

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

La persistente (in)attualità degli accordi tra P.A. e privati. Note di Diritto civile

This is the author's manuscript

Original Citation:

Availability:

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/1788411> since 2021-05-04T15:08:22Z

Published version:

DOI:10.1437/100343

Terms of use:

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

LA PERSISTENTE (IN)ATTUALITA' DEGLI ACCORDI TRA P.A. E PRIVATI.
NOTE DI DIRITTO CIVILE

ABSTRACT

The article deals with the agreements («accordi») between Public Administrations and privates, a quite discussed institution in the Italian legal system. An analysis of statutory rules as well as of the most influential theories about this sort of contractual relationships is provided. The aim of the article is to contextualise and question those traditional views that trace agreements to the administrative domain and to a clear-cut distinction between public and private. To this end, some major transformations of contract as a core legal institution are discussed from a private law-oriented critical perspective. The current complexity of contract law allows to overcome most traditional approaches, to adopt a view inspired by legal institutionalism and to qualify such agreements as contracts.

KEYWORDS: agreement; contract; public-private divide; legal institutionalism.

1. Introduzione. 2. Una disciplina discussa: l'art. 11 legge n. 241 del 1990. 3. Un istituto di difficile inquadramento: gli accordi tra privatizzazione dell'attività amministrativa e influenza della tradizione giuridica. 4. Segue. Gli ostacoli all'affermazione delle ricostruzioni civilistiche. 5. Paradigmi del contratto e crisi della *divisio* pubblico-privato: la persistente (in)attualità degli accordi. 6. Conclusioni: verso un diritto civile oltre la «topologia moderna».

1. Introduzione

L'attenzione della dottrina, civilistica e amministrativistica, nei confronti degli accordi tra pubbliche amministrazioni e privati è un fenomeno persistente.

Una prima stagione di discussioni su questo istituto può individuarsi nel decennio tra la fine degli anni Ottanta e la metà degli anni Novanta del secolo scorso, ossia il periodo a cavallo dell'approvazione della legge 7 agosto 1990, n. 241 (legge sul procedimento amministrativo), che con l'art. 11 predispose una disciplina legislativa generale degli accordi¹. Un secondo momento di vivace dibattito in materia si è sviluppato nei primi anni del nuovo secolo, durante i quali le grandi fortune delle teorie sulla c.d. privatizzazione dell'attività amministrativa crearono le condizioni per l'approvazione della legge 11 febbraio 2005, n. 15: intervento, questo, che novellò l'art. 11 della legge n. 241 del 1990 e introdusse all'art. 1 della stessa il noto co. 1 *bis*, a mente del quale «la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente»². Negli ultimi anni, infine, gli accordi tra amministrazioni e privati – complici tanto inedite questioni poste dalla diffusione di modelli di

1 In seno alla vasta riflessione prodotta in quegli anni dalla cultura giuridica italiana v., per una prima informazione: F. Trimarchi Banfi, *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in *Pol. Dir.*, 1993, p. 237 ss.; G. Barbagallo, E. Follieri, G. Vettori (a cura di), *Gli accordi fra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto*, Napoli, 1995; I. Franco, *Il nuovo procedimento amministrativo: partecipazione, diritto di accesso, semplificazione dell'azione amministrativa. Commentario alla Legge 7 agosto 1990 n. 241*, Bologna, 1995; S. Civitarese Matteucci, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1996; E. Bruti Liberati, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico. Tra amministrazioni e privati*, Milano, 1996; F. Ledda, *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in *Foro amm.*, 1997, pp. 1273-1299 e pp. 1561-1576.

2 Sulla portata della novella del 2005, e in particolare del nuovo art. 1, co. 1 *bis* della legge n. 241, si è sviluppato un dibattito molto ampio, che non è possibile riassumere. A mero titolo esemplificativo, si vedano pertanto: V. Cerulli Irelli, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2/2003, pp. 217-276; G. Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003; N. Paolantonio, *Articolo 1, comma 1 bis. Principi generali dell'attività amministrativa*, in N. Paolantonio, A. Police, A. Zito (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2006, pp. 77-84; F. Cangelli, *Articolo 11, commi 1 e 4 bis. Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in N. Paolantonio, A. Police, A. Zito (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, cit., pp. 290-301; G. Alpa, *Divagazioni sull'attività negoziale della P.A. nella nuova disciplina del procedimento amministrativo*, in *I Contratti*, 2, 2006, pp. 175-177.

amministrazione collaborativa, quanto risalenti istanze di sistemazione interpretativa dell'istituto – sono nuovamente al centro delle riflessioni della cultura giuridica italiana³.

Eppure, dopo un trentennio di dibattiti, sia sul piano istituzionale sia in ottica più operativa, sull'effettiva portata degli accordi non si hanno ricostruzioni sufficientemente condivise. Al contrario, è agevole registrare anche in anni molto recenti opinioni assai dissonanti. Talora nella disciplina degli accordi tra amministrazioni e privati si è scorto un «archetipo di una tipologia di rapporti che sarebbero estranei, sia al solo regime privatistico, sia al solo regime pubblicistico»⁴. Talaltra è stata riscontrata una scarsissima applicazione dell'istituto, arrivando a vedere nell'art. 11 della legge sul procedimento amministrativo «una sorta d'informe contenitore giuridico *ex post*, buono per raccogliere nel suo interno ogni vicenda in cui appare in risalto il ruolo del privato»⁵.

Questo scritto intende indagare dal punto di vista del diritto civile l'istituto degli accordi e una tale divaricazione di proposte interpretative. In particolare, prendendo le mosse dalla disciplina vigente nell'art. 11 è possibile svolgere una discussione critica sui differenti tentativi di inquadramento degli accordi tra amministrazioni e privati, nonché sulle obiezioni da sempre rivolte alle letture in senso dichiaratamente civilistico e contrattuale dell'istituto. Come si vedrà, però, una tale analisi consente di svolgere alcuni rilievi di non poco momento. Al di là degli elementi che le differenziano, le tante riflessioni sugli accordi tendono, infatti, a dare per assunto, nei rapporti tra settore pubblico e diritto privato, un assetto istituzionale che questo istituto contribuisce, invece, a mettere in crisi. Parimenti, la qualificazione in termini contrattuali degli accordi è negata presupponendo un'idea del contratto di diritto comune che risulta semplicistica, al cospetto della portata del contratto nella società contemporanea. Si tratta, allora, di mettere in luce i fondamenti istituzionali e culturali delle varie interpretazioni dell'art. 11 legge n. 241 del 1990, potendo così mostrare in che termini gli accordi tra amministrazioni e privati manifestano una certa inattualità, e proponendo, di conseguenza, che queste relazioni giuridiche siano ricondotte a un diritto civile opportunamente ripensato.

2. Una disciplina discussa: l'art. 11 legge n. 241 del 1990

Come si è premesso, la vigente disciplina degli accordi tra amministrazioni e privati è frutto di alcune stratificazioni culturali e normative, e si rinviene nell'art. 11 della legge sul procedimento amministrativo nonché nell'art. 133, co. 1 lett. a) n. 2 d.lgs. 1 luglio 2010, n. 104 (codice del processo amministrativo).

La *sedes materiae* scelta dal legislatore per regolare gli accordi è il capo III della legge n. 241 del 1990, dedicato alla partecipazione procedimentale. Una tale opzione rispecchia in modo abbastanza fedele il tenore dei dibattiti di fine anni Ottanta, e ciò consente di rilevarne anche alcuni tratti di ambivalenza. Da un lato, infatti, l'introduzione di una disciplina legislativa di modelli consensuali di relazione tra amministrazioni e privati può considerarsi un'importante affermazione delle tendenze culturali che, facendo leva sullo studio del procedimento, avevano mostrato spiccata attenzione per

3 I modelli collaborativi e condivisi di amministrazione sono oggi al centro dell'attenzione con specifico riguardo alla cura e gestione dei beni comuni urbani, un settore che, negli ultimi anni, ha visto in Italia la diffusione di sperimentazioni piuttosto interessanti. In proposito, v.: A. Nervi, *Beni comuni, ambiente e funzione del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2/2016, pp. 418-443.; A. Giusti, *La rigenerazione urbana. Temi, questioni e approcci nell'urbanistica di nuova generazione*, Napoli, 2018; P. Michiara, *Tipicità e autonomia nella regolamentazione della cittadinanza attiva*, in P. Chirulli, C. Iaione (a cura di), *La co-città. Diritto urbano e politiche pubbliche per i beni comuni e la rigenerazione urbana*, Napoli, 2018, pp. 135-170.; G. Baratta, L. Lanzoni, *La gestione condivisa dei beni comuni nei patti di sussidiarietà: il caso di Verona*, in R.A. Albanese, E. Michelazzo, A. Quarta (a cura di), *Gestire i beni comuni urbani. Modelli e prospettive. Atti del convegno di Torino, 27-28 febbraio 2019*, Torino, 2020, pp. 53-70. Recenti contributi di taglio più generale sono, invece: P.L. Portaluri, *Considerazioni (forse in)attuali sugli accordi di diritto amministrativo*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2015, pp. 147-156; S. Valaguzza, *Collaborare nell'interesse pubblico. Perché passare dai modelli antagonisti agli accordi collaborativi*, Napoli, 2019; C. Cicero, *Diritto civile e interesse pubblico*, Napoli, 2019; F. Giglioni, A. Nervi, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato diretto da P. Perlingieri*, Napoli, 2019.

4 F. Giglioni, A. Nervi, *Gli accordi*, cit., p. 34.

5 P.L. Portaluri, *Considerazioni (forse in)attuali*, cit., p. 148. Il riferimento alla c.d. «(in)attualità» degli accordi, impiegato anche nel titolo del presente scritto, può considerarsi come un richiamo esplicito – per quanto sviluppato in prospettiva differente – all'approccio adottato da questo autore nel contributo appena citato.

la democratizzazione dell'attività amministrativa e per la partecipazione degli amministrati alla definizione delle decisioni discrezionali delle amministrazioni⁶. Dall'altro lato, l'innovazione normativa così posta in essere non ha messo – o, quanto meno, non era verosimilmente pensata per mettere – in discussione un assetto istituzionale fondato, in linea di principio, sulla configurazione del provvedimento amministrativo come esito normale del procedimento e come manifestazione delle scelte discrezionali e autoritative della pubblica amministrazione. A riprova di quanto rilevato è sufficiente rammentare che la possibilità di ricorrere in via generale alle tecniche consensuali era stata inizialmente prevista per i soli accordi endoprocedimentali, ossia conclusi «al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale»; e che la c.d. liberalizzazione degli accordi sostitutivi al di là dei casi di legge è avvenuta solo con la novella del 2005.

Le considerazioni appena svolte non riguardano meri aspetti di tecnica redazionale, né evocano soltanto eventuali dubbi sulle scelte di politica del diritto e di opportunità del legislatore. Al contrario, sin da ora si può riconoscere che la comprensione degli accordi tra amministrazioni e privati chiama inevitabilmente in causa due istanze contraddittorie: l'una volta a promuovere la diffusione di rapporti giuridici di indubbia matrice negoziale, dei quali le pubbliche amministrazioni sono parte; l'altra, opposta, tesa a inscrivere dette relazioni giuridiche in una cornice istituzionale di cui non sembra necessario e/o opportuno discutere i fondamenti. In tal senso, non è esagerato ritenere che una tale, latente, contraddizione, abbia costituito una vera e propria problematica costante, rispetto alla quale le riflessioni sugli accordi delle pubbliche amministrazioni, pur nella loro varietà e articolazione, possono interpretarsi come proverbiali variazioni su uno stesso tema.

Un tale rilievo trova riscontri nella disciplina legislativa degli accordi e in alcuni problemi interpretativi che essa pone.

Così, come si è detto poc'anzi, dal 2005 pubbliche amministrazioni e privati possono ricorrere sempre agli accordi sostitutivi, a condizione che questi (al pari degli accordi integrativi, invero) siano stipulati «senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse». In questa liberalizzazione degli accordi sostitutivi è stato possibile scorgere un deciso passo verso la privatizzazione dell'attività amministrativa: una tesi, questa, argomentata a partire dal richiamo testuale dell'art. 11, co. 2 all'applicazione dei «principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili», nonché dal coordinamento dell'art. 11 con la disposizione di principio dell'art. 1, co. 1 *bis*⁷. Altri dati legislativi, però, sono stati valorizzati dagli orientamenti, prevalenti, che sostengono un'interpretazione riduttiva del rinvio al codice civile e un riassorbimento della disciplina degli accordi in una dimensione maggiormente pubblicistica. In questa ottica è stato possibile, pertanto, dare una lettura integrata di previsioni come la c.d. clausola di compatibilità (che, ricostruita in maniera rigida, obbligherebbe a disapplicare i principi del libro quarto del codice civile ogni volta che vi siano prevalenti istanze pubblicistiche), l'assoggettamento degli accordi sostitutivi agli stessi controlli predisposti per i provvedimenti, e soprattutto la disposizione del co. 4 *bis*, introdotta nel 2005, secondo cui «a garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, (...) la stipulazione dell'accordo è preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento»⁸. Da ultimo, considerazioni simili sono state suscitate a seguito della legge 6 novembre 2012, n. 190, che novellando il co. 2 dell'art. 11 ha statuito, anche per gli accordi tra amministrazioni e privati,

6 La problematica evocata nel testo è cruciale nell'evoluzione del diritto amministrativo italiano. Per una prima informazione in proposito si vedano, a mero titolo esemplificativo, M.S. Giannini, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, *ad vocem*; F.P. Pugliese, *Il procedimento amministrativo tra autorità e «contrattazione»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, pp. 1469-1509; F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994; F.G. Scoca, *Attività Amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Milano, 2002, *ad vocem*.

7 In questa ottica v., per tutti, M. Renna, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 1, p. 270 ss. Ma si deve riconoscere che non vi sono opinioni pacifiche sulla portata sistematica dell'art. 1, co. 1 *bis*: accanto a letture estensive della disposizione (sulle quali ha fatto, leva, per es., A. Giusti, *La rigenerazione*, cit.) vi sono, infatti, interpretazioni assai restrittive, se non quasi *abrogans* (v. V. Cerulli Irelli, *Note critiche*, cit.; N. Paolantonio, *Articolo 1, comma 1 bis*, cit.).

8 Spunti esaustivi in tal senso in F. Cangelini, *Articolo 11, commi 1 e 4 bis*; e in P.L. Portaluri, *Considerazioni (forse in)attuali*, cit.

l'obbligo di motivazione previsto dall'art. 3 della legge per i provvedimenti⁹.

Effettivamente, la frizione tra due impostazioni di fondo è tangibile nelle scelte, per certi versi speculari, che il legislatore ha adottato tra il 2005 e il 2012. Da un lato, si sono assecondate le spinte a liberalizzare la possibilità di costituire rapporti giuridici bilaterali tra settore pubblico e soggetti privati. Dall'altro lato, nelle revisioni dell'art. 11 è stato agevole ravvisare un ridimensionamento degli approcci più marcatamente consensuali e una riaffermazione delle tradizionali costruzioni c.d. «a doppio grado» dell'attività amministrativa¹⁰.

Una tale tensione è apprezzabile anche con riguardo agli altri due aspetti qualificanti della disciplina degli accordi delle pubbliche amministrazioni.

In merito alla facoltà di recesso unilaterale – che l'art. 11, co. 4 attribuisce alle pubbliche amministrazioni «per sopravvenuti motivi di interesse pubblico» e «salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato» – è noto che le ricostruzioni prevalenti hanno ricondotto la stessa al più generale potere di revoca in capo alle amministrazioni¹¹. Ciò ha comportato che, per lo più, il recesso unilaterale dagli accordi operato dalla parte pubblica è ritenuto legittimo anche nel caso di nuovo o mutato apprezzamento degli interessi pubblici originariamente posti alla base dell'accordo, e non solo quando sopravvenienze occorse dopo la stipula risultano rilevanti per l'economia del rapporto negoziale. Sulla base di questi argomenti si è affermato che la facoltà di recesso prevista con riguardo agli accordi obbliga a distinguere sostanzialmente tale istituto dal contratto di diritto comune, disciplinato in via generale nel codice civile: una conclusione, questa, che a ben vedere desta più di un dubbio, e che è stata opportunamente messa in discussione notando che una tale «contrapposizione viene probabilmente enfatizzata, perché non tiene conto né dell'effettivo dato normativo codicistico in punto di recesso unilaterale, né della successiva elaborazione (...) che consente di collocare l'istituto del recesso in una luce diversa (...)»¹².

Quanto, invece, all'attribuzione delle controversie in materia di «formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento» alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, si sa che tale disposizione, presente fin dal 1990 nel co. 5 dell'art. 11 della legge n. 241, è oggi assorbita nell'art. 133 del codice del processo amministrativo. Al di là della sua collocazione normativa, questa previsione è importante perché – per consolidata giurisprudenza costituzionale¹³ – la *ratio* della giurisdizione esclusiva attiene alle esigenze di concentrazione dinanzi a un unico organo giudicante delle controversie che, nel vertere indifferentemente su diritti e su interessi legittimi, riguardano l'esercizio, anche in via mediata, di poteri pubblici. Malgrado le innovazioni apportate in ambito rimediabile e processuale dal codice del processo amministrativo, talora raccolte e valorizzate anche nella giurisprudenza della Cassazione e del Consiglio di Stato¹⁴,

9 Giudicano ragionevole la previsione dell'obbligo di motivazione, manifestando al contempo dubbi nei riguardi dell'obbligo di previa determinazione di cui al co. 4 *bis*, F. Giglioni, A. Nervi, *Gli accordi*, cit., pp. 28-29.

10 In questi termini P.L. Portaluri, *Considerazioni*, cit., p. 151.

11 Per una tale impostazione v., a mero titolo esemplificativo, E. Bruti Liberati, *Consenso e funzione*, cit., *passim*; P. D'Angiolillo, *Accordi amministrativi e programmazione negoziata nella prospettiva del potere discrezionale*, Napoli, 2009, p. 145 ss. Ulteriori ragguagli sul punto sono reperibili in G. Greco, *Accordi*, cit., *passim*; E. Bruti Liberati, *Accordi pubblici*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, 2001, *ad vocem*.

12 F. Giglioni, A. Nervi, *Gli accordi*, cit., p. 74. Per un orientamento simile v. M. Renna, *Il regime delle obbligazioni*, cit.

13 V. Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 204; Corte Cost. 11 maggio 2006, n. 191; Corte Cost. 15 luglio 2016, n. 179. Queste sentenze, così come tutti gli ulteriori riferimenti giurisprudenziali indicati nel prosieguo, sono consultabili – salva diversa indicazione – sul portale online *Leggi d'Italia*.

14 Si pensi, in particolare, all'azione avverso il silenzio delle amministrazioni dagli artt. 31 e 117 del codice del processo amministrativo, che attribuisce al giudice amministrativo il potere di condannare l'amministrazione a emanare provvedimenti (per es., le autorizzazioni previste da una convenzione urbanistica) sul presupposto che la loro adozione costituisca «attività vincolata» o, comunque, una situazione in cui «non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità». In giurisprudenza, tra le varie pronunce v. T.A.R. Campania Napoli, VI, 14 febbraio 2018, n. 987; Cons. Stato, IV, 14 marzo 2016, n. 987; Cons. Stato, VI, 28 gennaio 2016, n. 338; Cons. Stato, VI, 20 luglio 2006, n. 4609. Tra le sentenze della Suprema Corte occorre rammentare, oltre (naturalmente) alla decisiva sentenza “manifesto” di Cass. Sez. Unite, 22 luglio 1999, n. 500, la più recente decisione di Cass., Sez. Unite, 9 marzo 2015, n. 4683. Quanto all'importanza della metodologia rimediabile per meglio comprendere (e ridimensionare)

un simile orientamento – fondato sulla tradizionale separazione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, nonché sull'idea per cui il giudice amministrativo sia chiamato in principio a tutelare gli interessi legittimi e, pertanto, a sindacare sotto questo profilo soggettivo la legittimità dell'azione amministrativa¹⁵ – ha permesso di corroborare le ricostruzioni in senso pubblicistico degli accordi tra amministrazioni e privati. In altri termini, e a dispetto del contenuto dei regolamenti negoziali definiti in concreto dalle parti, il mero dato positivo della sussistenza della giurisdizione esclusiva ha per lo più rappresentato uno tra i principali argomenti delle letture tese a negare la riconducibilità degli accordi al diritto privato e, contestualmente, a conservare quanto più possibile, in capo alle pubbliche amministrazioni, margini di azione unilaterale e autoritativa¹⁶.

3. Un istituto di difficile inquadramento: gli accordi tra privatizzazione dell'attività amministrativa e influenza della tradizione giuridica

Come si è appena osservato accennando alla loro disciplina, gli accordi tra amministrazioni e privati sono da considerare un istituto di assai difficile inquadramento: tanto che si può concordare con l'autorevole constatazione per cui «nate per semplificare l'azione amministrativa, per coordinare in modo sistematico gli atti della P.A., per «liberalizzare» le modalità di esercizio della funzione pubblica consentendo alla P.A. di agire «come agiscono i privati» queste disposizioni prestano il fianco ad una pluralità di interpretazioni che creano incertezza proprio in quei rapporti che vorrebbero liberare dal giogo dei procedimenti burocratizzati»¹⁷.

Le incertezze così denunciate possono apprezzarsi in modo particolare con riguardo ai dibattiti sulla “natura” degli accordi. Com'è noto, sono tre gli orientamenti di fondo che, con differenti sfumature, si sono affermati in merito alla ricostruzione della natura giuridica dell'istituto di cui all'art. 11 legge n. 241 del 1990.

Secondo un primo approccio, più pubblicistico e tradizionale, il tentativo di produrre importanti innovazioni normative perseguito con la disciplina legislativa degli accordi non potrebbe mai togliere che questi restano pur sempre una manifestazione, per quanto *sui generis*, del potere autoritativo delle pubbliche amministrazioni. In tale ottica, la diffusione di tecniche di matrice negoziale nella regolazione dei rapporti tra amministrazioni e privati sarebbe soltanto un “innesto” incapace di mettere in discussione la portata pubblicistica dell'attività amministrativa e le prerogative a essa connesse. Sicché per i fautori delle visioni pubblicistiche degli accordi è stato possibile, per esempio, ritenere che il consenso della parte privata possa risultare perfino superfluo ai fini della formazione dell'accordo: una conclusione, questa, tesa a corroborare la convinzione per cui le determinazioni amministrative siano, da sole, necessarie e sufficienti a costituire rapporti giuridici di matrice pubblicistica¹⁸.

i problemi discussi nel testo v. la nota seguente.

15 Peraltro, è noto che sulla nettezza (e sull'utilità teorica) dell'opposizione tra diritti soggettivi e interessi legittimi vengono avanzati dubbi crescenti, e da differenti prospettive, a cominciare da quella rimediabile. Per una prima informazione in proposito v.: U. Mattei, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria: contributo alla teoria dei diritti sui beni*, Milano, 1987; P.G. Monateri, *Diritto soggettivo*, in *Dig. disc. priv.*, VI, Torino, 1990, *ad vocem*; L. Bigliuzzi Geri, *Interesse legittimo: diritto privato*, in Ead., *Rapporti giuridici e dinamiche sociali. Principi, norme, interessi emergenti. Scritti giuridici*, Milano, 1998, pp. 5-103; A. Falzea, *Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. Dir. civ.*, 2000, p. 679 ss.; M. Spanò, *Più d'Uno. La class action tra “tortificazione” del diritto civile e tramonto del diritto soggettivo*, in *Parolechiave*, 60, 2018, pp. 149-164. Con le parole di Antonio Gambaro, «la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi ha perso importanza divenendo una etichetta sempre meno rilevante, anche se la vicenda narrata [la sempre maggiore differenziazione teorica tra le posizioni soggettive, alla luce della distinzione istituzionale tra giurisdizioni ordinaria e amministrativa] ha lasciato ampi strascichi nelle mentalità giuridiche» (A. Gambaro, *La proprietà. Beni, proprietà, possesso. Seconda edizione completamente rifatta*, Milano, 2017, p. 314).

16 Peculiare attenzione a questo profilo è dedicata, da ultimo, da F. Giglioni, A. Nervi, *Gli accordi*, cit., pp. 111-136.

17 Così, con specifico riguardo alle innovazioni normative di cui alla legge n. 15 del 2005, G. Alpa, *Divagazioni*, cit., p. 177.

18 Nel prosieguo della trattazione si vedranno le ragioni per cui non è possibile condividere una simile ricostruzione. In dottrina, forti accenti “pubblicistici” possono riscontrarsi in N. Paolantonio, *Articolo 1, comma 1 bis*, cit.; e P.L. Portaluri, *Considerazioni*, cit.. Per una trattazione non più recente ma ancora utile v. R. Ferrara, *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1993, *ad vocem*. Nello specifico ambito urbanistico (che,

Tutto all'opposto si pongono le concezioni di matrice civilistica, secondo cui la disciplina approntata dal legislatore per gli accordi autorizzerebbe non soltanto a prospettare un'estesa applicazione del diritto delle obbligazioni e dei contratti nei rapporti tra amministrazioni e privati, ma perfino a scorgere nella figura di cui all'art. 11 legge n. 241 del 1990 una vera e propria penetrazione del contratto di diritto comune nell'ambito del diritto amministrativo¹⁹. In questo senso, la c.d. privatizzazione dell'attività amministrativa si risolverebbe (non tanto in un ripensamento delle concezioni e del funzionamento sia del potere pubblico sia degli strumenti del diritto privato, quanto piuttosto) nella sempre più diffusa adozione degli istituti e delle consuete categorie privatistiche nel settore amministrativistico.

Una terza impostazione ricostruttiva, per così dire mediana tra le due già menzionate, si è infine affermata propugnando la peculiare originalità degli accordi disciplinati dall'art. 11 legge n. 241 del 1990. Secondo questa visione, che è verosimilmente la più diffusa anche in giurisprudenza²⁰, la matrice negoziale degli accordi non potrebbe essere negata; ma su un simile "ceppo" privatistico si innesterebbero elementi di natura pubblicistica tali da rendere impossibile la qualificazione degli accordi come contratti di diritto comune. In questa ottica, si è talora affermato che nel caso degli accordi delle pubbliche amministrazioni il principio di relatività degli effetti del contratto, di cui all'art. 1372 c.c., sarebbe cedevole, in quanto la rilevanza pubblicistica di tali moduli imporrebbe di non disconoscere le esigenze di tutela dei terzi che possano essere lesi da un rapporto negoziale instaurato tra amministrazione e soggetti privati²¹. Più in generale, si ritiene che gli accordi non possano reputarsi una tecnica negoziale di individuazione e di perseguimento degli interessi pubblici, dal momento che – lungi dall'assunzione da parte di soggetti privati di un ruolo pubblicistico, di fatto o di diritto – gli accordi stessi atterrebbero soltanto «alle modalità operative con cui agisce l'ente pubblico nell'esercizio delle sue precipue attribuzioni, ferma restando la sua

come si accennerà *infra*, è decisivo per la comprensione dei rapporti negoziali tra amministrazioni e privati), esplicitamente nel senso del carattere superfluo del consenso della parte privata (e cioè, malgrado un'impostazione generalmente disposta a riconoscere ampi spazi alla dimensione negoziale nel diritto urbanistico) P. Urbani, *Urbanistica solidale. Alla ricerca della giustizia perequativa tra proprietà e interessi pubblici*, Torino, 2011, pp. 212-219. Per un'esposizione tanto risalente quanto chiara dei tradizionali approcci pubblicistici v., sin da ora, P. Virga, *Contratto di diritto pubblico (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, *ad vocem*.

19 Sul punto si rinvia nuovamente a M. Renna, *Il regime delle obbligazioni*, cit. Una forte sensibilità "privatistica" è riscontrabile anche in S. Civitarese Matteucci, *Contributo allo studio*, cit. Esplicito nel qualificare gli accordi come contratti di diritto comune è G. Vettori, *Accordi «amministrativi» e contratto*, in G. Barbagallo, E. Follieri, G. Vettori (a cura di), *Gli accordi*, cit., pp. 15-32. Ampia discussione di questi problemi, in una prospettiva civilistica, è in A. Nervi, V. Ricciuto, *Il contratto della Pubblica Amministrazione*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato diretto da P. Perlingieri*, Napoli, 2009. Sulle differenti interpretazioni offerte in merito alla natura degli accordi, ancora efficace la ricognizione di G. Greco, *Accordi*, cit., pp. 75-98.

20 Copiosa la giurisprudenza in materia di convenzioni di lottizzazione che, una volta ricondotto questo modulo negoziale all'istituto degli accordi, sposa l'orientamento riportato nel testo. V., a mero titolo esemplificativo, la massima di Cons. Stato, V, 6 febbraio 2007, n. 486, secondo cui «la convenzione di lottizzazione, pur rappresentando un istituto di complessa ricostruzione, a causa dei profili di stampo giuspubblicistico che si accompagnano allo strumento dichiaratamente contrattuale, si deve ritenere frutto dell'incontro di volontà delle parti contraenti nell'esercizio dell'autonomia negoziale retta dal codice civile, con contenuto vincolante per i sottoscrittori, salvo il ricorso agli strumenti di tutela in caso di invalidità del contratto». V. inoltre Cass. Sez. Unite, 15 dicembre 2000, n. 1262, ove può leggersi che «per tale speciale loro connotazione, strutturale e funzionale, le riferite convenzioni (...) rientrano pienamente nel paradigma concettuale – del quale hanno anzi agevolato l'elaborazione, anticipandone lo schema di riferimento – dei cosiddetti "accordi sostitutivi del provvedimento"». V. inoltre, nel solco di questa pronuncia, T.A.R. Umbria Perugia, I, 15 gennaio 2020, n. 27; Cons. Stato, IV, 2 agosto 2011, n. 4576; T.A.R. Toscana Firenze, I, 20 dicembre 2006, n. 7771; Cons. Stato, IV, 31 gennaio 2005, n. 222. Un orientamento giurisprudenziale minoritario considera le convenzioni di lottizzazione accordi *ex art. 11*, ma di natura endoprocedimentale: v. Cass., V, 28 marzo 2018, n. 7641; Cass., V, 31 maggio 2016, n. 11344; Cass., V, 9 luglio 2014, n. 15660.

21 È questo l'orientamento di E. Bruti Liberati, *Accordi*, cit., pp. 18-19. Resta da capire, però, quali rimedi siano a disposizione dei terzi che si ritengano lesi da un accordo concluso, *ex art. 11* legge n. 241 del 1990, tra una pubblica amministrazione e un altro soggetto privato. Anche da simili rilievi di ordine rimediabile muove la critica ricostruttiva che si è tentata, a partire dal settore dell'urbanistica negoziale, in R.A. Albanese, *Nel prisma dei beni comuni. Contratto e governo del territorio*, Torino, 2020, a cui ci si permette di rinviare per più estese considerazioni.

esclusiva responsabilità nell'individuare gli obiettivi e le finalità»²².

In altri termini, le ricostruzioni mediane della natura degli accordi *ex art. 11* legge n. 241 del 1990 ritengono di poter superare – nel senso dell'esistenza di una figura negoziale *sui generis*, regolata al fine di predisporre una specifica disciplina per i rapporti tra amministrazioni e privati – i dubbi di chi aveva rilevato, alla metà degli anni Novanta, che «evidentemente, se nel nostro patrimonio culturale ci fosse un *tertium genus* tra pubblico e privato, non staremmo qui a discutere, ma attingeremmo a questa costruzione di principi e di metodi. (...)»²³. Eppure, le difficoltà a fornire un inquadramento sufficientemente condiviso degli accordi tra amministrazioni e privati persistono. E le divergenze interpretative appena evocate non devono stupire. Esse, infatti, attestano quello che da sempre – e in particolare negli ultimi trent'anni, caratterizzati dalla crescente accettazione culturale della c.d. privatizzazione dell'attività amministrativa²⁴ – è l'imbarazzo mostrato dalla cultura giuridica nei tentativi di razionalizzare un fenomeno come la conclusione di accordi tra amministrazioni e amministrati, in via di crescente diffusione e oggi di sicura rilevanza per il concreto funzionamento di importanti comparti amministrativi.

Com'è noto, il settore che forse più offre materiali per problematizzare le relazioni negoziali tra amministrazioni e privati è quello del governo del territorio. Proprio in questo ambito – tradizionalmente iscritto tra i principali appannaggi del potere pubblico, in quanto le amministrazioni sarebbero dotate di una discrezionalità assai ampia nell'adozione unilaterale degli strumenti di pianificazione urbanistica e territoriale²⁵ – la dimensione negoziale ha da tempo messo in crisi le ricostruzioni maggiormente volte a conservare la netta separazione e opposizione tra pubblico e privato. Non si tratta soltanto di rammentare che le convenzioni urbanistiche sono note per l'immaginifica qualificazione come «centauresse», per esse proposta da Massimo Severo Giannini, e per essere ricondotte in giurisprudenza all'istituto degli accordi²⁶. Occorre, semmai, registrare che la diffusione di varie forme di iniziativa privata in ambito urbanistico – a cominciare dal tradizionale modello della lottizzazione convenzionata *ex art. 28* legge 17 agosto 1942, n. 1150, che prevede che l'iniziativa sia assunta dal lottizzatore privato²⁷ – ha reso piuttosto complicato continuare ad affermare che la pubblica amministrazione guida in posizione di primazia i processi di trasformazione e di definizione degli assetti territoriali; e ha anzi permesso di notare che, spesso, «il problema della legittimazione dei privati ad assumere decisioni tradizionalmente spettanti al

22 F. Giglioni, A. Nervi, *Gli accordi*, cit., pp. 50-53 (il passaggio riportato nel testo è a p. 52).

23 In questi termini, e ritenendo che la disciplina così evocata mancasse, E. Follieri, *Gli accordi tra privati e pubblica amministrazione nella legge 7 agosto 1990 n. 241*, in G. Barbagallo, E. Follieri, G. Vettori (a cura di), *Gli accordi*, cit., p. 54.

24 Per una prima informazione in proposito si vedano V. Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011; e G. Napolitano, *Miti e funzioni del diritto privato nella sfera del diritto amministrativo*, in V. Roppo, P. Sirena (a cura di), *Il diritto civile, e gli altri*, Milano, 2013, pp. 393-413.

25 In questa sede, per corroborare quanto affermato nel testo è sufficiente rinviare alla più accreditata manualistica del settore urbanistico: F. Spantigati, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 1969; P. Urbani, S. Civitarese Matteucci, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Torino, 2017; C. Bevilacqua, F. Salvia, *Manuale di diritto urbanistico*, Padova, 2017; G. Pagliari, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2019.

26 In proposito v. M.S. Giannini, *Prefazione*, in V. Mazza, *Le convenzioni urbanistiche*, Bologna, il Mulino, 1979: secondo l'illustre autore, «comunque urbanisticamente apprezzabili o no, le centauresse che erano le convenzioni urbanistiche manifestavano una perseverante presenza di deità reggenti, potenti ma amiche dell'ombra» (p. 6). Quanto al formante giurisprudenziale v. nota 20, *retro*.

27 La matrice negoziale delle convenzioni di lottizzazione – adoperate dalla fine dell'Ottocento, ma disciplinate da fonti legislative solo tra il 1967 (art. 8 legge 7 agosto 1967, n. 765, c.d. legge Ponte) e il 1985 (artt. 18, 19 e 20 legge 28 febbraio 1985, n. 47) – è da sempre discussa, ed è possibile affermare che le persistenti difficoltà a ricostruirne la portata giuridica siano all'origine di alcuni problemi operativi di non poco momento: per una discussione in proposito sia consentito il rinvio a R.A. Albanese, *Lottizzazioni, convenzioni e confische in prospettiva civilistica. La tutela di paesaggi e proprietà tra ordinamento nazionale e giurisprudenza convenzionale*, in *Jus Civile*, 2, 2020, pp. 299-350. Al di là dei dibattiti sulle lottizzazioni convenzionate, è bene rammentare il protagonismo dei soggetti privati e il ricorso a moduli negoziali (come gli accordi di programma) che hanno caratterizzato l'attuazione dei c.d. programmi complessi, i moduli urbanistici più diffusi nella stagione della riqualificazione negli anni Novanta. Parimenti, è piuttosto noto che la proliferazione di varianti agli strumenti urbanistici generali è connessa al fatto che il concreto contenuto delle varianti adottate dalle pubbliche amministrazioni è spesso dedotto nel programma di moduli urbanistici negoziali.

soggetto pubblico viene risolto strutturando l'organizzazione»²⁸.

Con riguardo a queste problematiche, è usuale riportare l'autorevole giudizio di Mario Nigro, che già alla fine degli anni Settanta aveva potuto rimarcare, proprio prendendo le mosse dall'analisi delle convenzioni urbanistiche, che «solo il giurista, attraverso i suoi «occhiali» deformanti (occhiali che sono il prodotto di una ben precisa ideologia e di un noto metodo) riesce a vedere l'esercizio del potere pubblico come attività non dipendente da influenze esterne e, soprattutto, non «negoziabile». Se c'è qualcosa che, per natura sua, è elastico e trasformabile in relazione alle circostanze concrete, è invece proprio il potere»²⁹. D'altra parte, l'efficacia e la *verve* ironica di questa opinione non possono far trascurare la circostanza per cui le ricostruzioni sulla natura giuridica degli accordi divergono proprio sul punto qualificante dell'ammissibilità, o meno, di negoziazioni in merito a interessi e utilità rimessi all'azione autoritativa dei poteri pubblici. Né si deve tacere che impostare in questi termini la discussione sui margini di negoziabilità del potere pubblico significa alludere, giocoforza, a un intero assetto di rapporti tra pubblico e privato, tra stato e società civile.

L'accento appena svolto porterebbe lontano, dal momento che svilupparlo imporrebbe di risalire sino ai decenni a cavallo tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento. È in questo periodo, infatti, che si devono collocare tre vicende culturali e istituzionali alla base di una tradizione giuridica capace di esercitare, ancora oggi, la propria influenza sui dibattiti relativi agli accordi tra amministrazioni e privati. In primo luogo, nel periodo evocato si consumò (anche) in Italia la costruzione dello Stato a diritto amministrativo, con la connessa affermazione culturale e tecnica della specialità amministrativa e la nascita del diritto amministrativo come disciplina dotata di una propria consistenza scientifica e metodologica³⁰. Inoltre, e in maniera speculare, fu tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo che, in ambito privatistico, le teorie generali del negozio giuridico e del contratto si consolidarono nel senso di definire un peculiare equilibrio – al contempo liberistico in economia e autoritario sul versante politico – nei rapporti tra poteri sovrani dello stato e libertà dei privati di porre in essere operazioni economiche, con l'obiettivo di perseguire i propri interessi individuali³¹. Da ultimo, e soprattutto, in quegli anni si pose il problema di dare un inquadramento formale ad alcune relazioni giuridiche tra autorità pubbliche e privati (in particolare, la concessione di cittadinanza e i rapporti di pubblico impiego) notevoli sul piano istituzionale e in via di crescente

28 Così, con riguardo alla diffusione di strumenti come le società di trasformazione urbana e di moduli come l'accordo di programma (di cui anche i soggetti privati sono sovente parti, malgrado il dato testuale dell'art. 34 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, Testo Unico Enti Locali), V. Mazzarelli, *Convenzioni urbanistiche*, in *Enc. dir.*, Agg., V, Milano, 2001, p. 303. Del resto, anche in anni più recenti si è notato che «questa dimensione consensuale finì, in molti casi, per assumere la conformativa di un contratto, in cui i privati fossero solo soggetti imprenditoriali che, con un'inversione dei ruoli, finivano per orientare le decisioni per l'interesse pubblico»: A. Giusti, *La rigenerazione*, cit., p. 60.

29 M. Nigro, *Convenzioni urbanistiche e rapporti tra privati. Problemi generali*, in M. Costantino (a cura di), *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, Milano, 1995 (rist.), p. 45. L'argomentazione dell'autore si concludeva, peraltro, non trascurando che «il potere ha una sola qualità di quelle che consuetamente gli si prestano: è inesauribile e irrinunciabile».

30 In proposito è sufficiente rinviare ad alcune letture classiche: M.S. Giannini, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2, Milano, 1973, pp. 179-274; S. Cassese, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971; B. Sordi, *Pubblica Amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. amm.*, 4, 1995, pp. 483-518. Da ultimo, v. B. Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020.

31 La bibliografia sul punto è, naturalmente, sterminata. A mero titolo esemplificativo, una prima informazione può trarsi dalla lettura di: E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 2002 (rist.); N. Irti, *Itinerari del negozio giuridico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 1978, pp. 395-420; Id., *Il negozio giuridico come categoria storiografica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 1990, pp. 557-576; F. Galgano, *Negozio giuridico (dottrine generali)*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano, 1977, *ad vocem*; C. Salvi (a cura di), *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico*, Milano, 1978 (ove in particolare si può leggere, tra gli altri contributi, lo scritto di V. Roppo, *Negozio giuridico, Stato, società civile. Sui rapporti tra teoria del negozio e teoria dell'atto amministrativo*, pp. 201-215); G.B. Ferri, *Negozio giuridico*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1995, *ad vocem*; P. Cappellini, *Negozio giuridico (storia)*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1995, *ad vocem*. Da ultimo, si veda M. Spanò, *Situazioni dell'autonomia*, in A. Quarta, M. Spanò (a cura di), *Rispondere alla crisi. Comune, cooperazione sociale e diritto*, Verona, 2017, pp. 127-144.

diffusione dal punto di vista pratico. La risposta a queste istanze fu l'elaborazione della categoria del contratto di diritto pubblico, con la quale – al netto delle differenti ricostruzioni della medesima³², e malgrado non fosse raro che le amministrazioni operassero anche tramite moduli negoziali “ordinari”³³ – si ebbe il tentativo di comporre, da un lato, l'idea di contratto come accordo e incontro di due volontà e, dall'altro lato, l'esigenza di mantenere in capo allo Stato la posizione di superiorità da esso ricoperta nell'esercizio delle sue potestà.

In ogni caso, in questa sede è sufficiente limitarsi a dare conto della teoria gianniniana sul contratto a oggetto pubblico, che deve ritenersi il più autorevole e influente tentativo italiano di sistemazione dell'assetto dei rapporti tra sfera dell'azione pubblica autoritativa e dimensione negoziale. Secondo Giannini, è a oggetto pubblico quel contratto che abbia un oggetto riservato in esclusiva alla potestà amministrativa. Prescindendo dalle consistenti difficoltà connesse alla nozione di oggetto come requisito del contratto e del negozio³⁴, si può rilevare che una tale costruzione teorica tiene consapevolmente ferma la distinzione tra discrezionalità (di cui sono investite le pubbliche amministrazioni) e autonomia (attribuita ai soggetti di diritto privato), così riconoscendo l'esistenza di rapporti contrattuali ma, allo stesso tempo, postulando rispetto a essi sia la priorità logica del provvedimento autoritativo, sia la capacità della parte pubblica di riesercitare in qualsiasi momento i propri poteri unilaterali. I contratti a oggetto pubblico, del resto, possono essere “accessivi”, “ausiliari” e “sostitutivi”: sicché la qualificazione giuridica dipende dalla posizione che il contratto assume rispetto al provvedimento³⁵.

32 Secondo un primo orientamento, nell'inquadramento del contratto di diritto pubblico la volontà del privato avrebbe potuto rilevare soltanto ai fini della costituzione di una situazione di assoggettamento del singolo alla potestà statale, così libera di essere esplicita in maniera unilaterale e autoritativa: furono queste le tesi di G. Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Milano, 1912. Una differente ricostruzione esclude che la supremazia statale potesse essere inficiata da forme di contrattualità, e così intese qualificare il contratto di diritto pubblico come un atto amministrativo autoritativo implicante sottomissione del privato: in proposito v. O. Mayer, *Le droit administratif allemand. Tome Premier, Partie Générale*, Paris, 1903. Per una prima informazione in merito alle ricezioni italiane più influenti sugli sviluppi futuri della cultura giuridica si segnalano almeno F. Cammeo, *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico (Contratti di diritto pubblico)*, in *Giur. it.*, 1900, parte IV, cc. 1-16; U. Forti, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1900, parte IV, c. 369-429; e O. Ranalletti, *Il concetto di «pubblico» nel diritto*, in *Riv. it. scienze giuridiche*, 1905, pp. 337-354. Ragguagli più generali sul contratto di diritto pubblico sono disponibili in P. Virga, *Contratto*, cit.; e in F. Ledda, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo (Contributo ad uno studio dei c.d. contratti di diritto pubblico)*, Torino, s.d. (ma 1965).

33 Donde la riflessione, messa a punto alla fine degli anni Trenta ma destinata a esercitare una perdurante influenza, di A. Amorth, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. Pubblico*, 1938, pp. 455-556.

34 Per una prima informazione in proposito v. G. Gorla, *La teoria dell'oggetto del contratto nel diritto continentale (civil law)*, in *Jus*, 1953, pp. 289-304; F. Carresi, *Il contenuto del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, p. 365 ss.; N. Irti, *Oggetto del negozio giuridico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1965, pp. 799-806; P. Locatelli, *Oggetto dei diritti*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1965, pp. 779-799; D. Messinetti, *Oggetto dei diritti*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, pp. 808-827; C.A. Cannata, *Oggetto del contratto*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, *ad vocem*; G. Alpa, R. Martini, *Oggetto del negozio giuridico*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1995, *ad vocem*. È noto, peraltro, che le difficoltà poste dall'oggetto come requisito del contratto hanno facilitato uno spostamento dell'attenzione scientifica verso la categoria del contenuto del regolamento contrattuale, per esempio in forza dell'idea per cui «contenuto dell'accordo è ogni medio logico in cui ci si imbatte mentre si procede dall'accertamento del contenuto del testo verso l'elaborazione dei risultati del negozio» (R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, Torino, 2016, p. 945). Sul punto v. R. Fiori, *Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica*, in AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, Napoli, 2003, pp. 169-238; nonché, più di recente, la complessiva trattazione di E. Gabrielli, *L'oggetto del contratto*, in *Il codice civile. Commentario fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli*, Milano, 2015.

35 Tra i molti riferimenti possibili v. M.S. Giannini, *Corso di diritto amministrativo, III, L'attività amministrativa*, Milano, 1967, vol. 3.2, pp. 97-103. Sempre alla metà degli anni Sessanta risale lo studio – meno influente, ma non meno importante rispetto alla riflessione di Giannini – di F. Ledda, *Il problema del contratto*, cit. Quanto alla peculiare costruzione dell'oggetto pubblico come oggetto “riservato” ed “esclusivo”, è bene ricordare l'insegnamento di chi aveva rilevato come il *proprium* dello Stato di diritto in senso formale fosse la «negazione della capacità di ogni altro soggetto politico, economico e sociale, di perseguire finalità collettive. (...) Del resto, anche l'*imperium* dello stato è basato su questa assolutizzazione: se lo stato non dovesse negare la capacità altrui di fare ciò che esso fa, dovrebbe troppo spesso piegarsi al contratto e al rapporto convenzionale» (G. Berti, *Stato di diritto informale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/1992, p. 15).

4. Segue. Gli ostacoli all'affermazione delle ricostruzioni civilistiche.

Com'è agevole constatare, le odierne discussioni sulla disciplina e sulla natura degli accordi tra amministrazioni e privati riportano sovente alla luce questioni già presenti, in tutto o in parte, da almeno mezzo secolo nelle riflessioni della più attenta dottrina giuspubblicistica. Si tratta allora di verificare, più nei dettagli, se sia possibile e/o opportuno aggiornare i dibattiti e le interpretazioni consolidate in questa materia in virtù di due elementi: le trasformazioni delle relazioni istituzionali tra apparati pubblici e settore privato avvenute negli ultimi decenni; l'attuale configurazione del contratto di diritto comune come istituzione giuridica.

A questo proposito, occorre sottolineare come uno dei più attenti studiosi degli accordi abbia sintetizzato le sue riserve nei confronti delle ricostruzioni in senso contrattuale di tali figure ritenendo insuperabile «la difficoltà di piegare gli istituti civilistici a finalità ad essi intrinsecamente estranee»³⁶. Una simile affermazione può essere sciolta in quattro argomentazioni connesse, nelle quali possono effettivamente individuarsi i principali ostacoli all'affermazione delle interpretazioni in senso civilistico degli accordi.

In primo luogo, il più tradizionale (e forse anche il più influente) argomento evocato dalle concezioni pubblicistiche ha a che fare con l'incommensurabilità delle volontà delle pubbliche amministrazioni da un lato, e dei soggetti privati dall'altro lato. I fautori di questa tesi, in estrema sintesi, negano che due posizioni «ontologicamente» differenti e asimmetriche possano concorrere in maniera bilaterale alla formazione di un accordo contrattuale di diritto comune. È in questa ottica che, come si è già constatato, ancora oggi si tende a negare che il consenso della parte privata sia necessario ai fini del perfezionamento di un accordo *ex art. 11* legge n. 241 del 1990³⁷. Ciò non deve del resto stupire. Nella misura in cui gli accordi tra amministrazioni e privati ricevono un inquadramento teorico che non presenta discontinuità di sorta rispetto a talune risalenti concezioni del contratto di diritto pubblico, diventa ben possibile mutuare, anche per i primi, la convinzione per cui «non si può avere un incrocio contrattuale di facoltà eterogenee e precisamente, da un lato, di diritti soggettivi dei privati e, dall'altro, di pubbliche potestà dell'amministratore»³⁸. Un corollario di tale impostazione riguarda le interferenze tra definizione degli interessi pubblici da perseguire e rilevanza dell'elemento causale degli atti posti in essere dalle parti. Secondo una risalente opinione, individuare la causa degli atti amministrativi negoziali nell'interesse pubblico non sarebbe possibile poiché quest'ultimo – più che requisito essenziale dell'atto negoziale – rilevarebbe come «finalità tendenziale d'indole generale, (...) scopo astratto» e «presupposto in virtù del quale l'atto amministrativo acquista e mantiene la propria natura (...)»³⁹. L'influenza di tale approccio è evidente in quegli orientamenti⁴⁰ – il cui rigore è stato smussato solo in anni recenti, complici riflessioni sulla causa che si sono sviluppate all'insegna della valorizzazione di fattori sovra-

36 E. Bruti Liberati, *Accordi*, cit., p. 9.

37 V. nota 18, *retro*.

38 P. Virga, *Contratto*, cit., p. 982. Questo autore espresse così una posizione non esente da critiche – il suo approccio fu tacciato «di astratta perentorietà» già prima della fine degli anni Sessanta del secolo scorso (M.S. Giannini, *Corso*, cit., 3.2., p. 99) – ma di certo conseguente. Infatti, nell'approccio di Virga il problema del contratto di diritto pubblico poteva essere ben delimitato, risolvendosi questa figura nel concorso della volontà dei privati nell'esercizio «di pubbliche potestà in cui si sostanzia il provvedimento amministrativo» e potendosi, quindi, distinguere dagli ordinari contratti di diritto privato, dai contratti amministrativi (tali perché sostanzialmente disciplinati da fonti pubblicistiche, come gli appalti pubblici) e dagli atti complessi.

39 Le espressioni riportate nel testo sono di S. Pugliatti, *Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici*, in Id., *Diritto civile. Metodo – Teoria – Pratica*, Milano, 1951, pp. 88-89. Conviene in ogni caso rammentare, in proposito, le notazioni svolte sin dalla fine degli anni Cinquanta da Giannini, in merito alla c.d. «attività amministrativa alternativa di diritto privato»: «in passato è stato dibattuto specie il punto relativo alla causa, che ha però ben pochi profili di reale interesse: il negozio privato posto in essere dall'amministrazione in questa particolare sua sede, tendenzialmente è portato ad uniformarsi al regime di diritto comune» (M.S. Giannini, *Attività amministrativa*, *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, *ad vocem*).

40 V. per tutti M. Bessone, *Natura giuridica dei piani di lottizzazione*, in M. Costantino (a cura di), *Convenzioni urbanistiche*, cit., pp. 231-250 (spec. p. 236).

individuali ed ecologici⁴¹ – volti a predicare, nel settore dell'urbanistica negoziale, la nullità delle convenzioni di lottizzazione. In particolare, si reputò che esse, se ricostruite in termini contrattuali, sarebbero state prive di causa (in quanto esercitare poteri amministrativi in modo conforme all'interesse pubblico sarebbe stato doveroso, senza margini di negoziazione in proposito) e comunque viziata da causa illecita (nel caso in cui le lottizzazioni convenzionate recassero clausole in grado di contraddire l'interesse pubblico).

Sotto un secondo e decisivo profilo, la rilevanza civilistica degli accordi tra amministrazioni e privati viene sovente negata perché a essere negato è il carattere patrimoniale del rapporto giuridico costituito tra le parti. La questione della patrimonialità è davvero cruciale, e su di essa si tornerà nel prossimo paragrafo⁴². Per il momento, è sufficiente dare conto delle due principali considerazioni in merito alla supposta carenza di patrimonialità degli accordi *ex art. 11* legge n. 241 del 1990. Da un lato, tradizionalmente si reputa impossibile prospettare negoziazioni privatistiche in ordine a utilità e interessi le cui protezione e promozione sono rimesse in esclusiva ai poteri autoritativi delle pubbliche amministrazioni. Dall'altro lato, e specularmente, un contratto di diritto comune non appare configurabile tra amministrazioni e privati, dal momento che l'art. 1321 c.c. definisce contratto «l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale» e che la patrimonialità del rapporto, a sua volta, tende usualmente a essere desunta *ex art. 1174 c.c.* dal carattere patrimoniale – ossia dalla suscettibilità di valutazione economica – della prestazione del debitore⁴³. In questa ottica, le relazioni giuridiche tra amministrazioni e privati sono distinte dai rapporti giuridici patrimoniali di natura privatistica e, quand'anche organizzate tramite moduli negoziali, assoggettate ai principi e alle regole propri dell'attività amministrativa⁴⁴. Sulla scorta di tali interpretazioni si segnala, ancora di recente, l'opinione di chi – pur problematizzando sotto più aspetti le concezioni tradizionali – basa le proprie riflessioni sugli accordi sul fatto che essi sono intesi come «gli atti negoziali fondati sul consenso condiviso tra due o più soggetti, di cui almeno uno è una pubblica amministrazione, tesi a regolare rapporti in cui sono in gioco interessi pubblici che non hanno natura patrimoniale o che non hanno

41 Per l'orientamento menzionato nel testo v. senz'altro M. Pennasilico, *Contratto ecologico e conformazione dell'autonomia negoziale*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2017, 4-31, consultabile online; nonché P. Perlingieri, *Persona, ambiente e sviluppo*, in M. Pennasilico (a cura di), *Contratto e ambiente. L'analisi "ecologica" del diritto contrattuale*, Napoli, 2016, pp. 321-342. Quanto alla dialettica tra rilevanza dell'interesse pubblico e requisito causale nell'inquadramento degli accordi v. F. Giglioni, A. Nervi, *Gli accordi*, cit., pp. 53-61; G. Greco, *Accordi*, cit., pp. 114-122. Per una critica alle tesi sulla causa ecologica v. S. Pagliantini, *Sul c.d. contratto ecologico*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2016, 2, pp. 337-344. Non si deve tacere, d'altra parte, che nelle riflessioni contemporanee sulla teoria del contratto il requisito causale va perdendo l'antica centralità: sul punto v., per tutti, R. Sacco, *Causa*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 2014, *ad vocem*. Un altro Maestro del diritto civile italiano ha precisato che «non c'è più alcuna simmetria tra il modo con cui venivano tradizionalmente indirizzate le discussioni sulla causa, quale che fosse l'esito ricostruttivo, e le sue odierne riesumazioni nel contesto di un diritto di fonte europea che tende sostanzialmente ad emarginare il concetto tutto annegandolo nell'analisi del contenuto contrattuale» (N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 167). Per comprendere le evoluzioni degli studi sulla categoria della causa resta ancora fondamentale la lettura di G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966.

42 Sin da ora, in ogni caso, è opportuno rinviare, a mero titolo esemplificativo, a M. Barcellona, *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giuridici*, in *Quadrimestre*, 1987, pp. 607-682; D. La Rocca, *Diritto e denaro. Il valore della patrimonialità*, Milano, 2006; R. Sacco, *Patrimonialità del rapporto giuridico, requisito del contratto*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 2010, *ad vocem*.

43 Com'è evidente, nei passaggi sintetizzati nel testo sono in questione i veri e propri fondamenti del diritto privato patrimoniale. In questa sede è sufficiente e necessario limitarsi a indicare alcuni riferimenti utili ad avere una prima informazione in proposito: G. Cian, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione (Valore normativo dell'art. 1174 c.c.)*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, pp. 197-256; A. Di Majo, *Delle obbligazioni in generale. Artt. 1173-1176*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988; U. Breccia, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato a cura di G. Iudica e P. Zatti*, Milano, 1991; A. Fondrieschi, *Prestazione*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 2007, *ad vocem*; V. Roppo, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato a cura di G. Iudica e P. Zatti*, 2a ed., Milano, 2011.

44 Sembrò andare in questa direzione, ormai cinquant'anni fa, l'originale riflessione di F.P. Pugliese, *Il procedimento amministrativo*, cit.; più di recente v. F.G. Scoca, *Attività Amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Milano, 2002, *ad vocem*.

l'esclusiva causa dell'accordo nella natura patrimoniale»⁴⁵.

In virtù di un terzo argomento, l'idea che gli accordi *ex art. 11* legge n. 241 del 1990 siano contratti è rifiutata con riferimento agli effetti soggettivi dell'atto. Assunte, infatti, la relatività degli effetti del contratto e la regola per cui un regolamento contrattuale ha forza di legge tra le parti e di regola non opera *ultra partes*⁴⁶, si desume che la qualificazione in termini contrattuali degli accordi comporterebbe insuperabili problemi di tutela dei terzi. Secondo questa impostazione, applicare la *privity* del contratto agli accordi tra amministrazioni e privati potrebbe, in concreto, pregiudicare la posizione di soggetti che sono terzi rispetto all'atto concluso dalle parti, ma non estranei a un rapporto giuridico in ogni caso volto al «perseguimento del pubblico interesse», e regolato dal titolo negoziale di cui all'art. 11 della legge sul procedimento amministrativo. Sulla base di tali meritorie istanze di tutela, la qualificazione come contratti di diritto comune degli accordi è stata negata in due modi: per un verso, si è espressamente esclusa – lo si è già accennato – l'applicabilità dell'art. 1372 c.c. a queste figure giuridiche⁴⁷; per altro verso, si è definito un doppio regime di qualificazione e di disciplina, tale per cui il diritto delle obbligazioni e dei contratti è applicabile (salve eccezioni) tra le parti, mentre nei confronti dei terzi l'accordo deve essere qualificato come provvedimento autoritativo, sicché i soggetti che da esso si ritengono lesi possono contestarlo avvalendosi dei rimedi amministrativistici⁴⁸.

Da ultimo, la devoluzione delle controversie in materia di «formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento» alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è stata ritenuta – come si è già detto sopra – un indice inequivocabile della matrice pubblicistica degli accordi di cui all'art. 11 legge n. 241 del 1990. In breve, la sussistenza di rapporti giuridici contrattuali di diritto comune è per lo più ritenuta incompatibile con l'affermazione di un sindacato giurisdizionale il cui fondamento istituzionale è individuato nella necessità di dirimere liti costitutivamente asimmetriche, rispetto alle quali viene in questione l'esercizio del potere autoritativo pubblico.

5. Paradigmi del contratto e crisi della *divisio* pubblico-privato: la persistente (in)attualità degli accordi

L'insieme di argomenti contrari all'inquadramento in senso civilistico degli accordi influenza in modo preponderante i dibattiti sulle relazioni negoziali tra pubbliche amministrazioni e privati, caratterizzando in particolare quelle che si sono sopra definite le (assai accreditate) letture “mediane”, che scorgono negli accordi un istituto *sui generis* di matrice pubblicistica. Occorre però rilevare che simili concezioni tendono a dare per assunto ciò che invece andrebbe dimostrato, ossia l'esistenza di finalità intrinseche e di attributi “connaturati” suscettibili di informare la fisionomia giuridica e la disciplina sia del potere delle pubbliche amministrazioni (e del relativo esercizio discrezionale), sia del contratto di diritto comune. Nell'un caso, ancora in anni recenti si è ribadito che negli Stati a diritto amministrativo la cura di interessi pubblici, governata dal principio di legalità, implica una posizione di supremazia e di responsabilizzazione funzionale delle amministrazioni, sicché «gli atti di diritto privato della pubblica amministrazione non avrebbero mai potuto diventare dei negozi giuridici in senso proprio»⁴⁹. Nell'altro caso, si conferma il

45 F. Giglioni, A. Nervi, *Gli accordi*, cit., pp. 6-7.

46 Fermo restando quanto si vedrà *infra*, fin da ora sul punto v.: L. Vacca (a cura di), *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, 2001; G. Alpa, A. Fusaro (a cura di), *Effetti del contratto nei confronti dei terzi*, Milano, 2000; G. De Nova, *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993.

47 Per la posizione di Eugenio Bruti Liberati v. nota 21, *retro*.

48 La soluzione interpretativa di cui si è dato conto nel testo era già sostanzialmente delineata centoventi anni fa: «l'Amministrazione si obbliga verso il singolo, stabilendo un vincolo alla propria volontà discrezionale; poi, esercitando l'imperio sopra i cittadini, esplica questa volontà entro i limiti che essa stessa si è posta, e tutto quanto deve, per natura, rientrare nelle sue funzioni d'impero rappresenta l'*esecuzione* del contratto di diritto pubblico» (U. Forti, *Natura giuridica delle concessioni*, cit., c. 419; note al testo originale omesse). Oggi accolgono questa impostazione M. Renna, *Il regime delle obbligazioni*, cit.; e F. Giglioni, A. Nervi, *Gli accordi*, cit., p. 92, secondo i quali «dal punto di vista del terzo, dunque, l'accordo costituisce manifestazione della funzione amministrativa e, pertanto, diventa sindacabile ai sensi della normativa rilevante in punto di vizi del provvedimento amministrativo».

49 F. Merusi, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in G.B. Ferri,

complesso di idee per cui il contratto sarebbe anzitutto lo strumento tramite il quale individui in posizione di libertà e uguaglianza perseguono – nella cornice del mercato, di cui il contratto stesso è infrastruttura giuridica fondante – il soddisfacimento dei propri interessi idiosincratici, confrontandosi con interessi antagonisti delle controparti e così costituendo e organizzando rapporti patrimoniali di regola bilaterali, onerosi e caratterizzati dallo scambio di prestazioni corrispettive⁵⁰. Ebbene, un tale approccio risulta criticabile in quanto desume concreti elementi ricostruttivi da assunzioni teleologiche generalissime, e forse non sufficientemente corroborate da argomenti di ordine tecnico-giuridico e storico-istituzionale. In altre parole, la divaricazione tra gli accordi delle pubbliche amministrazioni e i contratti di diritto comune è un'operazione interpretativa che continua a essere possibile a patto di considerare costante e immutabile la distinzione tra (diritto) pubblico e (diritto) privato, a sua volta intesa – sulla scorta dell'autorevole insegnamento di Rosario Nicolò – come «differenziazione finalistica delle varie parti dell'ordinamento, in funzione cioè della natura degli interessi che costituiscono presupposto e oggetto della tutela o in genere della qualificazione normativa (...)»⁵¹.

A fronte di un assetto così delineato, adottare la prospettiva del diritto civile conduce a una differente (e relativizzata) configurazione della dimensione teleologica, nonché a ricostruire la disciplina e la natura giuridica degli accordi tra amministrazioni e privati con particolare attenzione per la struttura degli istituti indagati e per il concreto funzionamento delle relazioni tra i soggetti coinvolti. In questa ottica, diventano possibili alcune chiarificazioni di non poco momento. Da un lato, negli argomenti ostativi alla qualificazione in senso privatistico degli accordi è facile scorgere, come si è già accennato, la sostanziale riproposizione di tesi già sviluppate in merito al contratto di diritto pubblico e al contratto a oggetto pubblico. Dall'altro lato, e soprattutto, si tratta di mostrare come le più tradizionali concezioni del contratto di diritto comune siano ormai insostenibili, al cospetto sia dell'incessante diffusione di esso come infrastruttura della circolazione giuridica, sia – di conseguenza – della crescente complessità delle operazioni economiche e dei rapporti giuridici che tramite contratti si costituiscono e regolano.

Procedendo con ordine, e riprendendo l'elencazione di argomenti proposta nel paragrafo precedente, si può osservare quanto segue.

L'idea dell'incommensurabilità delle volontà e delle posizioni di amministrazioni e privati sembra poco perspicua sotto diversi profili. In generale, è la convinzione stessa che il contratto sia anzitutto atto bilaterale e incontro di volontà, posto in essere da soggetti in posizione di uguaglianza formale, a dover essere annoverata tra le mitologie giuridiche del passato⁵². Per un verso, a partire dall'analisi dell'art. 1333 c.c. (relativo al contratto con obbligazioni del solo proponente⁵³) autorevole dottrina ha potuto negare che la bilateralità sia elemento costitutivo del contratto: una proposta ricostruttiva, questa, che appare rilevante ai fini del presente studio, in quanto è stata adottata per qualificare le convenzioni urbanistiche (non come esempio per antonomasia di accordi *ex art. 11*, bensì) come «promesse condizionate ad un evento, favorevole al promittente, su cui il promissario può influire»⁵⁴. Per altro verso, è ormai acclarato da tempo che anche nel diritto privato

G. Furguele, F. Merusi, P. Perlingieri, *Salvatore Romano giurista degli ordinamenti e delle azioni*, Milano, 2007, p. 51.

50 In proposito v., da ultimo, F. Giglioni, A. Nervi, *Gli accordi*, cit. pp. 45-53.

51 R. Nicolò, *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, *ad vocem*.

52 Per il riferimento alle “mitologie” v., senz'altro, P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007; nonché S. Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, oggi ripubblicato a cura di M. Croce e M. Goldoni, Macerata, 2019. In merito alla critica e al superamento del volontarismo v., per tutti, E. Betti, *Teoria generale*, cit.; N. Irti, *Itinerari*, cit.; R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, cit., pp. 397-442.

53 Ai sensi dei due commi di questo articolo, «la proposta diretta a concludere un contratto da cui derivino obbligazioni solo per il proponente è irrevocabile appena giunge a conoscenza della parte alla quale è destinata. Il destinatario può rifiutare la proposta nel termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi. In mancanza di tale rifiuto il contratto è concluso».

54 Per questa originale lettura privatistica v. A. Candian, A. Gambaro, *Le convenzioni urbanistiche*, Milano, 1992, p. 137. Candian e Gambaro sposano, sul punto, la ricostruzione di Rodolfo Sacco, secondo il quale «la bilateralità non è, né è mai stata, requisito di tutti i contratti. L'esame storico e comparatistico, nonché la valutazione degli interessi, l'analisi razionale del problema, l'attenzione al sistema, giustificano ampiamente l'atteggiamento del legislatore, che

esistono numerose classi di rapporti giuridici strutturalmente asimmetrici, per la comprensione dei quali i richiami all'uguaglianza formale si rivelano inservibili e devono, semmai, essere integrati dal riferimento a una dimensione di «autorità»⁵⁵. Sicché risulta condivisibile la convinzione di chi ha rilevato che «la parità quale elemento ontologicamente costitutivo dei rapporti di diritto privato è oggi largamente revocata in discussione»⁵⁶.

Anche su un piano più specifico, si può notare che l'incommensurabilità tra le posizioni delle parti contraenti non viene evocata con riguardo ai contratti a evidenza pubblica, cui il settore pubblico ricorre per procurarsi sul mercato lavori, servizi e forniture di cui necessita per assolvere i propri compiti⁵⁷. Rispetto a quanto si è visto in materia di accordi, la qualificazione in senso privatistico di tali contratti è molto più accettata sia poiché i rapporti giuridici sussistenti tra parti pubbliche e contraenti privati (per lo più bilaterali e sinallagmatici) sono facilmente riconducibili alle più tradizionali concezioni del contratto, sia perché le teorie c.d. «a doppio grado» consentono, come noto, di distinguere il regime pubblicistico della fase di formazione degli atti dalla disciplina civilistica dei rapporti⁵⁸. Eppure, una tale differenziazione sembra oggi superabile: a ben vedere, i contratti a evidenza pubblica hanno a che fare non meno degli accordi con l'esercizio di funzioni e con il raggiungimento di obiettivi di interesse pubblico. Dal punto di vista del diritto dei contratti, ciò che in entrambi i casi si può rilevare è, piuttosto, che i rischi di abusi – a danno delle controparti in posizione di debolezza (si pensi al fenomeno noto come “cattura del regolatore”⁵⁹), oppure a scapito della collettività (*sub specie* di esborsi ingiustificati di risorse pubbliche e/o di pregiudizi per gli assetti concorrenziali di mercato e/o di accordi irragionevolmente produttivi di esternalità negative) – sono governati tramite modelli procedimentali come l'evidenza pubblica stessa e le regole di cui all'art. 11 legge n. 241 del 1990. Ebbene, in questa prospettiva occorre riconoscere che è arduo riscontrare differenze qualitative tra i procedimenti di formazione degli atti negoziali di cui le amministrazioni sono parti, da un lato, e i vari modelli procedimentali “privatistici” la cui diffusione è all'origine di convincenti riflessioni in materia di procedimentalizzazione del contratto⁶⁰.

ha voltato di proposito le spalle, in una serie di ipotesi, al dogma della bilateralità. Beninteso, la bilateralità nella formazione del contratto sarà indispensabile se gli effetti del contratto sono bilaterali e reciproci, se cioè l'accettazione dell'oblato contiene a sua volta una repromissione. Il quesito sollevato nella presente sede sorge ovviamente solo per contratti tendenti ad imporre obblighi o altri vincoli a una sola delle parti» (R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, cit., p. 223). Chi scrive ha ritenuto di non aderire all'ipotesi interpretativa autorevolmente proposta da Candian e Gambaro, evidenziando la struttura sinallagmatica (e, dunque, la presenza di repromissioni delle pubbliche amministrazioni destinatarie delle promesse dei privati) dei più risalenti moduli negoziali urbanistici, e in particolare della convenzione di lottizzazione: in proposito, sia consentito il rinvio a R.A. Albanese, *Nel prisma dei beni comuni*, cit., pp. 229-238.

55 È questo, infatti, l'insegnamento di C.M. Bianca, *Le autorità private*, Milano, 1977. Una fine sensibilità nei riguardi della complessità dei rapporti giuridici privatistici si coglie anche in L. Bigliuzzi Geri, *Interesse legittimo*, cit. Negli ultimi anni v. A. Zoppini, P. Sirena (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione. A quarant'anni da «Le autorità private» di C.M. Bianca*, Roma, RomaTrE-Press, 2018. Nel quadro di questo studio, è importante infine rammentare che un autore come Widar Cesarini Sforza individuò proprio nell'autorità, nello scambio e nell'antagonismo degli interessi tre decisivi elementi per distinguere il “diritto dei privati” (ove la dimensione giuridica dell'istituzionalismo e dell'autorità avrebbe tolto spazio alle logiche dello scambio e dell'antagonismo) e la sfera del contratto. In particolare, l'autonomia dei corpi sociali e la specificità del diritto dei privati furono affermate *per differentiam*, sostenendo che «perché vi sia contratto, deve verificarsi uno scambio di prestazioni per la soddisfazione di due diversi e contrari interessi» (W. Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati*, Macerata, 2018, pp. 57-58).

56 A. Zoppini, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra stato e mercato)*, in V. Roppo, P. Sirena (a cura di), *Il diritto civile*, cit., p. 383. In una prospettiva più generale v. D. Poletti, *Soggetti deboli*, in *Enc. dir.*, Annali, VII, Milano, 2014, *ad vocem*.

57 Sul punto v., a mero titolo esemplificativo, A. Nervi, V. Ricciuto, *Il contratto della Pubblica Amministrazione*, cit.; A. Fioritto (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, Torino, 2016.

58 Quanto alle teorie del doppio grado, un'esposizione aggiornata e attenta agli aspetti civilistici delle stesse è nel già citato lavoro di M. Renna, *Il regime delle obbligazioni*, cit.

⁵⁹ In merito al quale v. un cenno in G. Napolitano, *Miti e funzioni del diritto privato*, cit.

60 In proposito v. A. M. Benedetti, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002; R. Di Raimo, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003. Più in generale,

Come si è detto, un secondo e decisivo argomento volto a negare che gli accordi siano contratti di diritto comune è l'esclusione della patrimonialità dei rapporti giuridici costituiti da amministrazioni e privati. Senonché, anche sulla scorta di quanto accennato nel paragrafo precedente, si può ora affermare che questa convinzione si regge su due considerazioni opinabili. Da un lato, essa presuppone una nozione di interesse pubblico assai compatta e semplificata, la cui promozione è demandata in esclusiva alle scelte discrezionali – i.e. autoritative – della pubblica amministrazione. Una tale concezione, però, allude a un assetto istituzionale che non trova riscontro nell'odierno quadro di complessità e di differenziazione degli interessi sovra-individuali, pubblici e privati⁶¹. Dall'altro lato, essa ignora quella che è la storicità del più importante requisito richiesto dall'art. 1321 c.c. perché si abbia un contratto, ossia (per l'appunto) la patrimonialità del rapporto giuridico costituito e regolato dalle parti. Sebbene non sia qui possibile prendere in considerazione nei dettagli problemi così fondamentali, occorre rammentare che si può cominciare a contestualizzare e comprendere l'elemento della patrimonialità solo alla luce delle relazioni ambivalenti che esso intrattiene con alcuni concetti contigui. Si pensi alla suscettibilità di valutazione economica della prestazione del debitore, prevista dall'art. 1174 c.c. ma generalmente impiegata per desumere il carattere patrimoniale di un rapporto giuridico contrattuale. Si pensi, inoltre, alla commerciabilità, storicamente decisiva dal momento che, nel sancire la corrispondenza biunivoca tra contratto e mercato, l'art. 1116 del codice civile del 1865 statuiva che «le sole cose che sono in commercio, possono formare oggetto di contratto»⁶². Si pensi, ancora, alla negoziabilità, tradizionalmente reputata un attributo “naturale” degli interessi ricondotti all'autonomia contrattuale dei privati e un elemento del tutto estraneo all'esercizio del potere pubblico.

Un simile insieme di opzioni ricostruttive è coerente con una ben precisa configurazione

tra le moltissime riflessioni in merito alle interferenze tra diritto dei contratti e rilievo delle asimmetrie v. A. Zoppini, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, pp. 515-542; C. Camardi, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Europa e diritto privato*, 2008, pp. 831-892; G. Vettori, *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Contratto e Impresa*, 2012, pp. 1190-1215; A. Gentili, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, pp. 1479-1511. Del resto, sul punto fu già significativo l'insegnamento di Giannini, secondo il quale «i contratti ad evidenza pubblica (...) non formano invece una categoria come le tre [tipologie di contratto a oggetto pubblico] di cui si è detto, ma stanno a sé, come una categoria contraddistinta da una particolare procedura di conclusione; sono cioè una categoria procedimentale, che dal punto di vista sostanziale può essere applicata a contratti ordinari, speciali e ad oggetto pubblico» (M.S. Giannini, *Corso*, cit., 3.2., p. 25). In anni più recenti, v. S.S. Scoca, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Milano, 2008.

61 Uno dei principali apporti ricostruttivi degli studi sui beni comuni consiste precisamente nell'aver dimostrato l'opportunità di riflessioni giuridiche più sofisticate, perché più attente alle concrete operazioni del diritto (che prescindono in buona parte dalla distinzione assiomatica tra pubblico e privato), alla possibile complessità del diritto patrimoniale e all'importanza della dimensione rimediale. In proposito v., senza pretesa di completezza: U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2011; M.R. Marella (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona 2012; P. Grossi, *I beni: itinerari tra “moderno” e “pos-moderno”*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 4/2012, pp. 1059-1085; L. Nivarra, *La funzione sociale della proprietà: dalla strategia alla tattica*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 4/2013, pp. 503-530; Id., *Quattro usi di «beni comuni» per una buona discussione*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1/2016, pp. 41-62; A. Di Porto, *Res in usu pubblico e “beni comuni”. Il nodo della tutela*, Torino, 2013; A. Quarta, M. Spanò (a cura di), *Beni comuni 2.0. Contro-egemonia e nuove istituzioni*, Milano-Udine, 2016. Nel settore del governo del territorio, così importante per comprendere l'istituto degli accordi, la consapevolezza in merito alla necessità di un approccio polifunzionale era affermata già negli anni Ottanta: P. Stella Richter, *Profili funzionali dell'urbanistica*, Milano, 1984; V. Cerulli Irelli, *Pianificazione urbanistica e interessi differenziati*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1985, pp. 386-443.

62 Si rammenti, sul punto, la riflessione di chi aveva potuto riscontrare, nel diritto delle obbligazioni e dei contratti, possono ravvisarsi «e la pertinenza del principio di patrimonialità a forme attributive che travalicano i limiti del contesto normativo in cui esso ricorre e, soprattutto il ruolo (quasi) costitutivo che per il suo tramite l'ordinamento assegna al mercato. Ma, soprattutto, si può cogliere il grado elevato di astrazione con cui il sistema giuridico, attraverso tale principio, introietta la logica economica» (M. Barcellona, *Attribuzione normativa e mercato*, cit., p. 653). Per problematizzare lo studio dei rapporti tra diritto, patrimonialità e mercato, sono, da diverse prospettive, fondamentali Y. Thomas, *Il valore delle cose*, Macerata, Quodlibet, 2015; e N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2016 (1a ed. 1998). Da ultimo, si veda l'importante studio di A. Quarta, *Mercati senza scambi. Le metamorfosi del contratto nel capitalismo della sorveglianza*, Napoli, 2020.

istituzionale del contratto. Il contratto è il dispositivo giuridico basilare del mercato. Il contratto è il prodotto dell'autonomia di parti libere, razionali e auto-responsabili, la cui efficacia è riconosciuta e costituita dall'ordinamento giuridico nonché presidiata dalla *privity*. Il contratto, e la sua disciplina, sono veicoli della c.d. «oggettivazione dello scambio»⁶³. Più in particolare, le concezioni più tradizionali della patrimonialità sono connesse alla convinzione per cui il contratto individua quasi esclusivamente il fenomeno economico dello scambio e regola rapporti obbligatori caratterizzati dalla presenza di prestazioni corrispettive, volte a soddisfare interessi antagonisti delle parti contraenti.

È appena il caso di rammentare che proprio l'antagonismo degli interessi delle parti e la sinallagmaticità dei rapporti tra le stesse furono i due elementi differenziali tra contratto e «accordo in senso stretto» individuati da Emilio Betti, il quale, a questo proposito, aveva avvertito che «sarebbe ozioso distinguere l'accordo dal contratto, se poi si dovesse concludere che queste due categorie di negozi abbiano il medesimo regime legale»⁶⁴. A fronte di tale notazione – e malgrado autorevoli prese di posizione a favore di una rinnovata visione antagonista e «rude» del contratto⁶⁵ – appare arduo ritenere le concezioni più risalenti compatibili con la grande complessità strutturale e funzionale delle relazioni contrattuali contemporanee. Corroborano questo giudizio non soltanto gli studi, ormai classici, sul contratto associativo – che hanno dimostrato come il contratto sia istituto idoneo a organizzare e governare relazioni cooperative, improntate alla convergenza degli interessi e delle prestazioni dei paciscenti⁶⁶ – ma anche, e soprattutto, il vieppiù frequente uso del contratto come strumento capace di costituire e regolare, con le tecniche del diritto privato patrimoniale, rapporti giuridici ibridi e caratterizzati sia dallo scambio sia dall'organizzazione, sia dall'antagonismo sia dalla cooperazione. La diffusione e la complessificazione del contratto sono riscontrabili in numerosi settori della vita associata: dalle relazioni familiari (nelle quali la contrattualità va conquistando spazi crescenti⁶⁷) ai contesti di mercato (in cui si distingue in particolare il contratto di rete⁶⁸); sino, per l'appunto, al variegato panorama dei rapporti tra

63 In proposito v. F. Galgano, *Degli effetti del contratto*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, pp. 8-15. Sulla scorta di questo insegnamento è anche M. Franzoni, *Degli effetti del contratto*, in *Commentario codice civile fondato e già diretto da P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli*, Milano, 2013, pp. 12-20.

64 E. Betti, *Teoria generale*, cit., p. 309.

65 V. P.G. Monateri, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 4, 2003, pp. 409-420; Id., *Contratto rugiadoso e contratto rude nel diritto europeo e comunitario*, in A. D'Angelo, P.G. Monateri, A. Somma, *Buona fede e giustizia contrattuale. Modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, Torino, 2005, p. 57 ss. Negli stessi anni, in una prospettiva differente si era collocata la riflessione di P. Perlingieri, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, pp. 545-571.

66 Tra le letture classiche sul contratto associativo v. P. Ferro Luzzi, *I contratti associativi*, Milano, 1971. In anni più risalenti v. F. Messineo, *Contratto plurilaterale e contratto associativo*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, *ad vocem*; T. Ascarelli, *Contratto plurilaterale; comunione di interessi; società di due soci; morte di un socio in una società personale di due soci*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, pp. 721-745. Francesco Galgano, più di recente, ebbe modo di notare che, ogni volta in cui si afferma «che le situazioni giuridiche proprie dei fenomeni associativi non sono integralmente riconducibili allo schema del contratto, si enuncia una proposizione che è il portato di una arbitraria delimitazione del concetto di contratto» (F. Galgano, *op. ult. cit.*, p. 52).

67 In proposito, senza pretesa di completezza v. A. Vercellone, *Oltre le obbligazioni naturali: le unioni di fatto come rapporto contrattuale*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, vol. 24, 2018, consultabile online; E. Quadri, «Convivenze» e «contratto di convivenza», in *Jus civile*, 2, 2017, pp. 106-122; N. Cipriani, *La disciplina delle unioni civili: un punto d'arrivo o un punto di partenza*, in *Foro it.*, 2017, pp. 2170-2176; E. Quadri, *Il regime patrimoniale della famiglia nella prospettiva dell'autonomia privata*, in *Giustizia civile*, 2014, pp. 95-132; E. Moscati, A. Zoppini (a cura di), *I contratti di convivenza*, Torino, 2002. Autorevole l'avvertenza di Sacco e De Nova: «non si creda che l'inefficacia dell'accordo extrapatrimoniale sia una conquista preziosa. Escludere dal campo dei rapporti extrapatrimoniali il contratto, senza ammettere in sua vece un qualche tipo di pattuizione, significa privare il campo dei rapporti extrapatrimoniali dei più validi strumenti di regolamentazione autonoma, che servirebbero a premunire la persona, in tali settori, dall'altrui esercizio tirannico e capriccioso dei poteri privati» (R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, cit., p. 967).

68 Negli ultimi anni si vedano C. Crea, *Reti contrattuali e organizzazione dell'attività di impresa*, Napoli, 2008; P. Iamiceli, *L'esclusione dal contratto*, Torino, 2012; F. Cafaggi, *Contratto di rete*, in *Enc. dir.*, Annali, Milano, 2016, *ad vocem*.

pubbliche amministrazioni e soggetti privati⁶⁹.

In altri termini, nella società contemporanea l'estensione operativa dei rapporti negoziali e delle tecniche del diritto privato patrimoniale è tale da mutare il ruolo istituzionale del contratto. Per un verso, è possibile riscontrare che un regolamento contrattuale è suscettibile di riguardare interessi e utilità in passato giuridicamente irrilevanti, oppure ricondotti alla sfera non patrimoniale e/o alla nozione di interesse pubblico (e dunque all'azione unilaterale e autoritativa delle amministrazioni). Sicché si può dire che una tale dinamica di "patrimonializzazione" concorre a pregiudicare la possibilità di negare che gli accordi tra amministrazioni e privati siano contratti di diritto comune sulla base delle tradizionali riflessioni in materia di patrimonialità. Per altro verso, il contratto mostra sempre più spesso, e nel senso più ampio del termine, una vocazione normativa. Si tratta in tal senso di riconoscere, con riguardo a rapporti negoziali come quelli sussistenti tra amministrazioni e privati, che è sempre meno plausibile concepire il contratto come vicenda avulsa dal contesto in cui esso si colloca. Gli atti contrattuali non sembrano più configurabili come elementi di una fattispecie isolata, i cui effetti sono costituiti per le parti da norme dell'ordinamento statale: al contrario, l'autonomia privata e gli strumenti giuridici con cui essa viene esercitata risultano capaci di «esprime[re] un sistema *ordinato* ed *ordinante*»⁷⁰. Parimenti, i regolamenti contrattuali costituiti dagli autori degli atti non sono sempre separabili dai contesti di contrattazione in cui si formano e sui quali influiscono: un aspetto, questo, particolarmente evidente nel caso degli accordi tra amministrazioni e privati, caratterizzati dalla costitutiva interferenza tra dimensioni negoziale e sovra-individuale⁷¹.

In questa ottica, si può quindi prendere atto del fatto che il contratto, così come, più in generale, il diritto privato, sempre più «(...) incorre in una metamorfosi strutturale. Esso diviene un terreno spurio disteso tra il regime *erga omnes* tipico del pubblico e la non incidenza su terzi del contratto tipica del privato»⁷². Tale prospettiva, legata a un rinnovato approccio istituzionalista al diritto⁷³, impone di prendere in considerazione in maniera inedita le implicazioni distributive dell'attività negoziale. In primo luogo, si tratta di ribadire un'acquisizione che dovrebbe ormai ritenersi quasi scontata, sulla scorta degli insegnamenti dell'analisi economica del diritto e dei dibattiti in materia di contratto asimmetrico e di giustizia contrattuale: il contratto, se guardato nella sua complessità di istituzione giuridica, presenta *sempre* effetti distributivi di cui tenere conto, sia nei rapporti tra le parti di una transazione sia nei riguardi dei soggetti terzi⁷⁴. Sotto un secondo profilo, occorre

69 V. i riferimenti richiamati alla nota 3, *retro*. Per più ampie considerazioni sia consentito il rinvio a R.A. Albanese, *Nel prisma dei beni comuni*, cit.

70 G.B. Ferri, *L'autonomia dei privati come sistema ordinato ed ordinante nel pensiero di Salvatore Romano*, in G.B. Ferri, G. Furguele, F. Merusi, P. Perlingieri, *Salvatore Romano*, cit., p. 29 (corsivi presenti nel testo originale). Accenti simili possono trovarsi in P. Rescigno, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, II, Padova, 1988, pp. 451-453; nonché, con esplicito riferimento al diritto dei privati, in M. Giorgianni, *La crisi del contratto nella società contemporanea*, in *Riv. dir. agrario*, 1972, cit., p. 387. Anche in questo senso è possibile riscontrare, con Pasquale Femia, «l'insufficienza della corrente teoria dell'efficacia giuridica a comprendere il problema regolativo del contratto nel tempo presente. Applicata al contratto, la dialettica fattispecie/effetto è un gioco che si chiude nella determinazione delle vicende giuridiche prodotte dal fatto per le parti, ma è del tutto incapace di decodificare in qualificazioni giuridiche i cosiddetti effetti esterni del contratto» (P. Femia, *Nomenclatura del contratto o istituzione del contratto? Per una teoria giuridica della contrattazione*, in G. Gitti, G. Villa (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, 2008, p. 279). In merito alla relatività degli effetti del contratto v. subito *infra* nel testo.

71 Per la centralità della categoria del regolamento contrattuale nella costruzione della teoria del contratto (un'impostazione cui chi scrive ritiene di aderire) si vedano S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2003 (rist.); V. Roppo, *Il contratto*, cit.

72 M. Spanò, *Zona Cesarini. Linee per una rilettura de Il diritto dei privati*, in W. Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati*, cit., p. 145.

73 V. M. Spanò, *Le istituzioni dei privati. Autonomia, rapporti, cooperazione*, in *Politica & società*, 2, 2020, pp. 165-186.

74 Per una prima informazione a questo riguardo v. A.T. Kronman, *Contract Law and Distributive Justice*, in *The Yale Law Journal*, 89, 1980, pp. 472-511; G. Calabresi, *The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further*, in *The Yale Law Journal*, 100, 1991, pp. 1210-1237; M.J. Trebilcock, *The Limits of Freedom of Contract*, Cambridge, 1993. Nella dottrina italiana v. V. Calderai, *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir.*, Annali, VII, Milano, 2014, pp. 447-477.

rilevare che gli accordi tra amministrazioni e privati – nel costituire regolamenti negoziali il cui contenuto investe strutturalmente interessi pubblici e privati, collettivi e diffusi, o, secondo recenti riflessioni, *trans-soggettivi*⁷⁵, che travalicano le posizioni delle parti autrici dell'atto e che non possono essere ricondotti *sic et simpliciter* alla nozione di interesse pubblico – impongono di problematizzare il tema della relatività degli effetti.

Come si è visto, infatti, il terzo argomento speso per negare agli accordi la qualificazione come contratti di diritto comune riguarda la *privity* del contratto, che viene reputata incompatibile con le istanze di protezione dei soggetti terzi rispetto a un accordo concluso tra un'amministrazione e un privato. Assunta, dunque, la relatività degli effetti del contratto come limite cognitivo e istituzionale dell'istituto⁷⁶, si afferma che il diritto delle obbligazioni e dei contratti è applicabile solo *inter partes*, mentre nei confronti dei terzi un accordo deve essere qualificato come provvedimento autoritativo, rispetto al quale sono esperibili soltanto i tradizionali rimedi amministrativistici. Ebbene, si può ormai riconoscere che tali ipotesi ricostruttive in tanto sono plausibili, in quanto si tengano ferme alcune assunzioni che in questo studio è parso di poter mettere in discussione. Anzitutto, non è esagerato affermare che, benché ritenuto un caposaldo naturale della teoria del contratto, il principio di relatività degli effetti soffre “eccezioni” in quantità e qualità tali da spingere autorevole dottrina a considerarlo «erroneo e falso»⁷⁷. Da un punto di vista più ampio, la configurazione della *privity* che si intende criticare accetta, e concorre ad alimentare, la supposta stabilità di un assetto istituzionale bipolare, caratterizzato dall'individualità della sfera privata (da cui, in tesi, discende l'isolamento idiosincratico delle relazioni contrattuali) e dalla speculare generalità del settore pubblico (a sua volta inverata dalla dimensione autoritativa dell'azione amministrativa). Come si è discusso sopra, però, una tale rappresentazione non trova – o non trova più – riscontro nella complessità dei rapporti giuridici ed economico-sociali contemporanei. Tutto ciò si ripercuote sulla rilevanza del contratto come istituzione giuridica, rendendo possibile predicarne, in ottica istituzionalista, la «generalità insatura»⁷⁸. Parimenti, è in questo contesto che diventa percepibile la crescente necessità di una vera e propria «ecologia del diritto»⁷⁹, ossia di un approccio capace di comprendere e di regolare adeguatamente gli aspetti più relazionali della convivenza, a cominciare dalle esternalità di ordine ambientale e sociale.

Alla luce delle considerazioni che si sono svolte, anche sotto questo terzo profilo non sembrano esserci ostacoli a considerare gli accordi tra amministrazioni e privati come contratti di diritto comune. Abbandonando la doppia qualificazione (contrattuale *inter partes*, provvedimentale *ultra partes*) tradizionalmente proposta per inquadrarne la natura giuridica, si può semmai assumere una prospettiva ricostruttiva necessariamente dotata di tratti di ambivalenza. Da un lato, infatti, occorre valorizzare le discontinuità che rendono un principio apparentemente granitico, quale la relatività degli effetti del contratto, incapace di reggere a una «complessità sociale che deve risolvere problemi ben più difficili dell'allocazione proprietaria dei beni a godimento esclusivo: ad esempio, giustificare in termini non proprietari la legittimazione della utilizzazione e conseguente distribuzione di risorse individuali e collettive»⁸⁰. Dall'altro lato si tratta di riconoscere, su un

75 In questi termini P. Femia, *Il civile senso dell'autonomia*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, vol. 25, 2019, consultabile online; e M. Spanò, *Making the Multiple: Toward a Trans-Subjective Private Law*, in *The South Atlantic Quarterly*, 118:4, October 2019, pp. 839-855. Da ultimo v. anche M.W. Monterossi, *L'orizzonte intergenerazionale del diritto civile. Tutela, soggettività, azione*, Pisa, 2020.

76 Per l'idea della *privity* come limite cognitivo del contratto v. P. Femia, *Nomenclatura del contratto*, cit. L'approccio è ripreso, nel settore dei contratti tra imprese, da C. Crea, *Reti contrattuali*, cit., pp. 126-136.

77 Così A. Gambaro, *Gli effetti del contratto rispetto a terzi*, in L. Vacca (a cura di), *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi*, cit., p. 345. In anni recenti, una rassegna dei problemi connessi alla costruzione giuridica delle posizioni dei “terzi” è in AA.VV., *Les tiers. Journées panaméennes. Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, Bruxelles-Saint-Germain-en-Laye, 2016.

78 Sul punto v. M. Spanò, *Situazioni dell'autonomia*, cit.

79 Per tutti v. F. Capra, U. Mattei, *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, trad. it., San Sepolcro, 2017.

80 Così P. Femia, *Nomenclatura del contratto*, cit., p. 279. Tra i contributi degli ultimi anni che risultano assai convergenti rispetto alla prospettiva di cui si è dato conto v., in particolare, A. Quarta, *Non-proprietà. Teoria e prassi dell'accesso ai beni*, Napoli, 2016; A. Nervi, *Beni comuni, ambiente e funzione del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2/2016, pp. 418-443.

opposto piano di continuità, che la regolazione giuridica di queste inedite forme della contrattualità non può che essere affidata alle categorie e alle tecniche che il diritto privato da sempre tramanda e continuamente rielabora⁸¹. In concreto, è dunque opportuno interrogarsi su come il diritto dei contratti si applica agli accordi tra amministrazioni e privati non solo nei rapporti tra le parti, ma anche rispetto a quei soggetti che siano terzi rispetto all'atto negoziale, ma non estranei al regolamento contrattuale⁸²: per esempio attribuendo anche a tali soggetti rimedi contrattuali come l'azione di adempimento (art. 1453 c.c.) o l'azione di nullità (artt. 1418 e ss. c.c.); o, ancora, impostando in termini innovativi una riflessione in materia di integrazione del contratto (art. 1374 c.c.)⁸³.

Resta da prendere in considerazione il quarto argomento addotto dai fautori delle ricostruzioni pubblicistiche per negare che gli accordi tra amministrazioni e privati siano contratti di diritto comune: quello connesso alla sussistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Sul punto, sembra sufficiente notare che le convinzioni tradizionali in ordine alla *ratio* delle ipotesi di giurisdizione esclusiva – ossia il fatto che una controversia riguardi, in via diretta o mediata, l'esercizio del potere pubblico – meriterebbero ormai di essere, almeno in parte, relativizzate. Da un lato, infatti, non appare corretto ritenere immutabile la configurazione istituzionale in concreto assunta dalla giurisdizione amministrativa, dal momento che numerosi dibattiti di settore – per es. sulla natura “oggettiva” ovvero “soggettiva” della giustizia amministrativa; oppure sui margini di tutela degli interessi sovra-individuali nel processo amministrativo⁸⁴ – ne attestano, semmai, la

81 Quanto alla dialettica tra continuità e discontinuità v., naturalmente, S. Pugliatti, *Continuo e discontinuo nel diritto*, e Id., *Nota su continuo e discontinuo*, entrambi in Id., *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, rispettivamente pp. 77-100 e pp. 257-370.

82 Oltre alle indicazioni contenute nelle note 46 e 77, *retro*, si vedano gli spunti di riflessione offerti, da diverse prospettive, in E. Betti, *Teoria generale*, cit., pp. 258-269; e in G.B. Ferri, *Parte del negozio giuridico*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, *ad vocem*.

83 La possibilità o meno di dare ai “terzi” un'azione diretta di adempimento nei riguardi delle parti contraenti è un tema classico delle discussioni in materia di convenzioni urbanistiche: sul punto, è qui sufficiente il rinvio ai contributi contenuti in M. Costantino (a cura di), *Convenzioni urbanistiche*, cit. Quanto ai profili di invalidità, è appena il caso di notare che, ai sensi dell'art. 29, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, «l'azione di annullamento per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere si propone nel termine di decadenza di sessanta giorni»: lungi dalle strettoie così previste per l'azione di annullamento di un provvedimento amministrativo, la ricostruzione in senso civilistico degli accordi attribuisce, con l'azione di nullità, un rimedio imprescrittibile (art. 1422 c.c.) e a legittimazione ampia (art. 1421 c.c.). In merito all'integrazione del contratto, non è forse peregrina una lettura innovativa dell'art. 1374 c.c., secondo cui «il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità». In ogni caso, a proposito di queste prospettive operazionali sia consentito il rinvio a R.A. Albanese, *Nel prisma dei beni comuni*, cit., pp. 395-408 (ove gli spunti ricostruttivi, offerti in materia di urbanistica negoziale, sono apparsi suscettibili di più generale applicazione).

84 Cfr. le posizioni di A. Romano, *Il giudice amministrativo di fronte al problema della tutela degli interessi diffusi*, in AA.VV., *Rilevanza e tutela degli interessi diffusi: modi e forme di individuazione e protezione degli interessi della collettività*, Milano, 1978, p. 33 ss.; G. Berti, *Il giudizio amministrativo e l'interesse diffuso*, in *Jus*, 1982, pp. 68-81; F.G. Scoca, *Tutela dell'ambiente: la difforme utilizzazione dell'interesse diffuso da parte dei giudici amministrativo, civile e contabile*, in *Diritto e Società*, 1985, pp. 637-656; N. Paolantonio, *Gli interessi generali nel (e del) processo amministrativo. O del processo amministrativo tra contenuto soggettivo ed oggettivo (osservazioni sparse)*, in *Giustamm.it*, 10/2013. Secondo Rosario Ferrara, «se l'obiettivo era, fin dall'inizio degli anni '70, allorché il fenomeno degli interessi superindividuali si presentò all'attenzione della dottrina e della giurisprudenza con tutto il suo spessore e la sua originalità, di fare i conti con un modello di processo amministrativo creato per tutelare le posizioni di vantaggio a struttura individuale, due erano, a tutta evidenza, le possibili direzioni di marcia astrattamente percorribili. O si denunciava l'insufficienza strutturale del sistema positivamente vigente, postulandosene la riforma (ad esempio sulla falsariga dell'esperienza nordamericana della Class Action o di quella francese delle associazioni private di interesse nazionale) oppure si interveniva creativamente sugli istituti tradizionali del processo, piegandoli alle mutate esigenze della tutela giudiziale. Fu quest'ultimo, indubbiamente, il percorso imboccato dal giudice amministrativo, un percorso certamente non scevro di rischi e disseminato di sviluppi contraddittori, ma il cui punto di approdo, seppure non definitivo, è tutt'altro che trascurabile. Diciamo subito che, nel momento in cui si decideva di intervenire creativamente sugli istituti centrali del processo amministrativo, il problema dell'accesso alla tutela diveniva immediatamente tecnico-giuridico, pur con le necessarie, inevitabili mediazioni di ordine metagiuridico, in quanto la domanda di fondo cui occorreva dare risposta era politica in senso lato, focalizzandosi intorno all'opportunità, oppure no, di dilatare gli spazi della giurisdizione e

storicità⁸⁵. Dall'altro lato, è opportuno riconoscere che le opzioni interpretative inclini a desumere, a riguardo degli accordi tra amministrazioni e privati, certe conseguenze ricostruttive e operative da assunzioni generalissime relative alla sede della tutela giurisdizionale sembrano comportare una sorta di eterogenesi dei fini del principio di concentrazione delle tutele. A tal proposito, si può infatti notare che la giurisdizione esclusiva serve non tanto e non solo a riaffermare la posizione autoritativa delle pubbliche amministrazioni, quanto, piuttosto, a rendere più ampio ed efficace l'apparato di rimedi a disposizione delle parti di una controversia. Sicché, anche nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva in materia di accordi, ciò che davvero importa pare essere non l'astratta individuazione di un potere pubblico il cui esercizio potrebbe essere dedotto in una controversia, bensì la concreta applicazione del diritto dei contratti e dei rimedi predisposti dal diritto civile, in un'ottica di attuazione del principio costituzionale di effettività delle tutele⁸⁶.

6. Conclusioni: verso un diritto civile oltre la «topologia moderna».

A conclusione di questa riflessione, occorre ammettere che gli esiti ricostruttivi esposti nel paragrafo che precede impongono l'adozione di un contegno doppiamente pragmatico. Da una parte, è opportuno riconoscere che l'affermazione di tecniche contrattuali per l'organizzazione dei rapporti tra settore pubblico e privati, lungi dall'essere confinata alla tradizionale attività c.d. *iure privatorum* delle amministrazioni o al settore dei contratti a evidenza pubblica, può essere ricondotta alle più generali – e non prive di ambiguità – trasformazioni del potere amministrativo e del contratto di diritto comune. D'altra parte, e di conseguenza, è bene domandarsi se e come i tradizionali strumenti del diritto dei contratti, applicati in modo canonico ovvero reinterpretati in maniera “adeguatrice”, siano suscettibili di dotare i rapporti contrattuali tra amministrazioni e privati di una disciplina pertinente rispetto alle loro peculiari caratteristiche.

Né sembra possibile sostenere che un simile approccio si risolva in uno svuotamento del ruolo delle pubbliche amministrazioni e in una parallela messa in crisi dello statuto teorico del contratto di diritto comune. Con riguardo al primo profilo, ammettere che il contratto è utilizzabile anche nello svolgimento di attività amministrative non significa necessariamente indebolire e/o deresponsabilizzare le persone pubbliche: al contrario, si tratta di riconoscere che la cornice istituzionale di principi e di regole che informano l'azione delle persone pubbliche – ai sensi dell'art. 1, co. 1 legge n. 241 del 1990, come noto, «l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario» – è strutturalmente integrata all'insegna della complessità⁸⁷. A fronte della realtà economico-sociale e dei rapporti di potere contemporanei, infatti, occorre ripensare le concezioni più semplici (perché basate, come si è visto, su assunzioni teleologiche piuttosto aprioristiche) dell'interesse pubblico e della discrezionalità, accettando che «l'organizzazione pubblica non è più monopolio o calamita di tutti gli interessi

quindi del controllo giudiziale sull'attività degli apparati pubblici. E gli istituti del diritto processuale amministrativo sui quali era giocoforza operare, con tutte le cautele del caso, erano ovviamente quelli dell'interesse legittimo, della legittimazione al ricorso e dell'interesse processuale a ricorrere» (R. Ferrara, *Interessi collettivi e diffusi (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1993, *ad vocem*; note al testo originale omesse).

85 E non sembra possibile ritenere, una volta riconosciuta tale storicità, che le considerazioni svolte sopra in ordine al mutamento dell'assetto istituzionale delle relazioni negoziali tra persone pubbliche e soggetti privati siano irrilevanti nell'ambito della tutela giurisdizionale.

86 Nel settore urbanistico, si veda a questo proposito la già citata giurisprudenza di Cass., Sez. Unite, 9 marzo 2015, n. 4683. In questa sentenza la Suprema Corte ha statuito che «qualora il privato abbia sottoscritto un atto d'obbligo per il trasferimento di aree alla P.A. nell'ambito di un accordo di urbanizzazione, il giudice amministrativo può emettere la sentenza costitutiva ex art. 2932 cod. civ., pur non espressamente contemplata dagli artt. 29 e 30 cod. proc. amm., sia perché, a norma degli artt. 24, 103, 111 e 113 Cost., il giudice amministrativo, nelle controversie rimesse alla sua giurisdizione esclusiva, può erogare ogni forma di tutela del diritto soggettivo, sia perché, a norma degli artt. 11 e 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241, agli accordi provvedimentali si applicano “i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti”» (così una massima della decisione).

87 In proposito è sufficiente rinviare all'autorevole pagina di A. Falzea, *Complessità giuridica*, in *Enc. dir.*, Annali I, Milano, 2007, pp. 201-218.

sociali»⁸⁸. È in questa ottica che il diritto civile si candida a essere un punto di osservazione privilegiato, nonché un laboratorio per elaborare – anche con l'uso degli strumenti del diritto privato patrimoniale – «strategie integrate di controllo giuridico»⁸⁹ adeguate a governare i problemi connessi alle relazioni negoziali tra pubbliche amministrazioni e poteri privati. Sicché, anche sulla scorta delle considerazioni svolte poc'anzi, in merito al secondo ordine di problemi si può ribadire che il contratto non può continuare a essere pensato soltanto come istituto particolaristico, dal momento che esso risulta anche, e sempre più, istituzione ordinante.

Del resto, si sa che «ogni proclamazione di crisi ha alla sua base una ben determinata e specifica concezione del contratto»⁹⁰. Sulla scorta di una simile consapevolezza, lo studio degli accordi tra amministrazioni e privati sembra confermare non solo la persistente (in)attualità di questo istituto, ma anche e soprattutto l'urgenza di immaginare e definire uno scenario istituzionale in cui una più sofisticata ricostruzione delle categorie e delle tecniche del diritto privato e una più diffusa tutela degli interessi sovra-individuali rendano possibile «bandire allo stesso tempo il principio della supremazia e quello della autonomia dei soggetti in senso privatistico»⁹¹.

Si tratta, insomma, di scartare tanto gli orientamenti volti a promuovere una privatizzazione del diritto amministrativo – intesa come riconduzione delle attività di rilevanza collettiva a un diritto privato patrimoniale sempre uguale a sé stesso, e sempre inscritto senza residui nelle logiche istituzionali del mercato; quanto le tesi volte a riproporre forme di pubblicizzazione del diritto privato compatibili sia con strategie giuridiche di matrice “progressista”, sia con politiche del diritto di estrazione ordoliberalista⁹². Nella consapevolezza per cui prendere congedo dalla c.d. topologia moderna significa accettare che «sono tanto il diritto pubblico che il diritto privato a meritare una critica lucida e intransigente, ciascuno nella sua propria struttura logica»⁹³, la complessità delle relazioni giuridiche contemporanee costituisce un'occasione per pensare e porre in opera un diritto finalmente *civile*, perché costitutivamente informato alle dimensioni collettiva ed ecologica della convivenza⁹⁴.

88 G. Berti, *Stato di diritto*, cit., p. 21: il brano citato prosegue specificando che l'organizzazione pubblica «non può negare il continuo riaffacciarsi di conflitti talora fondamentali e deve adattarsi alla necessità di sperimentare passo a passo nuovi contratti sociali e nuove intese dentro e fuori di essa». Nella medesima ottica v. S. Civitarese Matteucci, *Contributo*, cit. *passim* (spec. pp. 216-217).

89 A questa immagine aveva fatto ricorso, nel promuovere un avanzato approccio civilistico ai problemi posti dalle convenzioni urbanistiche, S. Rodotà, *Disciplina della proprietà e controlli privati nell'esecuzione delle convenzioni urbanistiche*, in M. Costantino (a cura di), *Convenzioni urbanistiche*, cit., p. 264.

90 Così, evidenziando la pluralità, la storicità e (talora) l'incompatibilità tra differenti concezioni del contratto e della sua portata istituzionale, R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, cit., p. 41. In proposito v. anche G. Alpa, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012.

91 G. Berti, *Principio contrattuale nell'amministrazione pubblica*, in *Jus*, 1987, p. 170. Del resto, occorre rammentare che «la patrimonializzazione non condanna qualcosa a degradarsi allo stato di passivo oggetto di appropriazione ma può al contrario essere il più efficace schema di attribuzione di diritti» (così M. Spanò, «Perché non rendi poi quel che prometti allora?» *Tecniche e ideologie della giuridificazione della natura*, in Y. Thomas, J. Chiffolleau, *L'istituzione della natura*, Macerata, 2020, p. 112).

92 Nel senso indicato nel testo, sono note le proposte ricostruttive in materia di «diritto dello sviluppo economico» e/o di diritto «comune a pubblici e privati operatori»: v. S. Rodotà, *Ipotesi sul diritto privato*, in Id. (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, pp. 9-24; M.S. Giannini, *Attività*, cit.; C. Marzuoli, *Negoziato giuridico e pubblica amministrazione*, in C. Salvi (a cura di), *Categorie giuridiche*, cit., pp. 179-193. Quanto alle impostazioni di matrice ordoliberalista, per una prima informazione si segnalano, nella dottrina italiana, F. Cafaggi, *Un diritto privato europeo della regolazione? Coordinamento tra pubblico e privato nei nuovi modelli regolativi*, in *Pol. dir.*, 2004, p. 205 ss.; E. Navarretta, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017; P. Sirena, *Diritto privato e diritto pubblico in una società basata sulle libertà individuali*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, pp. 101-114.

93 M. Spanò, *Ipotesi sull'Ipotesi*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, vol. 25, 2019, consultabile online, p. 10. Tale scritto chiarisce anche in che termini di può discutere criticamente della locuzione «topologia moderna».

94 V. in proposito U. Mattei, A. Quarta, *Punto di svolta. Ecologia, tecnologia e diritto privato. Dal capitale ai beni comuni*, San Sepolcro, 2018; P. Femia, *Il civile senso dell'autonomia*, cit.