

Contratti, conferenze di servizi e accordi della p.a. con altre p.a. e privati

Con la legge generale sul procedimento amministrativo, all'articolo 11 (l.n.241/1990), vengono per la prima volta disciplinati gli accordi, distinguendosi tra accordi integrativi e accordi sostitutivi di provvedimento.

I primi sono quelli conclusi tra l'amministrazione e "gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale", mentre i secondi sono emanati "in sostituzione di questo".

Le altre regole contenute nella disciplina di cui all'articolo 11, nella sua versione originaria, sono:

1. gli accordi devono essere stipulati, a pena di nullità, per atto scritto;
2. che ad essi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti "in quanto compatibili";
3. che, per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, l'amministrazione può recedere unilateralmente dall'accordo, salvo l'obbligo di provvedere alla corresponsione di un indennizzo per i pregiudizi verificatisi in danno del privato;
4. che le controversie in materia di formazione conclusione ed esecuzione degli accordi sono riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Tutti i commentatori al primo apparire della norma, hanno osservato che il legislatore era stato, tuttavia, troppo timido nell'affermare i nuovi principi.

La riprova era data proprio dal fatto che esso aveva inserito tra gli strumenti a disposizione dell'amministrazione i cosiddetti accordi sostitutivi, però ne aveva consentito l'uso solo nei casi previsti dalla legge.

Successivamente, la legge n.15 del 2005, nell'introdurre modifiche notevoli alla legge n. 241 del 1990, interviene in maniera vistosa anche sull'articolo 11, stabilendo: la soppressione dell'inciso in base al quale gli accordi sostitutivi erano ammessi nei soli casi previsti dalla legge;

- al comma 1 bis, che il responsabile del procedimento, al fine di favorire la conclusione degli accordi può predisporre un calendario di incontri, cui invita il destinatario del provvedimento e gli eventuali contro interessati;

-che, al comma 4 bis, a garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, gli accordi debbono essere sempre preceduti da una "determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento".

Il problema della natura giuridica degli accordi

La dottrina si è molto soffermata sulla natura giuridica degli accordi, anche dopo la

riforma del 2005.

Essa sembra dividersi in due filoni fondamentali: quello **privatistico** e quello pubblicistico.

È noto che, secondo una teorica, denominata **panprivatistica**, gli accordi di cui all'articolo 11 non sono niente altro che contratti di diritto privato comune, in cui le amministrazioni dismettono il proprio potere pubblico, assoggettandosi alle regole e ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti. L'individuazione della natura giuridica contrattuale determina il regime giuridico applicabile, ossia quello proprio di tutti i soggetti dell'attività giuridica.

Tuttavia, tale teorica omette di considerare che la norma adotta una duplice cautela, nell'ammettere l'uso dello strumento consensuale, laddove stabilisce che le norme civilistiche sono applicabili "ove non diversamente previsto" ed "in quanto compatibili".

La tesi non sembra tenere adeguatamente conto del fatto che tendenzialmente ogni atto dell'amministrazione pubblica è in funzione del perseguimento del pubblico interesse e quindi tutto ciò che essa compie diventa rilevante alla luce del principio di legalità.

Più rispettosa di quanto testè affermato è la tesi secondo cui gli accordi sarebbero da ricondurre alla già individuata categoria dei contratti di diritto privato speciale, dove vive un'autonomia ristretta e l'amministrazione non perderebbe mai il potere pubblico, e quindi la capacità di unilateralmente incidere sul rapporto. Anche secondo questa impostazione la normativa applicabile sarebbe tendenzialmente quella privatistica.

Tesi pubblicistica

Secondo altra impostazione l'accordo si risolve in un **contratto di diritto pubblico** in cui vi è la compresenza di provvedimento e contratto, la materia regolata è di tipo pubblicistico, i vizi sono quelli propri dell'atto amministrativo. Quindi la disciplina privatistica è puramente aggiuntiva rispetto a quella pubblicistica.

Secondo questa impostazione l'ordinamento non consente la piena fungibilità fra potestà amministrativa ed autonomia privata, poiché anche quest'ultima incontra i medesimi limiti cui soggiace il potere amministrativo.

In proposito una dottrina attenta (G. GRECO, *Commento all'art. 11, in AAVV*,

L'azione amministrativa, Milano, 2005) osserva che il quadro offerto dalla normativa non consente una prospettazione di una teorica diversa da quella del contratto di diritto pubblico.

Infatti gli accordi, siano essi sostitutivi o integrativi sono disciplinati allo stesso modo e quindi hanno la stessa natura.

Hanno ad oggetto un provvedimento e quindi sono il risultato dell'esercizio di potere amministrativo, rispetto al quale è predicabile il vizio di eccesso di potere.

Dall'osservazione del diritto positivo si ricava facilmente che la disciplina privatistica è solo integrativa ed aggiuntiva, atteso che le norme pubblicistiche prevalgono sia nella fase dell'esecuzione, sia nel regime del recesso, sia nell'esercizio dello *ius variandi* e dell'annullamento d'ufficio. Inoltre, non senza importanza è l'inclusione nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie in materia di accordi.

La tesi del contratto di diritto pubblico, o comunque la cosiddetta **tesi pubblicistica**, sembra essere quella posta a base della sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale, laddove - nel ritenere non consentito dal nostro ordinamento estendere la giurisdizione amministrativa esclusiva a tutte le condotte paritetiche (ossia privatistiche) della pubblica amministrazione e che anche nella materia esclusiva il sindacato riguarda l'azione autoritativa della pubblica amministrazione - **considera espressamente l'accordo**, ai sensi dell'articolo 11 legge n. 241/1990 **come un semplice strumento sostitutivo del modello autoritativo classico**.

Esso presuppone l'esistenza del potere autoritativo, in quanto solo così si giustifica la giurisdizione esclusiva prevista nel medesimo articolo, estensibile anche alla fase esecutiva dell'accordo.

L'impostazione appare confermata dalla legge di riforma n. 15 del 2005, laddove viene introdotto un **regime, in materia di recesso dai contratti della pubblica amministrazione in generale**, profondamente diverso dal recesso dagli accordi di cui all'articolo 11.

Infatti il **recesso dai contratti della pubblica amministrazione è ammesso nei casi previsti dalla legge o dal contratto**, mentre il recesso dall'accordo costituisce un potere generale, esplicativo della potestà di autotutela, che non necessita di una previsione espressa e comporta un obbligo di indennizzo simile a quello previsto per la revoca prevista dall'articolo 21 quinquies della legge n. 241 del 1990.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato sembra avere ricostruito l'istituto secondo la logica che si tratterebbe di un **contratto in cui l'amministrazione può esercitare un'autonomia limitata** (Cons. Stat., 15 maggio 2002 n. 2636).

L'impostazione viene confermata dall'estensore della sentenza indicata in uno scritto (G: MONTEDORO, *La nuova disciplina degli accordi, in /, voce documentazione*), in cui, **valorizzandosi al massimo grado** la riforma dell'articolo 11 della legge n. 241 del 1990 apportata dalla legge n. 15 del 2005, e in particolare **la previsione della necessaria previa determinazione a procedere mediante lo strumento consensuale e della calendarizzazione degli incontri con l'interessato da parte del responsabile del procedimento, riconduce gli accordi ai contratti, anche se di diritto privato speciale; speciale, solo per via del contenuto pubblicistico della materia regolata.**

La struttura e le condizioni di efficacia dell' accordo di diritto pubblico.

Gli elementi che compongono la struttura dell'accordo di diritto pubblico debbono essere ricavati sia dall'articolo 11 della legge n. 241 del 1990 e sia dall'articolo 1325 del codice civile.

Essi sono agevolmente individuabili:

- a) nel consenso delle parti;
- b) nell'oggetto;
- c) nella forma scritta;
- d) nel perseguimento del pubblico interesse.

E' sufficiente osservare che la forma della manifestazione del consenso è legata alla natura del soggetto, a seconda che sia pubblico o privato; che l'oggetto può essere costituito da obbligazioni di diritto privato o da obblighi di tipo pubblicistico.

Da esaminare il problema degli **effetti dell'accordo rispetto ai terzi**.

L'articolo 11, comma 1, della legge n. 241 del 1990 stabilisce espressamente che l'amministrazione può concludere accordi **"senza pregiudizio dei diritti dei terzi"**.

Allo stato la dottrina sembra dividersi in **due** orientamenti:

- a) quella che, ritenendo la natura pubblicistica degli accordi, fa discendere direttamente dall'inciso di legge la limitazione degli effetti ai soli sottoscrittori dell'accordo, con la conseguenza che la sua inosservanza genera in ogni caso illegittimità, tutelabile innanzi al giudice amministrativo entro il termine

decadenziale;

- b) quella che, sostenendo la natura privatistica degli accordi, ritiene che **l'inosservanza del precetto conduce, in caso di accordo integrativo, alla nullità dello stesso per violazione di norme imperative di legge**, ai sensi dell'art. 1418 del codice civile, mentre nel caso di accordo sostitutivo la sanzione sarà quella dell'inefficacia rispetto ai terzi degli effetti negativi, ai sensi degli artt. 1372 e 1411 del codice civile.

Vi è giurisdizione esclusiva anche quando ad impugnare l'accordo siano i terzi, dato che comunque **essi subiscono concreto nocumento solo quando vi è l'esecuzione dell'accordo**, che, in virtù dell'articolo 11, comma 5, della legge n. 241 del 1990, rientra pacificamente in quella giurisdizione.

L'inadempimento dell'accordo e la tutela giurisdizionale

Anche a proposito della patologia dell'accordo, la dottrina, oscillando tra coloro che ne ravvisano la **natura pubblicistica** e coloro che ne ravvisano la natura privatistica, si divide tra **i primi, che ritengono gli strumenti di tutela siano gli stessi del provvedimento amministrativo**, e i secondi, che ritengono siano gli stessi del contratto.

L' accordo si atteggia a **strumento neutro**, con il quale si può conseguire lo stesso risultato che si può ottenere con il contratto o con il provvedimento.

Da ciò discende che, non avendo la legge previsto - tranne il recesso per ragioni di pubblico interesse - strumenti di tutela specifici, essi non potranno che essere gli stessi dell'uno o dell'altro, **a seconda del concreto contenuto dell'accordo**.

In tal caso il giudice dovrà muoversi alla luce sia:

- del **principio costituzionale della effettività della tutela** e quindi accordare lo strumento più adatto a far conseguire il bene della vita al soggetto adempiente;
- della regola che **anche l'amministrazione**, una volta concluso l'accordo, **è sottoposta al vincolo giuridico che da esso nasce**, ed è tenuta all'adempimento dell'obbligo suo proprio.