa, senza limitarsi al senso letterale delle parole e comunque occorre tener conto del comportamento osservato dall'amministrazione anche in epoca successiva all'adozione del provvedimento.

Nonché l'art. 1363 c.c. dal quale si trae la regola dell'interpretazione complessiva delle clausole, le une per mezzo delle altre; l'art. 1364 c.c. da cui deriva che l'atto nonostante l'uso di espressioni generali non può che riferirsi all'oggetto sul quale l'amministrazione si è proposta di intervenire; l'art. 1365 c.c. che stabilisce come l'utilizzo nell'atto di indicazioni esemplificative non faccia presumere che ne siano esclusi i casi non espressi; l'art. 1367 c.c., che sancisce il principio in forza del quale, nel dubbio, fra le diverse interpretazioni va senza dubbio privilegiata quella

secondo cui l'atto o le sue clausole possono avere qualche effetto, anziché quella secondo cui non ne avrebbero alcuno e va comunque preferita l'interpretazione conforme alla legge.¹⁵

La comunanza di tali regole al contratto ed all'atto amministrativo fa sì che esse trovino applicazione anche agli accordi in esame, ancora una volta a prescindere dalla questione della natura giuridica degli stessi.

Alle norme sopra citate, deve peraltro aggiungersi l'art. 1366 c.c., che estende il principio di buona fede all'interpretazione dei contratti e che i giudici amministrativi ritengono applicabile anche agli atti della P.A, a conferma della progressiva affermazione del principio di buona fede oggettiva, quale criterio generale dell'azione amministrativa.¹⁶

Il quadro delle disposizioni in tema di interpretazione va poi completato con il richiamo agli usi interpretativi di cui all'art. 1368 c.c., che appaiono pienamente compatibili con la disciplina degli accordi se riferiti alla prassi amministrativa di un determinato ufficio o ente. Lo stesso dicasi per l'art. 1369 c.c. e, una volta riconosciuta almeno in astratto la possibilità per l'amministrazione di fare ricorso a condizione generali per l'art. 1370 c.c. Parimenti compatibile con la disciplina degli accordi deve ritenersi, infine, la regola di chiusura del sistema di interpretazione dei

¹⁵ M. S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica dell'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1939, 327, T. MIELE, *Interpretazione dei contratti ed interpretazione degli atti amministrativi*, in Giur. Cass. civ. 1955, IV, 207; R. LASCHENA, *Interpretazione, IV) Interpretazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVII, Roma, 1989. La giurisprudenza amministrativa considera pacificamente applicabili all'interpretazione degli atti amministrativi le norme dettate dal codice civile per i contratti, cfr. per tutte Consiglio di Stato, sez. VI, 8 aprile 2003, n. 1877, in *Foro amm. CDS*, 2003, 1380.

¹⁶ Consiglio di Stato, sez. V, 13 marzo 2001, n. 1430 in *Foro amm. 2001*, 505; Consiglio di Stato, sez. V, 26 maggio 2003, n. 2854, in *Riv. Giur. Edilizia* 2003, 1509 per la quale l'interpretazione degli accordi conclusi tra l'amministrazione ed il destinatario della concessione edilizia per la regolazione pattizia dei rapporti, anche economici, connessi alla realizzazione dei lavori assentiti, deve essere compiuta secondo i principi di ragionevolezza e di buona fede; Consiglio di Stato, sez. IV, 30 maggio 2002, n. 3004, in *Foro amm. CDS* 2002, 1214 secondo cui il canone della buona fede deve essere utilizzato per ricostruire l'intento dell'amministrazione e il potere esercitato in concreto in unione con i canoni di buon andamento, legalità e imparzialità infatti "il contenuto e gli effetti di un provvedimento amministrativo devono essere individuati in base a ciò che ne può ragionevolmente intendere il destinatario, secondo il criterio ermeneutico della buona fede di cui all'art. 1366 c.c., applicabile all'interpretazione degli atti amministrativi anche in virtù del principio costituzionale di buon andamento, da cui discende che la p.a. è tenuta ad operare in modo chiaro e lineare, in modo da fornire ai privati sicure regole di condotta soprattutto quando possano derivarne negative".(Conferma Tar Lazio, Roma, sez. II, 12 ottobre 1992 n. 2017).

contratti, sancita dall'art. 1371 c.c., secondo cui qualora il significato del contratto rimanga oscuro nonostante l'applicazione degli criteri, esso deve essere inteso nel senso meno gravoso per l'obbligato, se a titolo gratuito e nel senso che realizzi l'equo contemperamento degli interessi delle parti, se a titolo oneroso. Il principio equitativo espresso dalla norma trova infatti riscontro nell'equità e ragionevolezza che debbono comunque guidare l'azione della P.A. nel perseguimento del pubblico interesse.

Capitolo II

1. L'invalidità degli accordi e la nullità.

Più complessa si presenta la questione dell'invalidità degli accordi; il tema assume una connotazione diversa per effetto della novità legislativa (legge15 /05) con la previsione della determinazione preventiva, novità dalla quale può trarsi spunto per chiarire lo stesso regime dei vizi dell'accordo. Posto che la conclusione di un accordo si colloca ordinariamente all'interno di una vicenda procedimentale, l'analisi del problema muove dalla sequenza più lineare, quella in cui l'accordo costituisce l'atto conclusivo del procedimento: accordo sostitutivo di provvedimento (stipulato a seguito della determinazione preventiva ai sensi della comma 4 bis dell'art. 11). Quest'ultima assume di regola rilevanza esterna, ed è pertanto idonea ad essere impugnata dall'interessato o da eventuali terzi controinteressati alla conclusione dell'accordo; i vizi da far valere avverso la determinazione preventiva sono quelli tipici dell'atto amministrativo. La successiva stipula dell'accordo realizza l'incontro tra l'esercizio del potere della parte pubblica e il privato. La compresenza dei due profili fa sì che, negli accordi, le patologie della funzione amministrativa coesistano con quelle proprie del contratto, e le une non escludano le altre: diversamente ad esserne pregiudicate sarebbero le esigenze di tutela dei terzi e della stesse parti, esigenze variabili in ragione degli effetti che l'accordo sia suscettibile di produrre nelle rispettive sfere giuridiche, con particolare riferimento all'incidenza di tali effetti - riflesso della natura ambivalente degli accordi - su posizioni di diritto o di interesse. La possibile coesistenza di vizi di natura diversa è, del resto, immediatamente suggerita dalla clausola di compatibilità contenuta nell'art. 11, la

quale autorizza (anzi impone) di verificare se ed in quali limiti agli accordi si applichi la disciplina privatistica dell'invalidità.

Come è noto, l'invalidità del contratto può assumere le forme della nullità e dell'annullabilità: la prima è disciplinata dall'art. 1418 c.c. che tra le cause di nullità elenca la contrarietà a norme imperative, la mancanza di uno dei requisiti di cui all'art. 1325 c.c., l'illiceità della causa o dei uno dei motivi, la mancanza nell'oggetto di uno dei requisiti richiesti dall'art 1346 c.c.; la seconda dagli artt. 1425 c.c. che collegano l'annullabilità del contratto all'incapacità delle parti o all'esistenza di vizi del consenso.

Appare evidente, dunque, che la conseguenza della nullità accomunando il contratto e il provvedimento amministrativo, debba estendersi anche all'accordo tra amministrazione e privati, le cui peculiarità rispetto all'ordinario agire unilaterale dell'amministrazione comportano che la disciplina pubblicistica vada largamente integrata da quella civilistica. Si pensi alla mancanza dell'accordo (certamente irrilevante ai fini della validità del provvedimento) ma nucleo indefettibile dell'azione consensuale, ovvero alla mancanza della causa (intesa come funzione economico individuale, "ragione dell'affare" non coincidente con la causa del potere amministrativo) entrambe vanno ad affiancarsi con indubbi motivi di nullità alla mancanza, impossibilità, indeterminatezza dell'oggetto, o al difetto di forma, quest'ultimo sancito autonomamente per gli accordi dallo stesso art. 11 della legge 241/90.

Contratto e provvedimento sono nulli nei casi espressamente previsti dalla legge, e lo stesso non può che valere, dunque, anche per gli accordi.

Quanto alla contrarietà a norme imperative contemplata dal codice civile, essa non si esaurisce nel rigetto assoluto di attribuzione che determina la nullità del provvedimento ai sensi dell'art. 21-*septies* della legge 241/90, di talché giova chiedersi se, al di fuori di tale ipotesi, sia configurabile la nullità dell'accordo amministrativo, ovvero si rimanga nell'alveo pubblicistico dell'annullabilità per violazione di legge. La contrarietà a norme imperative consiste nella violazione di una norma diretta alla tutela di un interesse pubblico generale, che importi perciò un

giudizio di dannosità sociale del contratto: caso tipico è quello del contratto la cui stipulazione integri la violazione di norme penali. Sul versante degli accordi amministrativi, se si muove dal presupposto che le norme disciplinanti l'azione della P.A. sono tutte poste a garanzia di interessi generali, la contrarietà a norme imperative finisce per sovrapporsi alla violazione di legge che vizia l'atto amministrativo; laddove, tuttavia, dalla stipula dell'accordo non scaturisca la sola lesione di interessi, ma anche quella di diritti soggettivi in dipendenza di una violazione che, oltre a colpire il singolo, colpisca anche l'interesse generale (si pensi al caso limite dell'accordo concluso dalla PA con circonvenzione di incapace o dell'accordo effetto di corruzione del funzionario pubblico) allora sembra doversi ammettere che l'ordinaria azione di annullamento sia cumulabile con la possibilità di adire il giudice amministrativo, in sedi di giurisdizione esclusiva, per ottenere la declaratoria di nullità dell'accordo, con azione soggetta ai soli termini di prescrizione ma non alla decadenza prevista per l'impugnazione degli atti amministrativi.

Le medesime considerazioni possono farsi con riguardo alle ulteriori ipotesi civilistiche di illiceità per contrarietà all'ordine pubblico o al buon costume che l'art. 1343 c.c. riferisce alla causa del contratto ma aventi portata generale.

Qualora l'illiceità interessi proprio la causa, se riguardata dal lato pubblicistico essa può dare luogo ad un vizio dell'atto, quale forma di eccesso di potere per sviamento, da farsi valere mediante l'ordinaria azione di annullamento; questo, però, ancora una volta potrà essere doppiata da un'autonoma azione di nullità proprio in virtù del fatto che l'accordo tende ad uno scopo oggettivo non soltanto illegittimo ma anche illecito. Analogamente, il motivo illecito comune alle parti rileva sia sul piano dell'illegittimità per sviamento di potere sia di quello della nullità dell'accordo.

Infine, la causa di nullità dell'accordo è certamente da considerarsi l'illiceità dell'oggetto in conformità a quanto stabilito dalla legge per il contratto e pacificamente ritenuto dalla dottrina per l'atto amministrativo.¹⁷

¹⁷ L. ACQUARONE, *Attività amministrativa e provvedimenti amministrativi*, Genova, 1985, 173; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Volume I, Giuffrè, Milano 1958, 249; P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, Ed. Giuffrè, Edizione VI, 2001, 116;

2. La simulazione e la rescindibilità

L'invalidità del contratto può altresì dipendere dalla simulazione che rende il contratto improduttivo di effetti fra le parti. La simulazione, come è noto, può essere assoluta, nel caso in cui le parti abbiano concluso un contratto del quale non vogliano gli effetti o relativa che si ha quando le parti abbiano inteso concludere un contratto dissimulato diverso da quello apparente, la divergenza potendo riguardare anche il solo profilo soggettivo. Secondo l'opinione prevalente in dottrina e in giurisprudenza, la simulazione costituisce una fattispecie di nullità del contratto non suscettibile di convalida; secondo altra impostazione si tratterebbe invece di inefficacia originaria insanabile, l'azione diretta a far valere tale forma di invalidità non si prescrive.

In astratto, è immaginabile che la simulazione investa l'accordo amministrativo alla stregua del contratto dando così luogo all'applicazione dei medesimi principi ricavabili dagli artt. 1414 c.c. e ss. , per lo meno con riferimento alle obbligazioni civilistiche dedotte nell'accordo medesimo. L'accordo simulato non produce effetti fra le parti , mentre l'efficacia del sottostante accordo dissimulato è condizionata alla sussistenza dei requisiti di sostanza e forma (art. 1414, co. 2, c.c.) requisiti che sono stato individuati nel rispetto dei limiti formali e funzionali dell'accordo, nonché delle norme giuridiche che disciplinano le competenze e l'esercizio della discrezionalità amministrativa in vista del perseguimento dell'interesse pubblico.¹⁸

La simulazione non può essere opposta dalle parti contraenti, né dagli aventi causa o dai creditori del simulato alienante ai terzi che in buona fede hanno acquistato diritti dal titolare apparente, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di simulazione. I terzi possono far valere la simulazione in confronto delle parti, quando essa pregiudica i loro diritti (art. 1415 c.c.); l'accordo simulato sarà

¹⁸ Per una sintesi delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali in tema di simulazione, R. SACCO, *Simulazione, I) Diritto civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVIII, Roma, 1992. Per il caso di simulazione relativa, nella pratica suole distinguersi tra l'azione sia diretta a far emergere l'effettivo reale mutamento della realtà voluto dalle parti con la stipulazione del negozio simulato, operando in tale evenienza l'ordinaria prescrizione decennale; ovvero l'azione finalizzata ad accertare la nullità tanto del negozio simulato, quanto di quello dissimulato (per la mancanza dei requisiti di sostanza o di forma): rilevando in questo caso l'inesistenza di qualsiasi effetto tra le parti, tale azione non è soggetta a prescrizione; Cassazione civile, 18 agosto 1997, n. 7682 in *Giust. Civ.*, 1998, 1342.

efficacia pertanto verso i terzi i quali abbiano fatto affidamento sulla situazione apparente, mentre sarà inefficace nei confronti di coloro che ne siano pregiudicati.

La prova per testimoni della simulazione è ammissibile senza limiti, se la domanda è proposta da crediti o da terzi e, qualora sia diretta a far valere l'illiceità del contratto dissimulato, anche se è proposta dalle parti (art. 1417 c.c.); la disposizione pare applicabile anche all'accordo amministrativo, tenuto conto che in sede di giurisdizione esclusiva (quale prescritta per gli accordi) alle parti è consentito il ricorso a tutti i mezzi di prova, compresa la prova testimoniale.

Un ultimo rilievo riguarda la simulazione relativa soggettiva dell'accordo, mediante la quale si realizza un'interposizione fittizia di persona, che consiste nel rendere un soggetto parte solo apparente del rapporto, in effetti facente capo ad un soggetto diverso, e postula l'accordo di tutte le parti (non solo dell'interponente e dell'interposto ma anche del terzo contraente); essa va tenuta ben distinta dalla interposizione reale di persona, che si verifica in presenza di un accordo cui il terzo contraente rimane estraneo, ed attraverso il quale il soggetto interposto acquista la titolarità del rapporto, ma si obbliga fiduciarmente a ritrasferire gli effetti sull'interponente. Entrambe le ipotesi appaiono configurabili in tema di accordi con la pubblica amministrazione; ad esempio qualora le parti convengano di rendere parte effettiva di un accordo un soggetto diverso da quello che abbia partecipato al procedimento (interposizione fittizia) ovvero qualora un soggetto stipuli l'accordo con l'amministrazione, obbligandosi a cederne gli effetti ad un altro soggetto.

Tra le forme di invalidità, resta invece estraneo all'accordo amministrativo la figura della rescindibilità, apparendo difficoltoso immaginare che una delle parti possa essere indotta a concludere l'accordo in stato di bisogno, del quale la controparte abbia approfittato e riportandone una lesione *ultra dimidium* secondo quanto previsto dall'art. 1448 c.c..

Ancor meno plausibile e sembra poi la conclusione di un accordo amministrativo in stato di pericolo (art. 1447 c.c.).

3. L'annullabilità civilistica per vizi della volontà. L'errore, la violenza e il dolo.

La con sensualità, che caratterizza l'accordo amministrativo distinguendolo dal provvedimento, sembra, almeno in prima approssimazione, autorizzare, attraverso il rinvio di cui all'art. 11, l'integrazione della disciplina degli accordi con quella privatistica dei vizi della volontà che rendono il contratto annullabile.

Essendo l'accordo frutto di un incontro di volontà non è discutibile che debba ricevere tutela la parte interessata a farne cessare gli effetti, qualora si sia trovata a stipulare in condizioni tali da vedere menomata proprio quella sfera volitiva che avrebbe invece, dovuto essere integra e consapevole; il medesimo problema si pone sia per la parte privata dell'accordo, che per quella pubblica (della persona fisica che per essa agisce) con riferimento ai vizi della volontà ed agli stati soggettivi rispetto ai quali trovano applicazione gli artt. 1390 e 1391 c.c.

In senso contrario all'integrazione del regime degli accordi amministrativi con quello dell'annullabilità dei contratti, potrebbe osservarsi che il vizio della volontà di una delle parti è sempre suscettibile di tradursi in vizio di legittimità dell'accordo, volgendosi in definitiva in cattivo uso del potere. In effetti dal lato della P.A. la violenza morale o il dolo cui il funzionario stipulante sia sottoposto, possono tradursi in figure sintomatiche dell'eccesso di potere, ma tale soluzione non è ugualmente appagante dal lato del contraente privato, il quale vedrebbe sbiadirsi nella più generale valutazione della legittimità dell'atto il rilievo di situazioni che prima di appartenere alla sfera dell'azione amministrativa, investono il momento volitivo individuale. Che si tratta di concludere con l'amministrazione un accordo o un contratto di diritto comune, la situazione del privato che presta il proprio consenso è la medesima: sarebbe irragionevole sostenere che in un caso, a differenza che nell'altro, il vizio della volontà possa farsi valere solo come indici di un vizio pubblicistico, con le relative difficoltà di dimostrare la corrispondenza dell'elemento sintomatico ad un'effettiva patologia dell'atto (oltre che la sottoposizione al termine decadenziale di sessanta giorni) anziché come causa di invalidità direttamente riconducibile ad un difetto del requisito fondamentale dell'accordo.

Coerentemente con tali premesse, la possibilità di fare ricorso alla categoria civilistica dell'annullabilità deve essere estesa all'amministrazione, che pertanto è legittimata a far valere in giudizio gli stati soggettivi dei propri rappresentanti onde rimuovere accordi viziati, senza dover necessariamente intervenire in autotutela (soluzione particolarmente adatta al caso degli accordi integrativi nella fase che precede l'adozione del provvedimento finale).

Del pari, alla P.A. va riconosciuta la legittimazione a sollevare senza limiti di tempo l'eccezione di annullabilità, quale fatto estintivo della pretesa azionata dal privato al fine di ottenere l'esecuzione dell'accordo. Anche nei confronti dell'accordo amministrativo deve, dunque, ritenersi esperibile la domanda di annullamento disciplinata dagli artt. 1441 c.c., onde far valere la causa di annullabilità del contratto, ed in primo luogo, i vizi del consenso (errore, violenza e dolo). L'errore consiste in un falsa rappresentazione della realtà che, com'è noto, si distingue in errore vizio o errore motivo, che attiene alla formazione della volontà, ed errore ostativo che attiene invece alla dichiarazione; l'errore giustifica l'annullamento solo se essenziale e riconoscibile dall'altro contraente (art. 1428 c.c.).

In applicazione dell'art 1429 c.c., dovrà considerarsi essenziale l'errore che cada sulla natura o l'oggetto dell'accordo, impedendo alla parte privata di avere la piena consapevolezza degli effetti giuridici essenziali dell'accordo stesso e dei beni, fatti o comportamenti su cui tali effetti sono destinati ad incidere, o che cada sull'identità dell'oggetto della prestazione, vale a dire sulla materiale individualità dei beni che formano oggetto dell'accordo, ovvero sulle qualità dell'oggetto stesso, per tali dovendosi intendere le caratteristiche intrinseche o estrinseche del bene.

E', altresì, essenziale l'errore che cada sull'identità o sulle qualità della persona dell'altro contraente, se queste siano state determinanti del consenso: la regola riflette la rilevanza dell' *intuitus personae* nella stipulazione dell'accordo, e pare applicabile soprattutto in favore della P.A. che abbia prestato il consenso esclusivamente in considerazione della persona della controparte privata o di determinate sue qualità.

L'errore è, infine, essenziale quando, trattandosi di errore di diritto, esso sia stato la ragione unica o principale dell'accordo. L'errore di diritto è quello che verte sia sulla conoscenza, sia sulla portata, sia sull'estensione o sui limiti di applicabilità di una norma giuridica; in relazione ad esso, la dottrina civilistica si divide tra coloro che ne ritengono la rilevanza entro gli stessi limiti generali di rilevanza dell'errore e coloro che invece attribuiscono rilevanza all'errore di diritto anche qualora esso cada sui semplici motivi dell'atto.¹⁹

L'annullamento per errore di diritto non presuppone, peraltro, la disapplicazione della norma ignorata, o falsamente conosciuta, ma deriva pur sempre da una travisata rappresentazione di un fatto giuridico che abbia costituito la ragione principale dell'accordo. Costituisce senz'altro errore di diritto quello del privato che, destinatario della proposta formulata dalla P.A., ritenga di essere obbligato per legge a concludere l'accordo .

L'errore si considera, invece, riconoscibile quando in relazione al contenuto, alle circostanze ovvero alla qualità dei contraenti, una persona di normale diligenza avrebbe potuto rilevarlo (art. 1431 c.c.). Il requisito della riconoscibilità è posto a tutela dell'affidamento con la conseguenza che l'errore riconoscibile è causa di annullabilità anche se- eventualmente- inescusabile, giacché è pur sempre idoneo a suscitare l'affidamento della controparte; come ulteriore corollario del rapporto fra riconoscibilità dell'errore ed affidamento della controparte, appare corretto sostenere che la riconoscibilità non deve necessariamente ricorrere nell'ipotesi di errore comune ad entrambi i contraenti, nella quale la ragione dell'affidamento viene meno perché ciascuna parte sa che l'altra ha stipulato sulla base della rispondenza al vero di una data rappresentazione. A questo si aggiunga, che la prevalente dottrina

¹⁹ Per un esame delle contrapposte teorie, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, Vol. 3, *il contratto*, Giuffrè, Milano, 1998, 655. Una limitata rilevanza ai motivi individuali, attraverso l'errore di diritto è, invece, riconosciuta da F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 10 ed., Napoli ESI, 2003, 940, il quale si riferisce in particolare alla possibilità rivalutare sul piano dell'errore giuridico la qualità del bene (l'A. fa l'esempio dell'area acquisita al fine di costruirvi la propria abitazione, in cui il motivo individuale si specifica con riferimento alla qualità intrinseca del bene, ed il contratto sarà annullabile se l'area risulti inedificabile in base al piano regolatore: l'errore di diritto sulla qualità si riflette sul motivo, il cui rilievo rimane comunque mediato).

civilistica ritiene che, indipendentemente della riconoscibilità dell'errore, il contratto sia annullabile qualora esso sia stato in concreto riconosciuto.

Il criterio utilizzato per valutare la riconoscibilità dell'errore è quello della normale diligenza, in relazione alla quale finisce per doversi considerare riconoscibile l'errore palese, la cui percezione non richieda uno sforzo particolarmente intenso della controparte. Dipendendo la riconoscibilità anche dalla qualità dei contraenti e tenuto conto del livello minimo di preparazione che è lecito attendersi dai pubblici funzionari per i settori di rispettiva competenza, occorrerà particolare attenzione nel valutare di volta in volta la riconoscibilità dell'errore in cui, nello stipulare l'accordo sia incorso il privato, soprattutto laddove si tratti di un errore di diritto; ma altrettanta attenzione è richiesta nel caso opposto, dovendosi considerare che, almeno per ciò che concerne gli aspetti tecnico giuridici dell'accordo, il particolare affidamento indotto dalla presenza di una controparte pubblica rende meno facilmente riconoscibile da parte del privato, l'errore in cui sia a sua volta caduta l'amministrazione.

Viceversa non comporta annullabilità ma mera rettifica, l'errore di calcolo, salvo il caso che costituendo un errore sulla quantità, diventi determinante del consenso, art. 1430 c.c. .

Del resto l'articolo 1432 precisa che la parte in errore non può domandare l'annullamento se la controparte offre di eseguire l'accordo in modo conforme al contenuto ed alle modalità che l'errante si era rappresentato. Oltre che per errore, il contratto (e quindi anche l'accordo fra amministrazione e privati) è annullabile per violenza e dolo.

La violenza, come causa di annullamento è la violenza morale, vale a dire la minaccia psicologica che costringe un soggetto a concludere un contratto non voluto, o a condizioni diverse da quelle volute. Con riferimento all'accordo amministrativo, si pensi alla minaccia rivolta dal privato o da un terzo nei confronti dell'organo persona fisica che rappresenta la P.A. nell'ambito di un procedimento, affinché l'amministrazione concluda un accordo sostitutivo a determinate condizioni; si pensi anche all'accordo concluso dall'amministrazione a condizioni inique con la minaccia

di dover assumere nei confronti del privato provvedimenti sfavorevoli. Ma la stessa minaccia di concludere sfavorevolmente il procedimento può costituire violenza, se ad esempio la P.A. prospetti l'adozione di un atto inutilmente vessatorio. Ancora una volta, l'annullamento per vizio della volontà costituisce il rimedio che coglie la patologia dell'accordo nella sua primitiva essenza, il che non accade nell'ottica pubblicistica dell'eccesso di potere, cui pure per la violenza psichica può continuare a farsi riferimento sotto il profilo dello sviamento di potere.

Tra le cause che inficiano l'integrità del consenso negoziale, rimane da esaminare il dolo, che consiste in qualsiasi forma di raggiro posto in essere da uno dei contraenti allo scopo di alterare la volontà contrattuale della controparte.

Il dolo determina l'annullabilità del negozio quando sia tale che, senza di esso, l'altra parte non avrebbe contrattato (art. 1439 c.c.); il raggiro, realizzato con il proposito di influenzare il consenso altrui e consistente tanto in comportamenti positivi (ad esempio la menzogna) quanto nel silenzio o nella reticenza, deve essere idoneo a trarre in inganno la controparte e va valutato in relazione alle circostanze ed alle condizioni personali della vittima. Il dolo può anche provenire da un terzo estraneo al negozio, ed in tal caso determina l'annullamento se conosciuto dal contraente che ha tratto vantaggio.

Ove il dolo non sia stato determinante del consenso altrui, ma abbia inciso sul contenuto del negozio (dolo incidente) esso non è causa di annullamento, ma di responsabilità per i danni (art. 1440 c.c.). Il raggiro perpetrato in danno della P.A. per indurla a concludere un accordo, che altrimenti non avrebbe concluso, dà luogo ad una figura sintomatica di eccesso di potere operante sul piano dell'invalidità pubblicistica dell'atto; lo stesso dicasi per l'ipotesi contraria, del raggiro posto in essere dal funzionario della P.A. nei confronti della controparte privata.

Anche per il dolo, come si è visto per l'errore e per la violenza, la disciplina civilistica dell'annullamento del contratto integra quindi quella pubblicistica, fornendo alle parti una tutela che rispecchia e tiene conto delle peculiarità dell'accordo amministrativo quale incontro di volontà negoziale e potere amministrativo.

Le medesime considerazioni sono ad ora svolte per i vizi del consenso valgono, altresì, per l'annullabilità dipendente da incapacità delle parti, dovendosi comunque ricordare che - dal lato della P.A.- il vizio della volontà del soggetto che rappresenta l'amministrazione nella stipula dell'accordo non è causa di annullamento ove riguardi elementi dell'accordo predetermini (ad esempio dall'organo competente in sede di adozione della determinazione preventiva).

4. L'invalidità dell'accordo endoprocedimentale

Il problema dell'invalidità - sino ad ora riguardato nella prospettiva dell'accordo sostitutivo- assume una connotazione almeno parzialmente diversa se riferito alla fattispecie dell'accordo integrativo, che se non conclude la serie procedimentale, contribuisce tuttavia a determinare il contenuto del provvedimento finale.

In quanto contratto di diritto pubblico, anche all'accordo integrativo risulta immediatamente applicabile la disciplina dell'invalidità del contratto dettata dal codice civile, con la conseguenza che esso potrà venire autonomamente impugnato sia dalla parte privata, sia da quella pubblica, per farne valere la nullità o l'annullabilità ai sensi degli artt. 1421 e 1441 c.c. (per inciso, l'azione di nullità potrà essere proposta anche dai terzi controinteressati all'adozione del provvedimento in funzione del quale l'accordo risulta concluso); mancando di efficacia provvedimentale, avverso l'accordo integrativo non sarà invece praticabile l'azione pubblicistica di annullamento per violazione di legge, incompetenza o eccesso di potere, che rimane pertanto riservata nei confronti dell'atto conclusivo del procedimento.

A tale ultimo riguardo, va osservato che l'invalidità dell'accordo endoprocedimentale non può non riflettersi sul provvedimento successivamente adottato dalla P.A. in esecuzione dell'accordo, che risulta, a propria volta, affetto da invalidità derivata sub specie di violazione di legge o eccesso di potere (si pensi al caso dell'accordo nullo per violazione di norme imperative o annullabile per la presenza di un vizio della volontà); il vizio dell'accordo presupposto se non azionato in via autonoma, potrà e dovrà essere fatto valere dall'interessato in sede di

impugnazione del provvedimento dinanzi allo stesso giudice amministrativo che, in tema di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi, è munito di giurisdizione esclusiva.

Le regole sull'impugnazione degli atti amministrativi debbono essere in questo caso coordinate con quelle sull'impugnazione dei contratti, nel senso che, potendo la nullità dell'accordo essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse, ed essendo la relativa azione imprescrittibile, l'interessato o qualunque terzo potranno dolersene onde conseguire l'annullamento del provvedimento, emanato in esecuzione di quell'accordo (nel rispetto dei termini decadenziali per l'impugnazione del provvedimento stesso); ed, inoltre, la nullità dell'accordo potrà essere rilevata anche d'ufficio dal giudice, il quale ove accerti l'esistenza di una causa di nullità diversa da quella infondatamente eccepita dalla parte istante, potrà comunque accogliere la domanda di annullamento proposta sulla base dell'affermata nullità dell'atto presupposto.

L'annullabilità può essere, invece, fatta valere dalla sola parte nel cui interesse è stabilita dalla legge, da ciò derivando che essa non può essere invocata dai terzi, né rilevata dal giudice d'ufficio.

Per il privato, anche nell'ipotesi di accordo integrativo opera, dunque, un concorso di rimedi, che tuttavia non si cumulano nei confronti del medesimo atto conclusivo del procedimento, ma si differenziano secondo che l'impugnazione tenda far cadere l'accordo, ovvero il provvedimento finale.

Tenuto conto della natura eminentemente contrattuale degli accordi endoprocedimentali, anche la P.A. deve ritenersi legittimata ad impugnare questi ultimi con le azioni civilistiche di nullità ed annullamento, in modo da conseguire la rimozione di accordi viziati senza dover necessariamente ricorrere all'intervento in autotutela sul provvedimento finale.

4.1 -I vizi connessi alla determinazione preventiva

Il tema dell'invalidità degli accordi deve essere completato approfondendo la questione relativa alla natura dei vizi derivanti dalla mancanza o invalidità della determinazione preventiva ex art. 11 co. 4 bis della Legge 241/90.

Fin ora si è visto che la mancanza, l'inesistenza o l'invalidità della determinazione producono l'invalidità derivata dell'accordo successivamente stipulato, e che la qualificazione del vizio derivato dipende almeno in parte dalla natura giuridica attribuita agli accordi in questione.

In particolare, si è parlato delle categorie privatistiche dell'annullabilità per vizio del consenso, della nullità per difetto della volontà negoziale e della inefficacia per carenza del potere rappresentativo, sul modello del contratto ad evidenza pubblica non preceduto da deliberazione a contrarre o in alternativa a quelle pubblicistiche dell'annullabilità per difetto o invalidità dell'atto presupposto e della nullità per difetto di un elemento essenziale.

Occorre, dunque, ribadire che gli accordi sono contratti pubblicistici nei quali l'autonomia negoziale del contraente privato si combina con l'esercizio del potere amministrativo per dare vita ad una fattispecie cui la disciplina del codice civile si applica nei limiti della compatibilità; il giudizio di compatibilità non può che essere dato dal regime pubblicistico proprio del potere amministrativo, destinato a prevalere sui principi ricavabili dal codice civile che risultino con esso inconciliabile. Uno spunto iniziale per giungere ad una qualificazione del vizio dell'accordo concluso in mancanza della determinazione preventiva ora richiesta dalla legge.

La determinazione dell'organo competente per l'adozione del provvedimento è posta a presidio dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, e come la delibera a contrarre nella procedura dell'evidenza pubblica ha la funzione di autorizzare l'organo rappresentativo ad impegnare contrattualmente l'ente, così essa ha la funzione di consentire che l'esercizio del potere amministrativo si sviluppi secondo il modulo consensuale dell'accordo con il privato, abbandonando del tutto il consueto schema dell'atto unilaterale imperativo, ovvero integrandolo con la negoziazione vincolante- del contenuto discrezionale del provvedimento. Se l'azione consensuale della P.A. ha bisogno di trovare legittimazione in un pregresso provvedimento, la determinazione preventiva costituisce in definitiva il presupposto provvedimentale della sostituzione/integrazione del provvedimento con l'accordo.

La determinazione non riguarda in alcun modo la capacità negoziale del contraente privato (che come tale è libera e non necessita di autorizzazione) ma ha per unico oggetto le modalità di esercizio del potere amministrativo, ed è su tale versante che le conseguenze della sua mancanza o invalidità operano e debbono essere valutate, al contempo tenendo conto delle variabili dipendenti dal fatto che la determinazione, di volta in volta, si riferisca ad un accordo sostitutivo o ad un accordo endoprocedimentale.

Anche se la determinazione preventiva viene a rivestire la valenza di atto mediante il quale l'organo competente all'adozione del provvedimento finale, autorizza la conclusione dell'accordo; il suo ruolo principale rimane però quello di atto mediante il quale vengono esternate le ragioni di interesse pubblico che rendono preferibile il ricorso all'accordo in sostituzione o ad integrazione del provvedimento e per l'effetto, viene esercitata la scelta dell'azione partecipata con i privati interessati.

Essendo questo secondo aspetto quello che deve caratterizzare la determinazione preventiva (la valenza autorizzatoria non pare configurabile laddove vi sia coincidenza fra organo che emette la determinazione e il soggetto/ persona fisica che conclude l'accordo in rappresentanza della P.A.), l'assoluta carenza o la giuridica inesistenza della determinazione dà luogo ad una violazione di legge che, in difetto di espressa previsione normativa, rende l'accordo annullabile nell'ordinario termine di decadenza previsto per l'impugnazione degli atti amministrativi, mentre la più radicale prospettiva della nullità dell'accordo deve essere rifiutata alla luce dell'avvenuto superamento, per mano dello stesso legislatore del 2005, della figura giurisprudenziale della carenza di potere in concreto, in virtù della quale la Corte di Cassazione ha, sino ad ora, attratto nella giurisdizione ordinaria tutte le ipotesi con cui, pure in presenza di una norma attributiva di potere, alla P.A., il potere non potesse in concreto considerarsi sussistente a causa di un vizio particolarmente pregnante (come la violazione delle regole sul contraddittorio procedimentale, o la mancata acquisizione di atti presupposti con conseguente inidoneità del provvedimento così emanato ad affievolire le posizioni di diritto soggettivo dei suoi

destinatari). Quella del carenza del potere è sempre stata una ricostruzione priva di agganci normativi diretti e peraltro sempre avversata dalla giurisprudenza amministrativa, peraltro non pare ulteriormente compatibile con la nuova disciplina generale della nullità degli atti amministrativi ex art. 21 *septies* della legge 241/90, in forza della quale la nullità ricorre esclusivamente qualora l'atto sia viziato oltre che per mancanza degli elementi essenziali, violazione o elusione del giudicato, anche da difetto assoluto della norma attributiva del potere esercitato (e non per mera anomalia nell'uso del potere stesso).

Nel caso in cui con la determinazione preventiva venga meno il conferimento del potere di concludere l'accordo (al responsabile del procedimento, il quale ne sia a questo punto sprovvisto originariamente), allora alla violazione di legge per l'omissione della determinazione preventiva si cumulerà l'ulteriore vizio della nullità dell'accordo per carenza della qualità di organo in capo al soggetto che abbia stipulato in nome della parte pubblica o per mancanza di un elemento essenziale dell'accordo da individuarsi nella prestazione di un valido consenso da parte della P.A. La legittimazione ad impugnare l'accordo concluso in mancanza di determinazione preventiva spetta ai terzi controinteressati, sia nei confronti dell'accordo sostitutivo che quello integrativo il quale implica comunque l'autovincolo della P.A. ad adottare un provvedimento la cui futura lesività può essere immediatamente apprezzata dal terzo esaminando il contenuto dell'accordo integrativo. Analoga legittimazione non può essere invece riconosciuta alle parti private dell'accordo giacché la sottoscrizione di quest' ultimo pur in mancanza della determinazione costituisce manifestazione di acquiescenza per fatti concludenti; ove ritengano illegittimo il precedente operato dell'amministrazione, i privati interessati sembra pertanto preferibile esimersi dal concludere l'accordo per poi tutelarsi nei confronti del provvedimento unilaterale che in ogni caso, dovrà porre fine al procedimento.

Nella diversa ipotesi in cui la determinazione preventiva non sia stata omessa, ma risulti viziata, si è già detto della sua immediata impugnabilità ad opera dei privati interessati e del terzo controinteressato. La legittimazione del privato viene

peraltro meno a seguito della stipula dell'accordo, tale stipula costituendo acquiescenza al vizio dell'atto presupposto; laddove, tuttavia, il vizio della determinazione preventiva sia suscettibile di trasmettersi all'accordo, sotto forma di vizio autonomo di quest'ultimo, non sembra possibile per il privato la facoltà di impugnare l'accordo onde farne valere l'invalidità, si pensi alla determinazione preventiva illegittima per difetto di motivazione, vizio che non si trasmette all'accordo, concluso il quale il contraente privato non può più considerarsi legittimato ad impugnare l'atto presupposto.

Nel caso invece della determinazione avente ad oggetto la stipula di un accordo dal contenuto impossibile, è chiaro che l'impossibilità dell'oggetto si converta in causa autonoma di nullità dell'accordo che può sempre essere fatta valere anche se sia mancata l'impugnazione della determinazione preventiva.

Quanto ai terzi, la facoltà di impugnare la determinazione preventiva non sembra potersi tradurre in un onere, atteso che la determinazione costituisce un atto preparatorio all'adozione dell'accordo, dotato di effetti meramente prodromici; l'onere di proporre l'impugnativa riguarda, dunque, i solo atti conclusivi del procedimento, vale a dire l'accordo sostitutivo, ovvero il provvedimento adottato dalla P.A. in esecuzione dell'accordo integrativo, salvo verificare se poi tale onere venga meno per il fatto che il terzo abbia inteso avvalersi di un'anticipazione di tutela impugnando immediatamente la determinazione preventiva.

Tanto premesso, si pone ancora il problema di stabilire se l'annullamento della determinazione preventiva, autonomamente impugnata, comporti o meno un automatico effetto caducante nei confronti dell'accordo successivamente stipulato tale da non renderne necessaria l'impugnativa; la ricerca della soluzione impone di indagare il rapporto fra la determinazione preventiva ed accordo in seno al procedimento, al fine di ricavare la natura del nesso di derivazione che corre fra i due atti ed, in particolare, di misurare il grado di incidenza pregiudiziale della determinazione rispetto all'accordo. Nella giurisprudenza amministrativa ha trovato largo spazio la tesi secondo cui, avuto riguardo al nesso causale che avvince le attività progressivamente poste in essere dalla P.A. all'interno del procedimento,

L'annullamento di un atto intermedio avrebbe effetto caducante, tanto se questo sia riferibile allo stesso organo cui è da imputarsi la primitiva difformità dalla legge, quanto se sia da riferire ad un organo diverso oppure ad altra autorità amministrativa²⁰; in contrapposizione con tale orientamento altro indirizzo sostiene che l'immediata impugnazione dell'atto preparatorio non faccia venire meno l'onere di impugnare sempre e comune anche l'atto finale del procedimento che si affetto da vizi propri, ovvero da invalidità derivata dall'atto intermedio, e questo sia per esigenze di tutela dei controinteressati, solitamente individuabili solo in relazione all'atto finale (di modo che l'automatica caducazione di quest'ultimo in conseguenza dell'annullamento dell'atto presupposto impugnato in assenza di controinteressati implicherebbe la produzione di effetti sfavorevoli nei confronti di soggetti rimasti completamente estranei al contraddittorio, ed qual punto tutelati dal solo rimedio differito dell'opposizione di terzo) sia perché ammettere la caducazione automatica significherebbe negare, in contrasto con i principi generali, che il provvedimento conclusivo del procedimento diventa inoppugnabile nonostante il difetto di tempestiva impugnazione.²¹

Un contemperamento del contrasto si registra con riguardo alle sole ipotesi in cui tra l'atto preparatorio e quello finale vi sia un rapporto di consequenzialità

²⁰ Consiglio di Stato, sez. IV, 12 gennaio 2005, n. 43 in *Foro amm. Cds*, 2005, 665; Consiglio di Stato, sez. V 11 novembre 2004, n. 7346, in *Foro amm.* 2004, 3230, secondo la quale l'esclusione da una gara d'appalto si configura come atto endoprocedimentale soltanto se si abbia riguardo alla sua collocazione nella sequela delle operazioni concorsuali ma non può essere considerata tale se si considera il carattere costitutivo degli effetti che vi si ricollegano di modo che il suo annullamento si riverbera in via consequenziale e caducante, su tutte le successive fasi della sequenza, perché svoltesi illegittimamente, con la conseguenza che non occorre l'impugnazione di tutti i possibili susseguenti atti del procedimento. Consiglio di Stato sez. VI, 7 settembre 2004, in *Foro amm. Cds* 2004, 2629, che afferma come debba ritenersi ormai superato l'orientamento che sosteneva l'inammissibilità del ricorso avente ad oggetto l'atto presupposto per sopravvenuta carenza di interesse nel caso di omesso impugnazione del successivo e consequenziale provvedimento, apparendo più coerente con l'evoluzione del processo amministrativo, il cui oggetto si è progressivamente spostato dall'atto alla pretesa fatta valere, ritenere che l'annullamento dell'atto presupposto comporti l'automatica caducazione dell'atto consequenziale, ad eccezione della fattispecie in cui con l'atto posteriore sia stato conferito un bene o una qualche utilità ad un soggetto non qualificabile come parte necessaria nel giudizio che ha per oggetto l'atto presupposto.

²¹ Consiglio di Stato, sez. VI, 11 febbraio 2002, n. 785, in *App. Urb. Edilizia*, 2002, 91; Consiglio di Stato, sez. V, 30 aprile 2003, n. 2245, in *Foro amm. CDS*, 2003, 1333; Consiglio di Stato, sez. IV, 30 dicembre 2003, n. 9155, Consiglio di Stato, sez. IV, 30 dicembre 2003, n. 9155, in *Foro amm. CDS*, 2003, 3664; Consiglio di Stato, sez. IV 30 dicembre 2003, 9155, in *Foro amm. CDS*, 2003, 3664; P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2001, 119.

immediata, diretta e necessaria, tale che l'atto successivo si pone come inevitabile conseguenza di quello precedente, perché non vi sono nuove e ulteriori valutazioni di interessi, né dal destinatario dell'atto presupposto, né d'altri soggetti: in tale evenienza è infatti opinione comune che non occorra l'impugnazione dell'atto finale, automaticamente caducato per effetto dell'annullamento dell'atto presupposto.

Definite così le coordinate della questione può osservarsi che tanto il provvedimento adottato in esecuzione dell'accordo integrativo, quanto l'accordo sostitutivo implicano una nuova ed autonoma valutazione dell'interesse pubblico, quantomeno in termini di attuale preesistenza delle ragioni a suo tempo poste alla base della determinazione, della quale non costituiscono una conseguenza necessitata. È stato già osservato e deve essere ora ribadito che con l'adozione della determinazione preventiva l'amministrazione non è vincolata a concludere l'accordo ben potendo intervenire in autotutela a rimuovere la determinazione stessa; quando anche il contenuto dell'accordo finisse per essere riproduttivo del contenuto di quest'ultima, la prestazione del consensi da parte della P.A. - elemento costitutivo della fattispecie - racchiude un nuovo ed autonomo momento di esercizio del potere discrezionale, che come tale non consente di inquadrare l'atto fra le ipotesi pacifiche di caducazione automatica. Nel silenzio del legislatore si rileva che attribuire all'annullamento efficacia caducante nei confronti dell'accordo non meramente invalidante, comporta delle difficoltà di garantire la tutela adeguata controinteressati: ciò di cui discute, è l'impugnazione proposta dai terzi che si assumono danneggiati dalla conclusione dell'accordo rispetto alla quale rivestono la qualità di controinteressati i soggetti beneficianti dall'accordo, i quali non potranno essere chiamati a partecipare al giudizio se non identificabili al momento della determinazione preventiva, vedendo compromesse le proprie possibilità di difesa dell'accordo stipulato, che restano affidate al rimedio successivo dell'opposizione di terzo. Il modello di riferimento dovrà allora essere quello del rapporto fra aggiudicazione provvisoria e definitiva delle gare d'appalto, dove, l'impugnazione della prima è facoltativa e non esonera l'interessato dall'impugnare la seconda a pena di improcedibilità del ricorso. Gli argomenti a sostegno di tale impostazione (effetti

preparatori dell'aggiudicazione, lesività connessa alla sola aggiudicazione definitiva, autonomia giuridica e concettuale dei due atti) appaiono trasponibili al rapporto determinazione e accordo sostitutivo.

Può accadere che la P.A. adotti l'accordo in difformità dalla determinazione preventiva, ad esempio non contenga clausole che l'amministrazione precedente aveva qualificato come essenziali, o a condizioni economiche differenti da quelle previste. In siffatta evenienza, è possibile che l'atto rechi l'indicazione delle ragioni per cui l'amministrazione abbia inteso discostarsi dalla determinazione per addivenire ad un accordo diverso, traducendosi in un atto di autotutela, suscettibile di essere impugnato dai terzi danneggiati dalla nuova formulazione e dagli stessi soggetti con l'amministrazione avrebbe dovuto concludere l'accordo. Senza giustificazione, i terzi possono invece generalmente impugnare il nuovo accordo direttamente per eccesso di potere per contraddittorietà con la precedente manifestazione di volontà dell'amministrazione, per sviamento dall'interesse pubblico individuato dalla determinazione preventiva, a meno di non voler ricondurre anche l'ipotesi dell'accordo non rispettoso della determinazione alla violazione di legge, equiparando la fattispecie a quella dell'accordo emesso in difetto della determinazione stessa.

Per il contraente privato la conclusione dell'accordo implica accettazione dell'assetto di interessi che si determina per effetto dell'incontro di proposta ed accettazione, e questo vale anche nell'eventualità che tale assetto non coincida con quello contemplato dalla determinazione preventiva; se non intenda rifiutare la stipula pur a fronte della prospettiva di concludere un accordo non conforme alla determinazione, al privato non rimarrà dunque che far valere nei confronti dell'accordo così stipulato i già visti rimedi di derivazione civilistica ove ne ricorrano i presupposti.

Capitolo III

1. Cause di scioglimento- Rinegoziazione.

Passate in rassegna le possibili patologie degli atti componenti la serie procedimentale, che si conclude con la stipulazione dell'accordo sostitutivo ovvero

con l'adozione di un provvedimento unilaterale esecutivo di accordo endoprocedimentale, l'attenzione deve essere ora spostata sulle cause che incidono sull'attuazione o la prosecuzione del rapporto nascente dall'accordo fra privato e P.A., determinandone lo scioglimento in forza di eventi sopravvenuti. A tale riguardo, l'unica fattispecie espressamente prevista dall'articolo 11 della legge 241/90 è quella del recesso unilaterale dell'amministrazione per motivi di pubblico interesse, venendo così rimesso all'interprete il compito di delineare in maniera per quanto possibile esaustiva, la disciplina della cause di estinzione del rapporto, facendo applicazione dei principi dettati dal codice civile in materia di obbligazioni e contratti con il consueto limite della compatibilità.

La dottrina ha messo in luce come la prima causa di estinzione delle obbligazioni contrattuali sia costituita dal loro adempimento ad opera delle parti del negozio, ed il rilievo può essere esteso al campo delle obbligazioni civilistiche ed agli obblighi di comportamento nascenti dagli accordi fra amministrazione e privati.

L'attuazione del programma perseguito passa attraverso l'esecuzione degli obblighi assunti, e libera le parti dal vincolo dell'accordo nel senso che prodottisi gli effetti voluti, i contraenti si trovano a non essere più reciprocamente obbligati, mentre l'accordo rimane come causa giustificativa dei risultati permanentemente conseguiti con l'esecuzione.

Cambiando versante, l'art. 1321 c.c. stabilisce che il contratto è l'accordo delle parti per costituire, regolare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale, mentre ai sensi del successivo art. 1372 c.c. il contratto può essere sciolto per il mutuo consenso delle parti. Il principio dello scioglimento consensuale del contratto, ricavabile dalle norme appena citate, può essere senz'altro esteso agli accordi fra P.A. e privati, il cui nucleo fondamentale è costituito dallo scambio dei reciproci consensi; è vero che l'amministrazione, in mancanza di assenso della controparte privata al fine di sciogliersi dall'accordo potrà sempre fare ricorso al diverso strumento del recesso unilaterale, ma la conclusione di un accordo avente ad oggetto lo scioglimento di un precedente rapporto non incontra per la parte pubblica il duplice limite della sopravvenienza di motivi di pubblico interesse e dell'obbligo di

indennizzo (salvo che un obbligo siffatto non sia espressamente convenuto in favore del privato). Il mutuo dissenso prende la medesima forma dell'accordo all'esito di un procedimento di contenuto uguale e contrario a quello seguito per l'adozione dell'accordo da risolvere; qualora esso riguardi un accordo endoprocedimentale si ritiene che l'amministrazione debba poi emanare un provvedimento di segno opposto a quello emanato in esecuzione dell'accordo risolto (nel caso dell'accordo sostitutivo, il mutuo dissenso incide direttamente sul rapporto originato dall'accordo risolto facendolo cessare).²²

Costituisce espressione dei medesimi principi, la possibilità che il privato e la P.A. pervengano alla rinegoziazione dell'accordo, individuando un nuovo assetto di interessi maggiormente rispondente all'interesse pubblico, ma anche a quello del privato, il quale non ha evidentemente alcun obbligo di prestare il consenso alla modifica dell'accordo, salvo incorrere nell'esercizio dei poteri di autotutela dell'amministrazione. Il potere di rinegoziare l'accordo per l'amministrazione viene considerato implicito nel potere di recesso, che se è possibile svincolarsi unilateralmente dall'accordo, ragioni di efficienza, efficacia e semplificazione dell'attività amministrativa impongono a maggior ragione di ritenere ammissibile la facoltà di rivederne il contenuto; anche a prescindere dal recesso, sembra tuttavia che, come per il privato anche per la P.A., tale facoltà possa farsi discendere direttamente dall'applicazione di principi generali che regolano lo scambio e l'efficacia del reciproco consenso in tema di contratti ed in forza dei quali con l'accordo i rapporti giuridici possono essere modificati e regolati, oltre che costituiti ed estinti.

2. L'inadempimento della parte privata

Nell'analizzare l'ampiezza del richiamo operato dall'art 11 ai principi del codice civile, occorre verificare se ed in quali limiti tale causa di scioglimento sia

²² E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico - Tra amministrazioni e privati*, Milano, 1996. In senso conforme, F. MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in Dir. Amm. 1993, 21; R. MOREA, *Gli accordi preliminari tra privato e pubblica amministrazione i principi del codice civile*, Bari, 2002, 49; A. FEDERICO, *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa, Gli Accordi tra privati e pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1999, 161.

suscettibile di applicazione anche agli accordi, a partire dall'ipotesi in cui sia il privato a rimanere inadempiente agli obblighi posti a suo carico dall'accordo amministrativo.²³

Bisogna quindi, esaminare quale sia la posizione dell'amministrazione di fronte all'inadempimento delle obbligazioni civilistiche cui si è obbligato il privato, anteriormente all'emanazione del provvedimento stesso. Vero è che dagli accordi fra amministrazione e privati possano nascere non solo obblighi comportamentali ma vere e proprie obbligazioni civilistiche, e che la P.A. ben può far ricorso agli ordinari mezzi dell'azione privatistica per l'adempimento o la risoluzione dell'accordo ai sensi dell'art. 1453c.c., ovvero dell'azione costitutiva ex art. 2932²⁴ c.c., qualora con l'accordo il privato si sia obbligato a concludere un contratto successivo.²⁵

Fra i rimedi civilistici a disposizione della P.A. per reagire all'inadempimento del privato, va anche menzionata l'eccezione di inadempimento di cui all' art. 1460 c.c. in forza della quale ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione, se l'altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria, salvo diversa disposizione della parti. L'eccezione può essere contrapposta alla pretesa del privato in una ipotetica azione da costui promossa nei

²³ Sull'inadempimento degli accordi amministrativi e sull'ambito applicativo dei relativi rimedi civilistici sia nei confronti del privato che della P.A., cfr. V. MENGOLI, *Gli accordi amministrativi fra privati e pubbliche amministrazioni*, Giuffrè, Milano, 2003, 167; F. G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. Amm.* 2002, Fasc. 3, 434; T. TESSARO, *Spunti ricostruttivi in tema di accordi integrativi e sostitutivi di provvedimento*, in *Trib amm reg*, 1995, I, 333.

²⁴ V. MENGOLI, *Gli accordi cit.* p 178, "l'azione ex art. 2932 c.c. risulta indispensabile qualora l'amministrazione abbia interesse al passaggio della proprietà di un bene immobile; sarà indispensabile il ricorso all'autorità giudiziaria, facendo valere l'azione ex art. 2932 c.c. per l'adempimento di obblighi negoziali che comportino il trasferimento a favore della Pubblica Amministrazione della titolarità del diritto di proprietà o di diritti reali minori su beni immobili, Istituto utilizzabile com rimedio per garantire l'esecuzione della parte privatistica dell'accordo gravante sulla parte pubblica, perché in quel caso in esperibile il rimedio del silenzio inadempimento".

²⁵ Tar Lombardia - Brescia 13 agosto 2003, n. 1157, in *Foro amm. Tar*, 2003, 3470; Tar Sicilia-Catania, sez. I, 10 giugno 2003, n. 942, in *Giur. Merito*, 2003, p. 2059; Tar Lombardia- Brescia 28 novembre 2001, n. 1126, in *Urb. e app.* 2002, 593 Per la dottrina, F. CANGELLI, *Riflessioni sul potere discrezionale della pubblica amministrazione negli accordi con i privati*, in *Dir. Amm.* 2000, p. 277, "l'art. 11 nel devolvere la giurisdizione in materia di accordi al giudice amministrativo in sede esclusiva, non contiene disposizioni preclusive; né appare di ostacolo l'art. 103 cost. che promuove la giurisdizione amministrativa come modello a tutela del privato, perché la P.A. ben può rivestire in giudizio il ruolo di parte attrice ricorrente";

confronti dell'amministrazione per ottenere l'adempimento di un accordo sostitutivo, così come l'inadempimento del privato può giustificare l'inerzia della P.A nel dare attuazione ad un accordo integrativo, qualora secondo l'accordo l'adozione del provvedimento finale dovesse essere preceduta dall'assolvimento di obbligazioni strumentali.

Nel caso di accordo integrativo, va aggiunto, che la P.A. conserva il potere di provvedere unilateralmente, anche in presenza dell'inadempimento altrui, salvo agire per l'eventuale risarcimento del danno ove l'azione unilaterale sia resa impossibile o comunque più onerosa da quell'inadempimento ovvero quest'ultimo abbia prodotto la perdita di un'utilità programmata.

Deve, inoltre, ritenersi ammissibile la possibilità di agire in autotutela, ossia attraverso l'emanazione di atti autoritativi per ovviare all'inadempimento della controparte, ed avvalersi altresì dell'esecutorietà di cui all'articolo 21- *ter* della legge 241/90 per imporre coattivamente l'adempimento degli obblighi assunti.

Non bisogna infatti dimenticare che gli accordi amministrativi hanno natura pubblicistica e producono tutti gli effetti tipici del provvedimento amministrativo, tra i quali vi è quello dell'esecutorietà. Se, quindi il semplice provvedimento non basti a realizzare il risultato pratico voluto dall'amministrazione, essa sarà titolare di un potere di coercizione per realizzare il proprio intento, anche contro coloro che vi si oppongano.²⁶

E' in ogni caso salva la possibilità di esercitare l'azione di risarcimento danni che si combina alle azioni esaminate, l'amministrazione potrà comunque chiedere di essere risarcita sia del danno emergente, ossia del danno concreto ed attuale che la mancata esecuzione dell'accordo le ha comportato (spese per l'emanazione del provvedimento) sia del lucro cessante, ossia il danno derivante dalla perdita delle utilità pubbliche che sarebbero state ottenute a causa dell'esecuzione dell'accordo (si

²⁶ L'amministrazione sarà, pertanto, tenuta nei limiti del possibile, al ricorso ai suoi poteri di autotutela, anche in considerazione del fatto che un'azione per adempimento potrebbe comportare rischi e costi facilmente evitabili

pensi agli eventuali benefici, in termini di entrate tributarie, che sarebbero derivati per la collettività della realizzazione di un'opera come un centro commerciale).²⁷

3.L'inadempimento della P.A.

Se inadempiente all'accordo è la P.A., la qualità dei rimedi praticabili dal privato dipende dal contenuto degli obblighi rimasti inadempiti, e muta in ragione della tipologia di accordo cui detti obblighi ineriscono.

Mentre l'inadempimento legittimo (il recesso) è sempre espresso, quello illegittimo si può configurare in vari modi: inerzia dell'amministrazione (non viene emanato il provvedimento amministrativo cui l'accordo accede); inerzia dopo il perfezionamento dell'atto (non viene data esecuzione all'accordo sostitutivo di provvedimento da parte della P.A. o del provvedimento finale, o non sono emanati gli atti amministrativi facenti parte dell'accordo); provvedimento difforme da quello il cui contenuto discrezionale era stato determinato; ed infine, un provvedimento incompatibile con il contenuto dell'accordo.

Partendo dalle obbligazioni civilistiche, di cui gli accordi possono costituire fonte, non sembrano esservi ragioni per negare il ricorso ai rimedi contrattuali: l'azione di adempimento o di risoluzione ai sensi dell'art. 1453 c.c., la seconda sul presupposto della gravità dell'inadempimento di cui all'art. 1455 c.c.; l'eccezione di adempimento da contrapporre alla domanda di adempimento proposto dalla P.A.; la diffida stragiudiziale ad adempiere ex art. 1454 c.c., la domanda di risarcimento dei danni.

Né dovrebbe, a rigore, negarsi l'esperibilità di un'azione volta ad ottenere una pronuncia costitutiva ex art. 2932 c.c. laddove l'obbligo disatteso non sia riferibile ad una funzione pubblica, ma alla capacità negoziale di diritto comune (si pensi all'obbligo di acquistare un immobile nell'ambito di una convenzione di lottizzazione).

Problemi più consistenti si presentano se la P.A. non adempie agli obblighi di natura pubblicistica, il più rilevante dei quali è senz'altro quello avente ad oggetto

²⁷ V. MENGOLI, *Gli accordi cit.* “Sarà difficile, in concreto, la determinazione del danno subito dalla P.A., non essendo il suo interesse commisurabile con gli stessi parametri e semplicità di quello privato”.

l'emanazione del provvedimento amministrativo in adempimento dell'accordo endoprocedimentale: la reciproca vincolatività che caratterizza l'accordo integrativo (al pari di quello sostitutivo) si esplica nei confronti della pubblica amministrazione, nella forma dell'obbligo fondamentale di concludere il procedimento con l'atto unilaterale che recepisce il contenuto dell'accordo, ed alla cui emanazione la stipula stessa dell'accordo è in ultima analisi indirizzata.

L'inadempimento dell'accordo endoprocedimentale o meglio del principale obbligo pubblicistico scaturente a carico della P.A dall'accordo endoprocedimentale, può atteggiarsi variamente secondo che l'amministrazione procedente, rimanendo inerte, dopo la stipula dell'accordo, ometta del tutto di emanare il provvedimento atteso dall'interessato; ovvero provveda all'emanazione di un atto difforme da quello prefigurato con l'accordo o, ancora, provveda in maniera incompatibile con il contenuto del pregresso accordo.

La dottrina si è diffusamente interrogata sulle conseguenze della totale inerzia dell'amministrazione, ed in particolare sull'applicabilità del rimedio civilistico dell'esecuzione informata specifica ex art. 2932 c.c., volto ad ottenere una sentenza che tenga luogo del provvedimento non emanato dalla P.A. e le conclusioni sono almeno in parte contrastanti.

Emerge la tesi negativa che nega l'applicabilità dell'art. 2932 c.c. in considerazione della non assimilabilità della sequenza accordo integrativo-provvedimento finale alla diversa sequenza contratto preliminare- contratto definitivo.²⁸

L'incompatibilità tra esecuzione in forma specifica e accordo è legata al provvedimento, atto ontologicamente diverso dal negozio di diritto comune, implicante spendita di poteri autoritativi e di discrezionalità, rispetto ai quali la posizione del privato non oltrepassa la soglia dell'interesse legittimo; alla insopprimibile diversità di genere fra contratto e provvedimento, che impedisce

28 G. GRECO, *Accordi e contratti della pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2002, 419; G. LO SARDO, *Gli accordi ex art. 11 della legge 241/90 nella prospettiva civilistica*, in *Rivista del notariato* 1994, 1283; L. MONTEFERRANTE, *La nuova disciplina degli accordi procedurali: profili di tutela giurisdizionale*, su *Speciale sulla riforma della legge 241/90*, in *Giust. Amm. It - Rivista di diritto pubblico*, www.giustamm.it, 2005-2006;

anche il ricorso all'analogia si aggiunga poi sotto il profilo processuale che la riserva di amministrazione ricavabile dagli artt 4 e 5 LAC vietando all'autorità giurisdizionale di sostituirsi agli organi della P.A. dello svolgimento di attività amministrativa.²⁹

I rimedi concretamente disponibili dal privato per il caso di inerzia dell'amministrazione vengono condivisibilmente individuati nello strumento dell'azione contra silentium ai sensi dell'art. 21 bis della legge TAR, idoneo ad ottenere l'emanazione del provvedimento voluto.

In modo altrettanto condivisibile per l'ipotesi di inadempimento consistente all'adozione di un provvedimento difforme dall'accordo al privato è riconosciuta la facoltà di impugnare il provvedimento facendo valere il vizio di violazione dell'art. 11 della legge 241/1990.

La decisione apre peraltro la via ad un'ulteriore possibilità, quella di far ricorso ad un'azione di accertamento dell'inadempimento, seguita da una successiva azione di ottemperanza o risarcitoria, anche senza preventivo annullamento del silenzio o dell'atto difforme, qualora l'inadempimento riguardi un'obbligazione ove l'amministrazione non abbia più alcuna discrezionalità da esercitare in sede di adozione del provvedimento finale.

Il ragionamento implica che l'accordo endoprocedimentale, esaurendo il momento valutativo discrezionale della P.A. circa la spettanza di un determinato bene della vita, in favore del contraente privato, faccia nascere in capo a costui una posizione di vero e proprio diritto soggettivo, che per realizzarsi necessita della cooperazione dell'amministrazione così come il diritto di credito necessita della

²⁹ La giurisprudenza amministrativa ripercorre le diverse tesi dottrinali sulle conseguenze dell'inadempimento dell'accordo integrativo, per poi approdare alla conclusione dell'inapplicabilità dell'art. 2932 c.c. proprio sulla base dei limiti derivanti dalla legge Lac, nonché del rilievo che, trattandosi pur sempre di contratti ad oggetto pubblico stipulati nell'interesse pubblico, la sentenza non può tener luogo del provvedimento non emanato, poiché l'emissione del provvedimento è qualcosa di diverso dalla conclusione del contratto definitivo ed il provvedimento implica sempre l'esercizio di poteri autoritativi che non può essere attribuito ad organi amministrativi e non all'autorità giurisdizionale (Consiglio di Stato, sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2636 in *Urbanistica e appalti*, 2002, p. 1450); S. GIACCHETTI, Gli accordi dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990 *tra realtà virtuale e realtà reale*, in www.lexitalia.it; In tema, A. BORELLA, *La tutela dei terzi negli atti convenzionali*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 1998, I, 31.

cooperazione del debitore; il provvedimento finale si atteggia atto attuativo di una pretesa già accertata come dovuta in sede amministrativa e come tale suscettibile di essere nuovamente accertata in sede giurisdizionale. In effetti, non è revocabile in dubbio che, una volta ottenuto il riconoscimento del bene della vita cui aspira la posizione del privato, sia qualificabile in termini di diritto e non di semplice interesse. Il requisito per ammettere l'azione di accertamento è ancora una volta quello per cui il diritto accertato non presenti i caratteri dell'autoritarità, ma sia un mezzo per dare attuazione ad un diritto accertato.

Sintetizzando le osservazioni svolte, può concludersi elencando i rimedi volti a garantire la tutela del privato avverso l'inadempimento della PA, dal ricorso all'art. 21 bis legge TAR, o all'azione di accertamento, quest'ultima ammessa sempre che il provvedimento non emanato dall'amministrazione abbia un ruolo servente del diritto soggettivo costituito dall'accordo e di conseguenza che la p.a. con l'accordo abbia esaurito il suo potere discrezionale. In presenza di un provvedimento difforme dall'accordo procedimentale, il privato potrà invece proporre l'ordinario giudizio impugnatorio per far valere il vizio dell'atto sub specie di violazione di legge per violazione dell'accordo (pertanto dell'art. 11) , cui può aggiungersi il diverso profilo dell'eccesso di potere per contraddittorietà con l'accordo stesso. ...³⁰

In tema di rimedi, giova completare il quadro con un cenno all'azione contrattuale di adempimento di cui all'art. 1453 c .c., che , ammissibile in presenza di

³⁰ Tra i molti contributi in materia, V. MENGOLI, *Gli accordi amministrativi cit.* Milano, 2003 p. 260; G. GRECO, *Il regime degli accordi pubblicistici*, in *Il diritto dell'economia*, 2001, 561; G. SORICELLI, *Premesse per un'analisi giuridica degli accordi amministrativi ex art. 11, l. 7 agosto 1990, n. 241*, in *Il Foro amministrativo*, 2000, 1596; E. FOLLIERI, *La tutela nei contratti della pubblica amministrazione nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1999, 295; F. LEDDA, *Nuove note sugli accordi "di diritto pubblico" e su alcuni temi contigui*, in *Giurisprudenza italiana*, 1998, 394; N. AICARDI, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e caratteri*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1997, 1; S. GIACCHETTI, *Gli accordi dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990 tra realtà virtuale e realtà reale*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1997, p. 513; F. CASTIELLO, *Gli accordi integrativi e sostitutivi di provvedimenti amministrativi*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1993, 124; F. PUGLIESE, *Risorse finanziarie, consensualità ed accordi nella pianificazione urbanistica*, in *Diritto amministrativo*, 1999, 13; D. DE SIO - P. RAGO, *Natura pubblicistica delle convenzioni urbanistiche ed accordi ex art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 1998, III, 233; B. SARGENTI, *Sulla natura giuridica delle convenzioni urbanistiche*, in *Il Foro amministrativo*, 1993, 989.

obbligazioni civilistiche poste dall'accordo a carico dell'amministrazione, risulta invece incompatibile con il contenuto degli obblighi di natura pubblicistica, in relazione ai quali operano pertanto i già esaminati rimedi del ricorso avverso il silenzio e delle azioni di accertamento e di ottemperanza.

Salvo che il rifiuto non si rilevi contrario a buona fede, in astratto è peraltro possibile che il contraente privato, invocando l'art. 1460 c.c., rifiuti di adempiere alle sue obbligazioni ove l'amministrazione non adempia le proprie, anche quando queste ultime esulino dal campo del diritto privato e consistano nell'esplicazione di attività discrezionale; il carattere pubblicistico degli obblighi gravanti sulla P.A. non reagisce infatti sulla corrispettività del rapporto (la funzione di scambio innegabilmente svolta dall'accordo non viene meno in virtù del fatto che le prestazioni reciprocamente assunte non siano sempre fra loro commensurabili sul piano patrimoniale) né la possibilità di sollevare l'eccezione di inadempimento – tendente a paralizzare l'azione di adempimento o risoluzione della P.A. - eccede i limiti delle azioni proponibili, essendo evidente che, in questo caso, il contraente privato mira solo a giustificare la propria condotta inadempiente e non anche ad ottenere coattivamente l'adempimento altrui. In ogni caso, il problema sembra destinato ad avere un rilievo poco più che teorico, tenuto conto di quanto si è detto circa la possibilità che l'amministrazione ha di conseguire l'esecuzione dell'accordo in via di autotutela e dunque senza la cooperazione del privato.

4 Il recesso della pubblica amministrazione

Il quarto comma dell'articolo 11 Legge 241/90 dispone il potere di recedere unilateralmente dall'accordo per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi determinati dal recesso in danno del privato. Si è osservato come una siffatta previsione non configga con la regola della vincolatività dell'accordo, mutuata dall'art. 1372 c.c., la quale ammette espressamente la possibilità dello scioglimento del rapporto a seguito del recesso esercitato da una delle parti.

Appare opportuno, quindi, approfondire le questioni che investono la natura giuridica del recesso della P.A. ed in particolare modo, il suo rapporto con il recesso privatistico dai contratti da un lato e con gli ordinari poteri di autotutela della P.A. dall'altro; nonché i presupposti del recesso e le sue conseguenze sul rapporto originato dall'accordo amministrativo.

Seguendo una visione strettamente privatistica dell'istituto, suggerita dall'utilizzazione ad opera del legislatore del 1990 di una terminologia che riecheggia direttamente quella dell'art. 1373 c.c., il recesso della p.a. dagli accordi conclusi con i privati è stato da taluno³¹ identificato con il recesso dai contratti, negozio unilaterale con effetto estintivo che costituisce manifestazione di un diritto potestativo di matrice convenzionale .

Va notato che il recesso dai contratti della P.A. è ora oggetto di autonoma regolamentazione, ai sensi del nuovo art. 21 *sexies* della legge 241/90, secondo cui lo scioglimento unilaterale del rapporto è ammesso nei casi previsti dalla legge o dal contratto, e sono proprio le palesi divergenze che emergono dal raffronto fra la disciplina dettata dall'art. 11 co. 4 e quella rinvenibile nel codice civile e nell'appena citato art. 21 *sexies* a indurre i primi dubbi circa la possibilità di ricondurre il recesso dagli accordi al medesimo genus del recesso da contratto.

Un primo rilievo attiene all'obbligo di indennizzo che la legge fa gravare sull'amministrazione nel caso di recesso da un accordo, in relazione agli eventuali pregiudizi occorsi al privato; mentre nessun obbligo è previsto nel caso di recesso dal contratto, rispetto al quale con riferimento all'articolo 1373 c.c., la prestazione di un corrispettivo presuppone un'apposita pattuizione salvo che non sia prevista da specifiche disposizioni (si pensi al recesso dal contratto di appalto ai sensi dell'art. 1671 c.c. consentito al committente dopo l'inizio dell'esecuzione a condizione di tener indenne l'appaltatore delle spese dei lavori eseguiti e del mancato guadagno).

³¹ P. GRASSANO , *La discrezionalità contrattata con la p.a. nel sistema della Legge 7 agosto 1990, n. 240*, in *Nuovo Rass.* 1992, 1645; E. CASETTA , *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Dir. Amm.* 1993, 6; F. LEDDA , *Appunti per uno studio sugli accordi preparatori di provvedimenti amministrativi* in *Dir. Amm.*, 1996, 400.

Sotto il profilo funzionale poi, il recesso dell'articolo 11, 4 comma, non incontra il limite del principio di esecuzione di cui all'art. 1373 c.c che, per dottrina e giurisprudenza dominanti, preclude l'esercizio della facoltà (tuttavia va evidenziato che per i contratti della P.A sono frequenti le norme di legge che autorizzano il recesso a prescindere dal fatto che il contratto abbia avuto o meno esecuzione, art. 134 Codice degli appalti dlgs 163/2006).

Ma la principale differenza tra il recesso dagli accordi e il recesso dai contratti di diritto comune è data dall'obbligatorietà del primo correlata al presupposto del necessario "pubblico interesse": il venir meno della rispondenza dell'accordo al pubblico interesse, al cui perseguimento l'esercizio anche consensuale del potere amministrativo è correlato, non solo giustifica lo scioglimento da parte della P.A., ma lo rende doveroso nel rispetto del vincolo di scopo, attorno al quale l'intera disciplina degli accordi è costruita: tale vincolo condiziona nella fase funzionale il rapporto originato dall'accordo allo stesso modo in cui, nella fase genetica, condiziona la scelta del modulo consensuale.

La sua esplicita funzionalizzazione e doverosità, unitamente alla riserva in favore della sola parte pubblica del rapporto, fanno pertanto sì che l'istituto del recesso dagli accordi per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, debba essere inquadrato, con la dottrina prevalente, in ambito pubblicistico, quale forma di autotutela ontologicamente distinta dal recesso governato dal codice civile e dall'art. 21 sexies, ma anche dotata di un regime parzialmente differenziato rispetto a quello degli ordinari poteri di autotutela decisoria³², ed i cui tratti salienti sono stati autorevolmente compendiate nell'efficace espressione "autotutela legata" in quanto legata alla causa e nella forma.³³

³² G. SALA, *Accordi sul contenuto discrezionale del provvedimento*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1993, 229; C. GALLUCCI, *Convenzioni e accordi*, XIV, *Volume di aggiornamento dell' enciclopedia Giuridica*, 13; F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Tomo I, Milano, 2003, cit. II, 2216, quanto ai rapporti fra art. 11 co. 4 ed art. 21 sexies, deve pertanto darsi atto che il problema della collocazione dogmatica del recesso, introdotto dalla legge 15/05, è ancora aperto, alla tesi della qualificazione in termini di atto negoziale si contrappone quella della manifestazione di potere autoritativo, come espressione di una facoltà pubblicistica di tipo unilaterale.

³³ L'espressione appartiene al Prof. V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Giappichelli, Milano, 2005, 526.

Facendo ricorso alla categoria dell'autotutela, la giurisprudenza anche in epoca anteriore alla riforma 15/2005, aveva ritenuto che il recesso dagli accordi fosse confermativo e non derogatorio dal generale potere di revoca degli atti amministrativi immanente alla funzione di amministrazione attiva), l'assimilazione, implicita in tale assunto, sembra oggi trovare riscontro nel disposto dell'articolo 21-quinquies della legge 241/90, che individua nella sopravvenienza di motivi di pubblico interesse, uno dei presupposti della revoca dei provvedimenti, ponendo un immediato collegamento con il quarto comma dell'articolo 11; ad ulteriore conferma della vicinanza fra i due istituti, la previsione dell'obbligo della P.A. di indennizzare i soggetti interessati dalla revoca dei pregiudizi eventualmente subiti.

Va precisato che l'art. 21-quinquies consente la revoca anche nell'ipotesi di rinnovata e diversa valutazione dell'interesse pubblico originario, che rappresenta il presupposto dell'atto di revoca vero e proprio, mentre la sopravvenuta di nuovi motivi di pubblico interesse dà luogo al diverso fenomeno della revoca – abrogazione. Se dal punto di vista classificatorio, tale puntualizzazione ha lo scopo di ascrivere a tale ultimo schema, il recesso dagli accordi, essa vale ulteriormente a sottolineare come il potere-dovere dell'amministrazione di sciogliersi dal vincolo debba fondarsi su elementi o esigenze sopravvenute che non fossero conoscibili o conosciute al momento della conclusione dell'accordo; mentre è irrilevante una valutazione di inopportunità originaria dell'accordo. Del resto riconoscere all'amministrazione la possibilità di rivalutare l'originaria opportunità, significherebbe svuotare di ogni significato reale la clausola di vincolatività dell'accordo, spogliando la parte privata di qualsiasi garanzia di affidamento in ordine alla stabilità del rapporto.³⁴

Per quanto riguarda l'annullabilità d'ufficio degli accordi, sembra ammettersi l'annullamento d'ufficio anche per gli accordi; tuttavia la cautela con la quale la stessa è riconosciuta dalla dottrina, dipende dal fatto che essa non comporta alcun indennizzo, a differenza del recesso unilaterale della P.A. il che indubbiamente può

³⁴ Consiglio di Stato, sez. VI, 20 gennaio 2000, n. 260 in *Foro Amm.* 2000, 113 “fino a quando non venga esercitato il recesso unilaterale, l'amministrazione non può assumere determinazioni unilaterali in contrasto con l'accordo vincolante”

pregiudicare l'affidamento del contraente privato. Mentre non pare ragionevole che la discrezionalità insista nella scelta consensuale, autorizza l'amministrazione a rivalutare le proprie decisioni sotto il profilo dell'opportunità iniziale, non vi sono elementi obiettivi che giustifichino un'esenzione dell'accordo dal sindacato di legittimità condotto in sede di autotutela, soprattutto in considerazione del fatto che l'accesso ad analogo sindacato spetta alle parti private ed ai terzi in sede giurisdizionale.

Il recesso della P.A: dagli accordi conclusi con i privati interessati ha efficacia ex nunc ed impedisce che l'accordo produca ulteriori effetti, lasciando salvi quelli precedentemente sorti, la conclusione non muta sia nell'ottica pubblicistica che, come si è visto identifica o assimila il recesso ad una forma di revoca abrogazione, sia nella opposta prospettiva privatistica, in tale evenienza trovando applicazione il 2 comma dell'articolo 1373 c.c. Si ritiene in dottrina che, a fronte del recesso legittimamente esercitato dalla P.A., a tutela del privato siano comunque date le azioni sussidiarie di ripetizione dell'indebito e di arricchimento senza causa.

La disciplina del recesso è comune a tutte le specie di accordi, endoprocedimentali e sostitutivi. Con riguardo ai primi, ci si deve peraltro chiedere se e quali conseguenze il recesso sia suscettibile di produrre sul provvedimento adottato dall'amministrazione in adempimento dell'accordo e la risposta differisce secondo che si ritenga o meno che con l'adozione del provvedimento finale, l'accordo integrativo esaurisca i propri effetti: nell'un caso non ha più senso ipotizzare la recedibilità da un atto i cui effetti sono esauriti, l'amministrazione potrà e dovrà intervenire in autotutela sul provvedimento conclusivo.

Nella seconda eventualità, invece, si pone l'ulteriore quesito se cioè la caducazione dell'accordo a seguito del recesso della P.A., determini l'automatica caducazione del provvedimento; quesito cui sembra preferibile dare risposta negativa, in coerenza col fatto che il provvedimento non si pone in rapporto di consequenzialità necessaria con la conclusione dell'accordo, e che l'atto produttivo di effetti pregiudizievoli definitivi nei confronti dei terzi è comunque il provvedimento verso il quale dovranno pertanto indirizzarsi i poteri di autotutela dell'amministrazione.

In corrispondenza dell'esercizio, da parte della P.A., del potere-dovere di recedere dall'accordo sorge un diritto del contraente privato ad essere indennizzato dei pregiudizi verificatesi in suo danno per effetto del pur legittimo recesso. Più esattamente, presupposti del diritto alla liquidazione dell'indennizzo sono l'accordo da un lato e il recesso dall'altro, purché legittimamente esercitato³⁵.

La precisazione è necessaria in quanto nel nostro ordinamento la figura dell'indennizzo si connette a fattispecie di responsabilità per fatto dannoso non illecito (la cd responsabilità da atto lecito, articolo 2045 e 2047 c.c.) ed alla regola non fa eccezione l'obbligo indennitario posto a carico della P.A. ai sensi dell'art. 11, comma 4. Ne consegue che il privato ha diritto al risarcimento in casi di recesso illegittimamente praticato, essendo diverso il titolo della responsabilità gravante sull'amministrazione. La previsione di un indennizzo a favore del privato costituisce una diversità sostanziale con il recesso dagli accordi, ed col recesso privatistico dal contratto in relazione al quale è rimessa alle parti la previsione di un corrispettivo liberamente pattuito avente la funzione di prezzo versato da una parte o da entrambe per vedersi attribuita la facoltà di sciogliersi unilateralmente dal vincolo negoziale. Mentre l'indennizzo ha la funzione di elidere le conseguenze negative dell'esercizio di un potere che può essere esercitato anche in costanza di esecuzione dell'accordo. Fino a che punto spingere l'ammontare dell'indennizzo o pregiudizio del privato è stato interrogativo che ha condotto taluni a configurare lo stesso alla stregua di un risarcimento, da commisurarsi alle voci di danno verificabili nella fattispecie concreta. Più aderente al dato letterale della norma ed alla collocazione sistematica del recesso della P.A. nell'area della responsabilità da atto lecito è però la posizione di chi tende a svincolare l'obbligazione indennitaria dalla dimensione del risarcimento del danno ingiusto, riportando a quest'ultimo ambito la diversa ipotesi della responsabilità da recesso illegittimo, dalla quale altrimenti il recesso lecito non sarebbe più distinguibile. La preferenza per l'opzione che distingue l'indennizzo dal risarcimento non risolve la quantificazione, sulla quale la legge tace. E comunque

³⁵ Consiglio di Stato , sezione IV, 4 febbraio 2004, 390 in *Foro amm. CDS* 2004, 381;; T.A.R. Lazio - Roma, 3 marzo 2006, 1645 in *Foro Amm. TAR*, 2006, 3, 992.

deve riguardare il danno emergente (nozione che ricomprende le spese ed i maggior costi sostenuti in funzione dell'esecuzione dell'accordo, la perdita di occasioni favorevoli e le diminuzioni patrimoniali patite dal privati per dipendenza causale dal recesso; più complessa l'individuazione del mancato guadagno ed in particolare dell'utile che il privato avrebbe conseguito in caso di integrale esecuzione). Conclusivamente, deve affermarsi che la quantificazione è rimessa ad apprezzamenti equitativi, mediati dall'utilizzazione di criteri di massima prestabiliti ma da adattare di volta in volta alle caratteristiche del caso concreto.³⁶

4. 1- Il recesso illegittimo della PA

Se il corretto esercizio del potere di recedere dall'accordo genera, in capo al privato, il diritto all'indennizzo previsto dal 4 comma dell'art. 11, lo scorretto esercizio del medesimo potere fa invece nascere il diritto al risarcimento del danno, allo stesso modo dell'inadempimento colpevole, cui è, in definitiva, assimilabile: il risarcimento ha per contenuto il pregiudizio patito dal privato nella sua interesse e non soffre le mitigazioni che si sono evidenziate relativamente all'indennizzo.

Come rilevato in giurisprudenza, una volta che l'amministrazione abbia posto in essere il recesso, il privato ha il potere di provocare il sindacato giurisdizionale facendo valere anche gli impegni contrattualmente assunti dall'amministrazione; qualora il giudizio si concluda con il riconoscimento della legittimità dell'atto impugnato il contratto dovrà considerarsi risolto, mentre qualora l'esito del giudizio sia nel senso dell'illegittimità del provvedimento, all'annullamento di quest'ultimo farà seguito il risarcimento del danno.

Perché il risarcimento possa considerarsi lecito, dal punto di vista civile, occorre che il sottostante provvedimento che ha reso ineseguibile l'obbligazione risulti legittimo dal punto di vista amministrativo. Se il provvedimento sottostante è

³⁶ Cassazione civile 21 luglio 2003, n. 11322, in *Foro it.* 2004, I, 155 “*posto che la chance è un'entità patrimoniale, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione, la sua perdita configura un danno attuale e risarcibile a condizione che il soggetto che agisce per il risarcimento ne provi la sussistenza.*”

