

PREMESSA

A trent'anni dall'entrata in vigore della legge sul procedimento amministrativo, gli accordi di cui all'art. 11 della legge 7 agosto n. 241 del 1990 rimangono un istituto problematico, fonte di grandi dibattiti dottrinali e oggetto di ampie oscillazioni giurisprudenziali.

E ciò non può certo stupire, se si considera che la figura degli accordi amministrativi rappresenta una linea di confine, una sorta di frontiera tra territori giuridici governati da leggi e principi molto diversi e, per certi aspetti, opposti.

Eppure, a dispetto della relativa giovinezza della legge sul procedimento e della difficoltà di conciliare paradigmi concettualmente distanti, le pubbliche amministrazioni hanno sempre fatto ricorso ad “accordi” e più in generale a strumenti di amministrazione consensuale, e ciò ha dato vita al lungo dibattito sull'ammissibilità della figura del “contratto di diritto pubblico”, ovvero, per usare le parole di Mario Nigro, che indubbiamente diede il principale contributo all'introduzione degli accordi nel nostro ordinamento, un “*contratto avente per oggetto proprio lo svolgimento o il non svolgimento di funzioni pubbliche*”¹, e dunque una “*categoria di convenzioni in cui sia dedotto in obbligazione l'esercizio stesso della potestà amministrativa*”².

E si tratta di dibattito mai realmente sopito, considerato che, nonostante la legge 7 Agosto, n. 241 del 1990 abbia dato un fondamento di diritto positivo a gli accordi amministrativi, ancora oggi vi è chi autorevolmente dubita dell'ammissibilità teorica del contratto di diritto pubblico come sopra inteso, riconducendo tali accordi alla consueta e più sperimentata categoria del contratto di diritto privato.

Posto che sia la soluzione positiva sia quella negativa alla questione dell'esistenza del contratto di diritto pubblico sono teoricamente ammissibili e storicamente verificate, e considerato che non sembra possibile stabilire aprioristicamente quale sia l'impostazione “migliore”, l'obiettivo che questo lavoro si propone è, in primo luogo, quello di illustrare, pur senza pretesa di completezza, i principali orientamenti dottrinali sull'argomento e di considerare quale soluzione si adatti al meglio al nostro ordinamento giuridico, considerando quindi il problema non in un'ottica dogmatica ma di diritto positivo;

¹ Nigro, *Conclusioni*, in Masucci (a cura di), *L'accordo nell'azione amministrativa*, in *Quaderni del Formez*, Roma, 1988, p. 86

² Nigro, *Conclusioni*, *cit.*, p. 86

nel fare ciò, si farà ampio riferimento al pensiero di Guido Greco, cercando il più possibile di verificarne la tenuta nel tempo attraverso l'analisi dell'evoluzione giurisprudenziale.

In secondo luogo, in base alle conclusioni che si riterrà di aver raggiunto rispetto alla natura dell'istituto, si tenterà di fornire una ricostruzione coerente della disciplina applicabile alle diverse ipotesi in cui gli accordi presentino profili di disfunzionalità:

innanzitutto, si analizzeranno i casi di invalidità degli accordi amministrativi, dal momento che quello della patologia degli accordi tra amministrazioni e privati rappresenta un ambito in cui emerge in maniera dirompente la difficoltà di stabilire i confini di applicazione tra diritto pubblico e diritto privato;

a seguire, si affronterà da diversi angoli prospettici la delicata e ricorrente problematica del temperamento e bilanciamento di esigenze contrapposte.

A tal proposito, si analizzeranno in primo luogo i problemi posti dalla convivenza nel medesimo istituto di due logiche molto diverse, quali il rispetto del principio di tipicità e la possibile previsione nel contenuto dell'accordo di prestazioni corrispettive pattuite dalle parti, secondo la logica della sinallagmaticità, propria dell'universo contrattuale.

In particolare, si cercherà di capire in quale misura i fondamentali principi di legalità e tipicità esercitino la propria influenza sull'attività amministrativa consensuale, e di analizzare i rapporti di forza intercorrenti tra le pubbliche amministrazioni e i soggetti privati nell'ambito della negoziazione del contenuto dell'accordo.

Infine, si tenterà di fornire una ricostruzione del rapporto tra il vincolo permanente al perseguimento dell'interesse pubblico e l'inesauribilità del potere amministrativo, da un lato, e le esigenze di stabilità, certezza e tutela del legittimo affidamento dei privati, dall'altro.

Nell'analisi di queste tematiche si farà sempre riferimento alla giurisprudenza, per cercare di stabilire se sia individuabile una direzione prevalente della stessa rispetto alle citate esigenze confliggenti.

Preliminarmente all'analisi di tutti gli argomenti proposti, si cercherà di fornire una breve ricostruzione della storia dell'amministrazione consensuale prima della legge sul procedimento amministrativo e dei principali sviluppi dottrinali e giurisprudenziali in proposito, per poi analizzare la norma fondamentale sugli accordi, l'art. 11 della Legge 7 agosto 1990, n. 241, e l'evoluzione della stessa attraverso le sue successive modifiche.

CAPITOLO INTRODUTTIVO

1-Brevi cenni storici sullo “stato” dell’amministrazione consensuale prima della l. 241/90

La presenza di caratteri in senso lato consensuali nell’attività amministrativa è un fenomeno molto risalente nel tempo, certamente precedente alla nascita dei primi apparati amministrativi intesi come sistemi di diritto particolare, speciali e autonomi rispetto all’ordinamento generale.

L’elaborazione di un sistema di tal fatta prende avvio alla fine dell’Ottocento, grazie alla Scuola italiana di diritto pubblico il cui principale esponente fu Vittorio Emanuele Orlando e, successivamente, ai suoi allievi: in particolare, si deve a Santi Romano³ e a Ranelletti⁴ l’affermazione dell’idea che la pubblica amministrazione operi in un sistema proprio, caratterizzato da principi e regole diversi da quelli del diritto comune, e in cui essa si trova ad emanare atti in una posizione di supremazia rispetto al cittadino.

Ma ben prima di allora esisteva in Italia un’attività amministrativa “per contratti”⁵ non limitata alla stipulazione di contratti di diritto privato tra amministrazioni e cittadini, negozi di chiara matrice codicistica stipulabili da qualunque privato, ma estesa anche a quei rapporti in cui vi era una rilevante componente pubblicistica.⁶

Se già prima dell’unità il fenomeno era storicamente noto, è però solo tra la fine dell’Ottocento e l’inizio del Novecento che assunse una rilevanza senza precedenti, con la concessione a impresari privati della gestione di settori fondamentali di attività e servizi pubblici quali i trasporti o le forniture di energia e le comunicazioni.

³ Santi Romano, *Principii di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1901, p. 3 ss.

⁴ Ranelletti, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. It.*, XLVI, 1894, IV, p. 7 ss.

⁵ In proposito già Mantellini, *Lo Stato e il codice civile*, Vol. II, Firenze, 1882, p. 353, osservava che “*sia che lo Stato ordini, agisca o provveda, sia che lo Stato contratti, non cambia natura e non cambia fine*”

⁶ In questo senso Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, p. 11 ss., riguardo all’abitudine delle amministrazioni in epoca preunitaria di stipulare non solo “*contratti ‘strumentali’ alle finalità pubbliche (e tali da poter essere tendenzialmente inquadrati tra i contratti di diritto privato, a cominciare dagli appalti di lavori e dalle forniture), ma anche di contratti in cui si poteva facilmente rinvenire la presenza di poteri pubblicistici*”

Anche in epoca più recente, quando tali fenomeni avevano ormai perso il carattere di novità, la loro rilevanza non è certo venuta meno, al punto che Mario Nigro, “padre” dell’istituto che costituisce l’oggetto di questo lavoro, osservava che *“anche se manca una norma che autorizzi in generale l’amministrazione a concludere accordi (...) non c’è dubbio che nell’attività amministrativa gli accordi dilagano e così abbiamo convenzioni urbanistiche, contratti di finanziamento, convenzioni sanitarie, convenzioni scolastiche, accordi di lavoro, accordi organizzativi, ecc.”*⁷.

Oltre alla necessità di provvedere ai grandi bisogni collettivi caratteristici della modernità, fu soprattutto la questione del riparto di giurisdizione sulle relative materie ad attirare l’attenzione su tali rapporti convenzionali.

Dopo il loro assoggettamento alla giurisdizione ordinaria e agli schemi del diritto comune, l’istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato nel 1889 e il ripristino della giurisdizione amministrativa riproposero il problema della giurisdizione di questi istituti di difficile inquadramento, in quanto caratterizzati da una fisionomia diversa da quella tipica dell’atto amministrativo unilaterale ma nemmeno assimilabili al contratto di diritto privato.

In questo ambito si è creato un ambiente favorevole alle prime teorizzazioni di un nuovo istituto, che diedero vita al dibattito sull’ammissibilità teorica della figura del contratto di diritto pubblico.

Uno dei primi Autori a favore della configurazione di una nuova figura *latu sensu* contrattuale fu Ugo Forti, il quale, nell’analizzare le concessioni di servizi pubblici e l’obbligo di gestione che ne deriva in capo al privato, osservava che tale obbligo di gestione doveva necessariamente derivare da un atto del concessionario, con il quale lo stesso consapevolmente e volontariamente lo assumeva, non potendo tale obbligazione essere semplicemente imposta dall’amministrazione, e giungeva quindi alla conclusione che fossero rinvenibili in tale rapporto dei connotati chiaramente contrattuali.⁸

Inoltre, Forti non osservava solo che si trattava di rapporto dalla veste contrattuale, ma anche che in tale rapporto l’amministrazione agiva esattamente come tale, in veste di amministrazione, e dunque in una posizione di supremazia rispetto al privato cittadino, ritenendo impensabile che *“il contratto portasse necessariamente dietro di sé, nel campo del diritto pubblico, tutte quelle norme da cui è regolato nel diritto privato”*, ma allo stesso tempo non considerando tale posizione di primazia dell’amministrazione impeditiva di una situazione di bilateralità e della formazione di obbligazioni reciproche⁹.

⁷ Nigro, *Conclusioni*, cit., p. 85

⁸ Forti, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giu. It.*, 1900, IV, c. 394 ss., parla di “fisionomia giuridica di una forma contrattuale”, di “*do ut des*” e di evidente bilateralità.

⁹ Forti, *op. cit.*, c. 400 ss.

Non è sorprendente che a porsi in contrasto con la posizione di Forti furono proprio quegli autori che contribuirono maggiormente a disegnare l'immagine di un sistema amministrativo "speciale" e ontologicamente lontano dal diritto comune, specie Ranelletti e Cammeo, e che oggi sono indicati da alcuni Autori come i primi e più importanti interpreti della tesi anticontrattualistica, fermamente convinti dell'erroneità della definizione di tali rapporti come contrattuali.

In particolare, Cammeo definì addirittura ripugnante l'idea che un'ampia categoria di atti amministrativi quali autorizzazioni, concessioni, ordini e nomine in istituti pubblici potessero essere definite contrattuali¹⁰.

Ranelletti, dal canto suo, sosteneva soprattutto l'impossibilità che dichiarazioni di volontà di diversa natura quali quelle dell'amministrazione e del privato potessero concorrere a formare un unico atto.

Muovendo dalla considerazione che l'amministrazione *"ha per fine diretto della propria attività l'interesse pubblico, e che quindi opera come autorità, secondo le norme del diritto pubblico"* egli attribuiva agli atti di concessione la natura di *"atti di impero"* e conseguentemente considerava impossibile che alla formazione di tali atti concorresse anche il privato, privo delle prerogative proprie di un'autorità.

Ranelletti, dunque, con grande lungimiranza, coglieva esattamente il centro del problema osservando che *"se si dice che ognuna delle parti dichiara la propria volontà come può, il privato come tale, l'amministrazione pubblica come tale, e che l'atto di concessione è il risultato dell'incontro e dell'unione di queste due dichiarazioni, si va incontro alla difficoltà o di dover ammettere l'esistenza di un atto di natura pubblica e privata insieme, secondochè lo si guarda dal punto di vista del privato o dell'ente pubblico"*, opzione che l'Autore riteneva inaccettabile, oppure *"di dover ammettere l'esistenza di un atto di natura né pubblica né privata, ma ibrida, l'esistenza, cioè, di un frutto ibrido dell'unione di due atti di natura diversa, ed a ciò a me pare che non si debba giungere, finché un'espressa disposizione di legge non ci obblighi ad ammetterlo"*¹¹.

Proprio qui sta il cuore della questione (che si affronterà più nel dettaglio nel capitolo dedicato alla natura giuridica degli accordi amministrativi), cioè nel fatto che, oggi, si ritiene che una norma di tal fatta esista e sia rinvenibile nell'art. 11 della legge sul procedimento amministrativo.

¹⁰ Cammeo, *La volontà e i rapporti di diritto pubblico (Contratti di diritto pubblico)*, (Prolusione ad un corso libero di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione nella R. Università di Pisa per l'anno 1899-1900), in *Giur. It.*, 1900, IV, c. 1 ss., ove afferma che *"ripugna al tradizionale senso comune giuridico concepire come contrattuali quasi tutti gli atti che ho sopra enumerato (fra gli altri: ordini, autorizzazioni, concessioni, ammissioni in istituti pubblici, nomina di impiegati pubblici), né deve mai nella scienza affermare leggermente ciò che al senso della comune degli uomini troppo profondamente ripugna"*

¹¹ Ranelletti, *op. cit.*, cc. 7-83

Ai tempi e nel contesto culturale dell'Autore, la conclusione non poteva che essere diversa, e cioè che *“in ogni concessione, la quale porti con sé degli obblighi pel concessionario, abbiamo due negozi giuridici, che sorgono in due momenti diversi, ognuno con vita propria”*.¹²

Nella concezione di Ranalletti, dunque, era da escludere categoricamente che le dichiarazioni di volontà della parte pubblica e del privato potessero concorrere a dare vita ad una fattispecie unitaria.

L'orientamento che di lì a poco sarebbe prevalso, destinato a diventare maggioritario e molto longevo, propendeva tuttavia per la soluzione opposta.

La c.d. concezione dualistica, anticipata da qualche voce in dottrina¹³, anch'essa alternativa e, in un certo senso, distante dalla tesi del contratto di diritto pubblico, e che trovò ampio riscontro in giurisprudenza a partire dai primi decenni e nell'arco di tutto il Novecento, faceva salva l'idea che la concessione fosse costituita da due atti giuridici distinti, ma affermava decisamente che tali atti, pur nella loro diversità, concorressero a formare una fattispecie unica in cui un contratto di diritto privato si affiancava ad un provvedimento unilaterale.

Di fondamentale importanza in quest'ottica fu la sentenza della Corte di Cassazione 12 gennaio 1910, in cui si affermava, con riguardo ai rapporti di concessione, come apparisse *“più conforme alla loro nozione considerare l'atto di concessione in due momenti giuridici. Nel primo momento può scorgersi la determinazione della volontà dello Stato (...) è un atto di sovranità dello Stato che si concreta nella concessione. Ma in un secondo momento l'amministrazione dello Stato, regolando il suo atto di concessione, entra in rapporti di obbligazione col concessionario; e fra l'uno e l'altro si stabiliscono le condizioni, le modalità, il prezzo: si opera cioè una vera e propria stipulazione di contratto”*¹⁴.

Queste idee furono sviluppate, tra gli altri¹⁵, soprattutto da Massimo Severo Giannini, il quale propose l'estensione del modello c.d. “a doppio

¹² Ranalletti, *op. cit.*, cc. 7-83

¹³ Ad esempio, da Giorgi, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, Vol. II e III, Firenze, 1891-1892, p. 341 ss. e 461 ss.

¹⁴ Oltre alla citata Cass., Roma, 12 gennaio 1910, in *Riv. dir. comm.*, 1910, p. 248; anche Cass., Roma, 9 febbraio 1918, in *Foro it.*, 1918, p. 487; Cass., Roma, 20 febbraio 1925, in *Foro it.*, 1925, p. 591

¹⁵ Alla concezione dualistica hanno apportato grandi contributi soprattutto: P. Virga, *Contratto (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, vol. IX, Milano, 1961, p. 979 ss., il quale respingeva l'ammissibilità del contratto di diritto pubblico sulla base del rilievo che *“non si può avere un incrocio contrattuale di facoltà eterogenee e precisamente, da un lato, di diritti soggettivi dei privati e, d'altro lato, di pubbliche potestà”*; F. Gullo, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965, p. 280, partendo dal presupposto che una figura contrattuale comporti necessariamente la stabilità totale del rapporto costituito, e, di conseguenza, *“la perdita di ogni possibilità di disposizione non espressamente considerata, che non si attui per mutuo consenso tramite nuovo incontro delle volontà delle parti in tutto equivalente – ad eccezione del contenuto – a quello sostanziale l'originario negozio”*, osservava che tale perdita di possibilità di disposizione unilaterale

grado” anche al di là dell’ambito delle concessioni, tale da ricomprendere tutti i rapporti tra amministrazioni e privati attinenti ad oggetti pubblici¹⁶.

Per Giannini tutti tali rapporti potevano essere concepiti come una fattispecie composita, caratterizzata dalla compresenza di un provvedimento amministrativo e un negozio di diritto privato, autonomi, svolgenti ciascuno la propria funzione e soggetti alla propria rispettiva disciplina giuridica, eppure collegati¹⁷ da quello che alcuni Autori definiscono un vincolo di presupposto e conseguenza¹⁸, dato che il venir meno del provvedimento comporta l’estinzione del contratto^{19 20 21}.

Assumendo come premessa la possibilità che tra amministrazione e privati “*possano intercorrere dei rapporti alla base dei quali vi è – si può dire in senso latissimo – un concorso di volontà*”²², l’Autore afferma che “*le fattispecie globali in cui essi si pongono sono composte di contratti e di provvedimenti amministrativi insieme: il modo in cui si collegano contratto e provvedimento distingue i diversi tipi di questi contratti*”²³, i quali “*hanno un ‘oggetto pubblico’, di cui solo l’amministrazione pubblica ha potere di disporre, perché oggetto di potestà amministrativa pubblica*”²⁴.

Tali contratti ad oggetto pubblico sono suddivisi dall’autore in tre sottocategorie, nelle quali il carattere dualistico della fattispecie appare via via sempre meno marcato.

La prima categoria è quella dei contratti accessivi necessari, in cui “*il provvedimento amministrativo è accompagnato dal contratto, che non può non esserci: il rapporto che nasce dal provvedimento, per la particolare ricchezza di aspetti che presenta, è disciplinato mediante lo strumento contrattuale*”²⁵.

In tale categoria rientrano in particolare le concessioni di beni e di servizi pubblici, in cui “*se non vi fosse il rapporto contrattuale accanto a quello amministrativo, la materia del primo dovrebbe essere disciplinata interamente da clausole del provvedimento. Senonché se ciò è possibile, e*

comportava la “*piena disponibilità delle parti*” riguardo all’oggetto del contratto, e giungeva per tale via alla negazione dell’ammissibilità del contratto di diritto pubblico;

¹⁶ Giannini, *L’attività amministrativa*, Roma, 1962, p. 26

¹⁷ In questo stesso senso sempre la già citata sentenza della Corte di Cassazione del 12 gennaio 1910 affermava che “*Considerati analiticamente sono nella loro essenza due negozi distinti, che si congiungono*”

¹⁸ Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, p. 17

¹⁹ Greco, *Op. cit.*, p. 17

²⁰ Bruti Liberati, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazioni e privati*, Milano, 1996, p. 8

²¹ In tal senso in giurisprudenza Cass., III, 12.6.1963, n. 1575, in *Giust. civ.* 1964, p. 384; Cons. Stato, IV, 19.1.1988, n.11, in *Foro Amm.*, 1988, p. 35

²² Giannini, *Corso di diritto amministrativo*, III, 2, *L’attività amministrativa*, Milano, 1967, p. 98

²³ Giannini, *Op. ult. Cit.*, p. 100

²⁴ Giannini, *Op. ult. Cit.*, p. 101

²⁵ Giannini, *Op. ult. Cit.*, p. 103

avviene, nelle concessioni ad effetti patrimoniali semplici, non può avvenire nelle concessioni ad effetti patrimoniali non semplici, poiché le norme non possono prevedere la varietà di circostanze che si presentano nella realtà” e perciò, prosegue l’Autore, la necessità del collegamento tra i due atti sta nel fatto che *“adottandosi lo strumento contrattuale, la disciplina della materia viene ad essere rimessa alla volontà delle parti, onde, nei limiti delle norme imperative, l'autorità da un lato e il privato dall'altro possono ciascuno ottenere il consenso della controparte su clausole che non si saprebbe come stabilire altrimenti”*²⁶.

E tale collegamento tra provvedimento e contratto, come si è anticipato, comporta che *“Il primo condiziona l'esistenza del secondo, ma non viceversa; non ne condiziona invece la validità, in quanto ciascuno dei due atti ha un proprio ordine di validità, che non ha punti di contatto se non quando l'invalidità del provvedimento fa mancare la condizione di esistenza del contratto”*²⁷.

Dunque, dall'annullamento del provvedimento deriva l'invalidità derivata del contratto, mentre l'annullamento del contratto non comporta perdita di validità del provvedimento.

La ricostruzione appena tracciata si adatta perfettamente anche alla seconda categoria di contratti ad oggetto pubblico teorizzata da Giannini, ossia quella dei contratti ausiliari di provvedimenti.

Questi ultimi, infatti, si distinguono dai contratti accessivi necessari per il fatto che, in questa seconda categoria, la presenza del contratto non è necessaria ma eventuale, facoltativa, in quanto gli stessi effetti potrebbero essere realizzati anche solo tramite provvedimento, pur con un risultato leggermente meno vantaggioso rispetto a quello che si sarebbe ottenuto con il contratto.

Ma a parte tale differenza, il collegamento tra provvedimento ed eventuale contratto è il medesimo.

Per quanto riguarda invece la terza subcategoria dei contratti ad oggetto pubblico immaginati da Giannini, le cose stanno in maniera alquanto diversa.

Tale ultima categoria riguarda i contratti sostitutivi di provvedimenti, che *“prendono interamente il luogo di provvedimenti”*²⁸, e nel cui ambito *“l'amministrazione si pone su un piede di parità con l'imprenditore privato, ma conserva anche la qualità di autorità amministrativa titolare di potestà. Essa può quindi intervenire, esercitandole, quando il privato non adempia o adempia malamente, e, come nei contratti ad evidenza pubblica, conserva sempre dei poteri come autorità, indipendenti dal rapporto contrattuale”*²⁹.

²⁶ Giannini, *Op. ult. Cit.*, p. 106

²⁷ Giannini, *Op. ult. Cit.*, p. 105

²⁸ Giannini, *Op. ult. Cit.*, p. 112

²⁹ Giannini, *Op. ult. Cit.*, p. 113

Ora, come correttamente ha osservato Greco³⁰, in quest'ultima categoria il carattere dualistico è pressoché assente.

Si ha, invece, un solo atto a determinare l'assetto dei rapporti tra amministrazione e privato, ossia il contratto; e ciò induce l'autore a ritenere che in questa subcategoria di contratti ad oggetto pubblico si possano scorgere i connotati del contratto di diritto pubblico, del quale si passerà a parlare a breve³¹.

Per quanto riguarda più in generale la costruzione dualistica, essa aveva evidenti pregi e la sua raffinatezza è stata ampiamente riconosciuta in dottrina.

Il suo punto di forza stava soprattutto nella capacità di conciliare esigenze contrapposte come quella di assicurare, da un lato, che l'amministrazione conservasse i propri poteri unilaterali tipici del provvedimento unilaterale e, dall'altro, una certa stabilità all'assetto contrattuale così creato e, dunque, una qualche tutela all'affidamento del privato.

In questo modo, mentre si garantiva all'amministrazione quella posizione di supremazia e privilegio derivante dai pubblici poteri di cui essa è titolare in funzione del perseguimento dell'interesse pubblico, allo stesso tempo si metteva al riparo l'interesse privato garantendogli alcune delle tutele previste dal codice civile.

Quest'ultima esigenza, del resto, era chiaramente percepita dalla giurisprudenza già all'inizio del secolo scorso, come dimostra ad esempio la sentenza della Corte di Cassazione 27 settembre 1915 in cui ragionevolmente si afferma che, senza tale garanzia, *“nessuno si indurrebbe a chiedere la concessione stessa e a impiegare al seguito della medesima i propri capitali, i propri beni e il proprio lavoro, se non avesse l'affidamento che, salvo ragioni di interesse pubblico, non gli sarà tolto il vantaggio concedutogli”*³².

Come recentemente osservato anche in dottrina, un accordo privo di una certa stabilità, eccessivamente “sbilanciato” verso il mantenimento dell'aderenza dell'assetto costituito all'interesse pubblico nel tempo, *“risulterebbe fundamentalmente inutile: se, infatti, per l'amministrazione costituirebbe in potenza un momento di complicazione rispetto alla facoltà di agire per la più agevole via unilaterale, per il privato non sarebbe*

³⁰ Greco, *Op. cit.*, p. 37, ove l'Autore afferma, a proposito dei contratti sostitutivi di provvedimento come descritti da Giannini, che *“a questo punto, non si vede cosa residui della teoria dualistica. La fonte degli effetti è qui sicuramente unitaria e contrattuale. E poiché l'amministrazione interviene in essa sulla base di potestà pubbliche (che, del resto, conserva anche in sede di esecuzione della convenzione), vi potrebbero essere condizioni sufficienti per riconoscere, in dette fattispecie almeno, i caratteri del contratto di diritto pubblico”*

³¹ v. *Infra*, I.1

³² Cass., Roma, 27 settembre 1915, in *Foro it.*, 1915, p. 1379

appetibile, creando un vincolo in una certa misura “unidirezionale” e di sicuro non completamente reciproco”³³.

E la validità del modello dualistico è d'altra parte confermata non solo dall'ampio riconoscimento ricevuto da parte della dottrina e giurisprudenza passate ma anche dal fatto esso ha trovato applicazioni giurisprudenziali anche in tempi più recenti³⁴.

Ciononostante, esso presenta anche delle criticità. La prima di queste è rappresentata dal fatto che, in realtà, che il provvedimento amministrativo e il contratto di diritto privato che insieme concorrono a formare la fattispecie siano effettivamente atti autonomi l'uno rispetto all'altro è cosa dubbia: come osserva Bruti Liberati, il provvedimento non è di per sé in grado di instaurare un rapporto giuridico con il privato, mentre d'altro lato il contratto è pur sempre esposto ad atti unilaterali dell'amministrazione formalmente riguardanti il provvedimento³⁵.

È evidente che tale ripercussione sul contratto di atti dell'amministrazione che riguardano in maniera diretta solo il provvedimento e non il contratto stesso stride con l'asserita reciproca autonomia dei due atti.

Inoltre, il modello dualistico riflette un'idea di superiorità dell'amministrazione rispetto al cittadino-suddito, in cui l'azione amministrativa è tipicamente e necessariamente unilaterale e imperativa, che si ritiene ormai superata.

In questa logica di pensiero si spiega facilmente l'idea della necessità della presenza, accanto al contratto ad oggetto pubblico, di un provvedimento dell'autorità amministrativa: poiché soltanto attraverso un provvedimento unilaterale si riteneva possibile disporre dell'oggetto pubblico³⁶.

Non a caso, secondo i sostenitori delle costruzioni a doppio grado, con il contratto sarebbe stato possibile regolare soltanto gli aspetti patrimoniali del rapporto³⁷.

Alla base di queste convinzioni vi era, in sostanza, il dogma della non negoziabilità dell'esercizio del potere amministrativo, che dopo la legge sul procedimento amministrativo si ritiene venuto meno.

³³ Tigano, *Gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in Sandulli, (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, II edizione, 2017, p. 657

³⁴ Ad esempio, Cass., Roma, Sez. Un., 25 maggio 1999, n. 287, in *Giust. civ., Mass.*, 1999, p. 1151

³⁵ Bruti Liberati, *Op. cit.*, p. 13

³⁶ Bruti Liberati, *Op. cit.*, p. 16-17

³⁷ In tal senso, ad esempio, Giannini, *Diritto amministrativo*, II ed., Milano, 1988, p. 428

Come osservato non solo da Bruti Liberati³⁸, ma anche, tra gli altri, da Pericu³⁹ e Sticchi Damiani⁴⁰, l'art. 11 della legge n. 241 del 1990 ammette testualmente accordi aventi ad oggetto il contenuto discrezionale del provvedimento nonché accordi che tengono luogo del provvedimento stesso, dando espresso riconoscimento alla negoziabilità del potere amministrativo e smentendo il dogma della necessaria imperatività e unilateralità della sua azione.

Un'ultima considerazione sugli elementi di criticità del modello dualistico riguarda ancora una volta la centralità in tale modello dei caratteri di necessaria autoritatività e unilateralità dell'azione amministrativa.

Tali caratteri, espressivi di un'antica concezione, da tempo superata, di Stato-sovrano che si pone nei confronti del cittadino-suddito in una posizione di netta superiorità, mal si conciliano con la più recente tendenza ad attribuire sempre più rilevanza al carattere "democratico" dell'azione amministrativa, nella quale l'autorità pubblica "*dismette le vesti del dominus per dialogare con il privato, mossa da una esigenza di democratizzazione, di trasparenza e di imparzialità della sua attività*"⁴¹, un'amministrazione che, per usare una nota ed evocativa immagine espressa da Franco Ledda, "*depone il proprio scettro, o scende dal suo piedistallo, e viene a patti con il cittadino per definire rapporti di diritto pubblico*"⁴².

Anche nel momento di massima diffusione e più ampio consenso del modello dualistico, comunque, in dottrina continuava la riflessione sulla configurabilità della categoria del contratto di diritto pubblico. Un importante e innovativo contributo in tal senso venne apportato, nei primi anni Trenta, da Giovanni Miele.

L'Autore precisa l'oggetto della sua indagine distinguendo i "contratti di diritto amministrativo", in cui è rilevante e decisiva la volontà della parte privata, da quei casi in cui la volontà del privato è piuttosto un requisito di legittimità o di efficacia dell'atto amministrativo, e attribuisce, nell'ambito dei primi, uguale dignità e valore alle manifestazioni di volontà di entrambe le parti⁴³.

Operata tale distinzione, egli concentra l'attenzione della propria indagine sui casi in cui l'ordinamento o la volontà delle parti stabiliscano di sostituire un determinato atto amministrativo con un altro atto "*che in sé*

³⁸ Bruti Liberati, *Op. cit.*, p. 18

³⁹ Pericu, *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, in Mazzarolli, Romano, Roversi Monaco e Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, II, Bologna, 1993, p. 1364

⁴⁰ Sticchi Damiani, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992, p. 54 ss.

⁴¹ Morea, *Gli accordi amministrativi tra <<norme di diritto privato>> e principi italo-comunitari*, Napoli, 2008, p. 10

⁴² Ledda, *Appunti per uno studio sugli accordi preparatori dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 391

⁴³ Miele, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931, p. 31