

14 MARZO 2018

Nuove prospettive del principio di
consensualità nell'azione
amministrativa: gli accordi normativi
tra pubblica amministrazione e privati

di Marzia De Donno
Ricercatrice di Diritto amministrativo
Università degli studi di Ferrara



Nuove prospettive del principio di consensualità nell'azione amministrativa: gli accordi normativi tra pubblica amministrazione e privati *

di Marzia De Donno

Ricercatrice di Diritto amministrativo
Università degli studi di Ferrara

Sommario: 1. Premessa. Evoluzione dell'amministrazione per accordi e nuove prospettive per il principio di consensualità. – 2. Gli accordi normativi tra pubblica amministrazione e privati: alla ricerca di una definizione. – 3. Gli accordi normativi negli altri ordinamenti. Uno sguardo comparato. – 4. Sulla possibilità giuridica degli accordi normativi: il principio di consensualità come principio generale del diritto amministrativo – 5. Gli accordi normativi atipici. Ovvero sull'efficacia e sulla vincolatività degli accordi normativi in assenza di una norma-base. – 6. Gli accordi normativi tipici nella legislazione di settore. – 7. Sulla possibile disciplina degli accordi normativi. – 7.1. Forma, motivazione e causa. – 7.2. Effetti, validità ed esecuzione. L'oggetto, il rapporto e il procedimento. – 7.2.1. Mancata esecuzione delle clausole contrattuali. – 7.2.2. Clausole normative, poteri di modifica unilaterale dell'amministrazione e tutela del terzo. – 8. Alcune considerazioni conclusive.

1. Premessa. Evoluzione dell'amministrazione per accordi e nuove prospettive per il principio di consensualità

«Il diritto pubblico è la celebrazione della finzione che avvolge i rapporti e il gioco delle parti nello spazio», e le sue figure «sono il frutto di conciliazioni forzate tra elementi antinomici, i quali, secondo la loro natura e i loro originari significati, resterebbero volentieri l'uno di fronte all'altro, come esseri che non si comprendono perché appartengono ad ordini ed epoche differenti»¹.

L'efficace rappresentazione delle “antinomie del diritto pubblico” di G. Berti ben si presta a descrivere anche l'evoluzione del principio di consensualità nell'azione amministrativa, principio, oggi, definitivamente scolpito nell'art. 11 della l. n. 241/1990. Riconoscere la negoziabilità del potere pubblico ha richiesto infatti di soverchiare assiomi tradizionali e di abbandonare la concezione di una p.a. assoluta

* Articolo sottoposto a referaggio. Il presente contributo costituisce la versione rielaborata, ampliata e aggiornata della relazione al Convegno AIPDA: *Decisioni amministrative e processi deliberativi. Panel – Decisioni amministrative e contratti pubblici*, tenutosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Bergamo, il 5-7 ottobre 2017. Il Paper è stato pubblicato in una versione del tutto provvisoria sul sito dell'Associazione: www.diritto-amministrativo.org.

¹ G. BERTI, *Le antinomie del diritto pubblico*, in *Dir. pubbl.*, 2/1996, p. 273.

e monolitica, autoritaria ed imperativa: l'entrata in vigore della l. n. 241 e, con essa, dell'art. 11, è il frutto di una lunga e lenta evoluzione, da salutare con estremo favore².

All'inizio, com'è noto, il diritto pubblico fu pensato e spiegato come un grande rapporto di subordinazione, come negazione di rapporti paritari tra lo Stato e i singoli, secondo una chiara, univoca ed ordinata immagine gerarchizzante, in cui l'*imperium*, infuso nella nuova entità sovrana, si diffondeva indistintamente e secondo una direzione verticistica su tutti i sudditi. Ciò corrispondeva alle esigenze dei tempi contro la vocazione profonda alla lotta politica ed all'atteggiamento diffuso di sopraffazione tra classi, che resero necessari nuovi strumenti di pacificazione, nei quali la volontà dello Stato assoluto e di polizia si propagava mediante atti *iure imperii*, slegati dal rispetto di regole giuridiche, a mantenimento di un ritrovato ed irrinunciabile ordine pubblico. Per ideare e consacrare il nuovo Stato di diritto, si dovette, poi, piegare la pervasiva autorità del soggetto pubblico alla proclamata libertà civile del singolo, e mentre il diritto pubblico, espresso ora in atti unilaterali, si faceva forma giuridica a garanzia dell'individuo e controllo del potere³, la figura del contratto riemergeva progressivamente, presentandosi come lo strumento migliore per superare il conflitto nascente.

² Per una ricostruzione dell'evoluzione del principio di consensualità nell'azione amministrativa, si vedano, oltre ai contributi che verranno citati nel prosieguo, M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle Pubbliche Amministrazioni*, Napoli, 1981; F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo. Contributo ad uno studio dei c.d. contratti di diritto pubblico*, oggi in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, p. 1 ss.; G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984; R. FERRARA, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, Milano, 1985; E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992; F. TRIMARCHI BANFI, *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in *Pol. Dir.*, 2/1993, p. 237 ss.; B. SORDI, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocenteschi a confronto*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 483 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico fra amministrazione e privati*, Milano, 1996; M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997; N. AICARDI, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamenti e caratteri* in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1/1997, p. 1 ss.; F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo: studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padova, 1998; P. PORTALURI, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, 1998; G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001; F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 3/2002, p. 431 ss.; F. TIGANO, *Gli accordi procedurali*, Torino, 2002; G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, in F.G. SCOCA – F. ROVERSI MONACO – G. MORBIDELLI (a cura di), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2003, p. 55 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa negoziale*, in *Dir. amm.*, 2/2003, p. 217 ss.; F. CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano 2004; N. BASSI, *Accordi amministrativi verticali e orizzontali: la progressiva ibridazione dei modelli*, in M. CAMMELLI (a cura di), *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, Bologna, 2007, p. 454 ss.; E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, 2012; A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, Jovene, 2016, e, infine, M. DE DONNO, *Consensualità e interesse pubblico nel governo del territorio*, Bologna, BUP, 2015, di cui il presente scritto costituisce un'ulteriore evoluzione.

³ Come osservava O. Mayer, «ecco quel che perfeziona l'immagine dello Stato di diritto, la grande idea di un'amministrazione in forme giustiziabili». La citazione è riportata in P. BADURA, *Agire amministrativo informale e diritti fondamentali*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 31.

Chiusa, poi, definitivamente la fase storica delle grandi guerre, l'avvento della società pluriclasse, l'introduzione del suffragio universale e diretto e l'attuazione del principio democratico mutarono ancora una volta il quadro di riferimento per il diritto pubblico. La fusione nella Costituzione di elementi propri dello Stato di diritto e tratti del nuovo Stato sociale⁴ trasformò il singolo da mero utente dei servizi dell'amministrazione a cittadino, partecipe e corresponsabile del benessere della collettività, pronto a cooperare all'attività amministrativa⁵. E il suo apporto diveniva essenziale per la stessa realizzazione dell'interesse pubblico.

Per cogliere, allora, l'esistenza di nuovi moduli consensuali nell'azione amministrativa, occorre parlare anche dei caratteri propri del potere pubblico. In un'epoca di profonde trasformazioni sociali, non era più pensabile di «ritirare [l'amministrazione] in una sorta di esilio monacale, per custodire gelosamente le icone del potere imperativo e dell'atto unilaterale»⁶. Proprio dalla trasformazione in senso democratico dell'amministrazione dipendeva, invero, la trasformazione dello stesso Stato in senso egualmente democratico. Il problema di fondo era, dunque, un altro. Era quello della perdurante contrapposizione tra Stato e individuo, che si rifletteva nella gerarchizzazione del rapporto tra pubblica amministrazione e privato. Ed ecco, allora, che la questione della negoziabilità del potere pubblico si innestava più propriamente in quel processo di cambiamento che vede progredire la p.a. dal suo agire autoritativo classico verso pratiche di collaborazione, di concertazione e di consultazione con i cittadini.

E quasi si rovescia la prospettiva: non è più la deducibilità del potere in un'obbligazione ad essere posta in discussione, ma è lo stesso potere, *rectius*, l'esercizio che del potere era stato fatto fino a quel momento, a raccogliere le maggiori critiche.

Ma il processo di trasformazione del diritto pubblico non si è certamente arrestato e, con esso, neppure il rapporto tra pubblica amministrazione e privato. Oggi, a più di venticinque anni dall'entrata in vigore della Legge sul procedimento amministrativo, anche l'agire per accordi si trova, ancora una volta, al centro di nuovi mutamenti.

Da attuazione ed espressione dello Stato di diritto e dello Stato sociale gli accordi amministrativi sono divenuti, infatti, anche uno strumento che risente ed in un certo qual modo tenta di rispondere alla loro

⁴ Su cui, cfr. M.S. GIANNINI, *I pubblici poteri negli Stati pluriclasse*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1979, p. 389 ss.; A. M. SANDULLI, *Stato di diritto e Stato sociale*, in *Nord e Sud*, 1963, p. 8 ss., e per ulteriori riferimenti, R. BIN, *Stato di diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IV, Milano, 2011, pp. 1155-1157.

⁵ M.S. GIANNINI, *I pubblici poteri negli Stati pluriclasse*, cit., p. 403; S. CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 1983, p. 81.

⁶ G. BERTI, *Il principio contrattuale nell'azione amministrativa*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. II., Milano, 1988, p. 49 ss.

stessa crisi⁷. Da espressione del principio di partecipazione, da istituto necessario per una lettura “costituzionale” dei rapporti tra Stato e cittadino, ricollocato finalmente su un piano di uguaglianza e di pari dignità giuridica, gli accordi amministrativi sono divenuti nel tempo, anzitutto, uno strumento a servizio della logica efficientista dell’amministrazione di risultato, un mezzo necessario per sopperire alle esigenze economiche imposte da una nuova crisi⁸.

Peraltro, la ricerca del dialogo e dell’accordo con il privato viene posta ora anche come un preciso imperativo a tutte le amministrazioni. Ed è un imperativo che proviene, oramai, anche da parte delle organizzazioni internazionali e della stessa Unione europea⁹. L’attrazione dei capitali privati, unitamente agli sforzi di modernizzazione della pubblica amministrazione, da rendere sempre più “efficace”, “semplice”, “aperta” e “trasparente”, “*accountable*”, divengono ovunque il faro che deve illuminare il cammino delle riforme per contrastare la crisi, garantire la coesione sociale, la competitività delle imprese e la stessa ripresa delle economie nazionali, in Italia così come negli altri Stati europei. E gli strumenti impiegati nell’azione pubblica divengono, non a caso, sempre meno autoritativi e sempre più negoziali.

Già, del resto, nel 2008, il *Conseil d’Etat* nel suo Rapporto annuale, *Le contrat, mode d’action publique et de production de normes*¹⁰, osservava come la pervasiva diffusione dello strumento negoziale, in Francia ma anche presso tutti gli altri partner europei, era il frutto di una crisi del metodo unilaterale che aveva caratterizzato sino a tempi recenti l’azione pubblica.

⁷ Sugli effetti prodotti dalla crisi e sulle trasformazioni in atto nel diritto amministrativo, solo per citare alcuni contributi fondamentali, G. NAPOLITANO (a cura di), *Uscire dalla crisi: politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, 2012, e più di recente, ID., *Looking for smarter government (and administrative law) in the age of uncertainty*, in S. ROSE-ACKERMAN – P. LINDSETH, *Comparative Administrative Law*, 2017, p. 352 ss.; J.L. PIÑAR MAÑAS, *Crisis económica y crisis del estado de bienestar. El papel del derecho administrativo*, *Actas del XIX Congreso italo español de Profesores de Derecho administrativo*, Madrid, 2013; A. EZQUERRA HUERVA, *Crisis Económica y Derecho Administrativo. Una visión general y sectorial de las reformas implantadas con ocasión de la crisis económica*, Pamplona, 2016; M.P. CHITI, *La crisi del debito sovrano e le sue influenze per la “governance” europea, i rapporti tra Stati membri, le Pubbliche Amministrazioni*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1/2013, p. 1 ss.; F. MERUSI, *La crisi e il diritto amministrativo*, in *Il diritto dell’economia*, 3/2012, p. 483 ss.; ID., *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino, 2013; G. FALCON, *La crisi e l’ordinamento costituzionale*, in *Le Regioni*, 1-2/2012, p. 9 ss.; sull’impatto della crisi sul sistema locale, L. VANDELLI, *Sovranità e federalismo interno: l’autonomia territoriale all’epoca della crisi*, in *Le Regioni*, 5-6/2012, 845 ss.; L. VANDELLI – G. GARDINI – C. TUBERTINI (a cura di), *Le autonomie territoriali: trasformazioni e innovazioni dopo la crisi*, Rimini, Maggioli, 2017.

⁸ L’impiego di strumenti di tipo negoziale produce anche soluzioni efficienti ed ottimali, proprio perché esso contribuisce a definire condizioni vantaggiose, aumentando il benessere di entrambi i contraenti, nell’ambito di una valutazione costi-benefici compiuta a monte dall’amministrazione. Così, G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, p. 187 ss. Ma si veda anche E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell’attività amministrativa*, cit.

⁹ Vd., per esempio, Commissione europea, *Mobilizzare gli investimenti pubblici e privati per la ripresa e i cambiamenti strutturali di lungo periodo: sviluppare i partenariati pubblico-privato*, COM (2009) 615, 19 novembre 2009.

¹⁰ *Conseil d’Etat. Rapport public 2008: jurisprudence et avis de 2007. Le contrat, mode d’action publique et de production de normes*.

Non deve allora sorprendere il fatto che il principio di consensualità e l'agire per accordi siano stati ricondotti anche nell'alveo applicativo del principio di buona amministrazione dallo stesso Libro bianco sulla *governance* europea del 2001¹¹. D'altra parte, come pure è stato messo in evidenza, il concetto di buona amministrazione dal nucleo originario sancito nell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE ha acquisito, nel tempo, ulteriori significati ed implicazioni anche di tipo programmatico, nelle quali non si cela una concezione dell'agire amministrativo basata proprio sullo scambio di informazioni, la negoziazione e la cooperazione¹².

Così, le trasformazioni del diritto pubblico degli ultimi decenni hanno prodotto un definitivo mutamento anche del macro-paradigma statutale corrente, che, non a caso, una parte della dottrina amministrativa europea preferisce ormai descrivere in termini di *Stato cooperativo*, nel quale attori pubblici e privati partecipano congiuntamente alla formulazione delle politiche pubbliche in ossequio ai principi della buona *governance*¹³.

Non può dunque che confermare questo *trend* la recente tendenza delle amministrazioni a rendere disponibili per i privati, mediante la negoziazione, non più soltanto il contenuto puntuale dei provvedimenti amministrativi, ma anche il contenuto precettivo di regolamenti o di atti amministrativi generali, di pianificazione e programmazione.

Com'è intuibile, sono questi mutamenti che, producendo delle alterazioni sulle stesse modalità con cui solitamente si manifesta l'azione pubblica, richiedono un rinnovamento epistemologico delle stesse categorie generali del diritto amministrativo (atto, regolamento, contratto, accordo amministrativo).

L'aspetto singolare di tali mutamenti si apprezza, del resto, nella stessa trasformazione delle modalità di elaborazione delle norme da parte del potere esecutivo. Dall'innesto della negoziazione pubblico-privata all'interno dell'*iter* regolativo classico gemmano infatti nuovi moduli consensuali, che consacrano definitivamente la compartecipazione dei portatori di interessi alla definizione delle regole giuridiche. Al contempo, va pure detto che tale attività di negoziazione si compendia spesso in prassi informali, svolte in assenza di alcuna disciplina giuridica. Ma – si badi bene – informalità non vuol dire illegalità; né possibilità giuridica coincide con previsione normativa.

¹¹ La *Governance* europea – Un libro bianco COM (2001) 428, G.U.C.E. n. 287 del 12 ottobre 2001, 16 : «*Trade unions and employers' organisations have a particular role and influence. The EC Treaty requires the Commission to consult management and labour in preparing proposals, in particular in the social policy field. Under certain conditions, they can reach binding agreements that are subsequently turned into Community law (within the social dialogue). The social partners should be further encouraged to use the powers given under the Treaty to conclude voluntary agreements.*».

¹²A. MASSERA, *Una disciplina europea del procedimento amministrativo?*, in M. P. CHITI – A. NATALINI (a cura di), *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, Bologna, 2012, pp. 205-206.

¹³ Così, J. PONCE SOLÉ, *Negociación de Normas y Lobbies*, Portada, 2015, pp. 35-37.

Ecco, allora, che il principio di consensualità torna ad essere una parte di un problema più grande, che affligge, oggi, lo Stato di diritto e che conferma la stessa crisi del principio di legalità¹⁴. Una crisi, questa, della quale in realtà taluni iniziano a dare anche una lettura positiva¹⁵, parallelamente all'emergere di un ulteriore e complesso fenomeno, sintetizzato nell'espressione "diritto delle città".

Dinanzi infatti all'incapacità della legge (statale o regionale) di accogliere le pulsioni innovative che emergono dalla società, affiora, per contro, la capacità delle città – delle amministrazioni locali – di saper interpretare i fenomeni e le manifestazioni sociali, attribuendo loro compiuta portata e senso giuridico.

Come scrive J.-B. Auby nell'introduzione alla seconda edizione della sua opera: «*Le Droit de nos villes s'accommode d'ailleurs d'une part d'informalité, voire d'illégalité. La preuve en est que, parfois, il récupère en son sein, par une sorte de blanchiment, ce qui pendant un certain temps s'est posé à côté de lui, voire contre lui*»¹⁶. Pur senza pretesa di esclusività, e rispetto alle torsioni conservative dell'ordinamento giuridico dato, le città stanno dunque assumendo «soggettività di innovatori»¹⁷, rifuggendo, talvolta, anche da una conformazione ed una uniformità normative calate dall'alto.

In queste letture, riprende dunque vigore l'autonomia locale, intesa come potere ad ampio spettro degli enti locali di farsi direttamente interpreti degli interessi della comunità di riferimento. Così, ponendo in premessa gli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento, quasi per un moto di «interiorizzazione», le città sono state in grado di sviluppare e sperimentare anche forme di collaborazione, di partenariato e di negoziazione pubblico-privato avanzate e del tutto innovative¹⁸.

Ciò detto, la preoccupazione maggiore torna comunque ad investire la crisi del principio di legalità. Dinanzi infatti a delle prassi che si traducono in nuove fonti di produzione giuridica a carattere consensuale, e che dunque riguardano non solo il singolo rapporto tra p.a. e privato contraente, ma anche la sfera giuridica dei terzi destinatari di una disciplina frutto di una negoziazione tra due, l'esigenza avvertita è quella di tornare a ricondurre tali fattispecie sotto il cappello del diritto. Resta infatti ferma la convinzione che quale che sia la modalità di manifestazione del potere pubblico, essa comunque abbisogna dei saldi sostegni del principio di legalità: e ciò è tanto più vero per le occasioni di esercizio del potere secondo forme consensuali.

¹⁴ Per tutti, F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012; ID., *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007.

¹⁵ Lo rileva F. GIGLIONI, in *I regolamenti comunali per la gestione dei beni comuni urbani come laboratorio per un nuovo diritto delle città*, in *Munus*, 2/2016, pp. 278-279.

¹⁶ J.-B. AUBY, *Droit de la ville. Du fonctionnement juridique des villes au droit de la Ville*, 2 éd., Paris, 2017, p. 8.

¹⁷ Così, M. CAMMELLI, *Governo delle città: profili istituzionali*, in G. DEMATTEIS (a cura di), *Le grandi città italiane. Società e territori da ricomporre*, Venezia, Marsilio Editore, 2011, p. 336. Sul ruolo e le trasformazioni delle città, vd. anche E. CARLONI – M. VAQUERO PIÑEIRO, *Le città intelligenti e l'Europa. Tendenze di fondo e nuove strategie di sviluppo urbano*, in *IdF*, n. 4/2015, p. 865 ss.

¹⁸ M. CAMMELLI, *op. ult. cit.*, p. 343.

Ebbene, la necessaria presa d'atto delle trasformazioni che più di recente stanno caratterizzando il diritto pubblico e l'amministrazione per accordi spinge a chiedersi se il principio di consensualità abbia ormai esaurito le proprie potenzialità o se, al contrario, non si siano effettivamente dischiusi nuovi spazi di applicazione e di riflessione. In questo lavoro, ci proponiamo pertanto di riflettere sulla categoria dei c.d. accordi normativi, il cui schema – ci sembra – consente di inquadrare più correttamente le forme di negoziazione pubblico-privata del contenuto degli atti normativi.

L'impressione del resto è che mentre nel nostro ordinamento sia stato ampiamente indagato in dottrina il tema degli accordi normativi tra soggetti di diritto pubblico¹⁹, manchi, per converso, una compiuta attenzione per questa stessa figura, quando parti siano un'amministrazione ed un privato.

D'altronde, l'abbandono di questa fattispecie andrebbe significativamente individuato nella sua stessa eliminazione dalla trama definitiva della l. n. 241/1990, ancorché essa fosse stata inizialmente prevista nello schema del disegno di legge redatto dalla Commissione Nigro²⁰. Certamente il mancato recepimento potrebbe essere spiegato con argomenti di segno negativo, tesi a contestare la stessa possibilità giuridica di accordi normativi, se conclusi tra soggetti di natura giuridica diversa. Ma forse potrebbe anche essere letto come il semplice rifiuto di un legislatore non ancora pronto ad ammettere e ad accogliere forme di negoziazione tra pubblica amministrazione e privato aventi ad oggetto il potere normativo.

Nelle pagine che seguono si offriranno pertanto alcune argomentazioni tese a spiegarne anzitutto la loro possibilità giuridica, al fine, in particolare, di verificare se tali moduli negoziali possano essere effettivamente annoverati tra le fonti di produzione del diritto (§§ 2; 3; 4). Passate, dunque, in rassegna alcune fattispecie astrattamente riconducibili alla figura qui proposta (§5; 6), si offrirà un possibile regime giuridico applicabile (§ 7).

¹⁹ Si fa qui riferimento alle ipotesi, su cui si è interrogata la dottrina italiana, relative ad accordi conclusi tra Regioni o tra Stato e Regioni in grado di produrre disposizioni normative con efficacia *erga omnes*. Cfr., fra i primi ad aver introdotto il tema, G. SANVITI, *Convenzioni e intese nel diritto pubblico*, Milano, 1978; G. D'ORAZIO, *Gli accordi prelegislativi tra le Regioni (uno strumento di cooperazione interregionale)*, in *Giur. cost.*, 1977, p. 956 ss.; S. BARTOLE, *Supremazia e collaborazione nei rapporti tra Stato e Regioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, p. 84 ss.; E. DE MARCO, *La negoziazione legislativa*, Padova, 1984. Più di recente la questione ha ripreso, come noto, vigore dopo la riforma del Titolo V della Costituzione e all'introduzione di una vocazione consensuale del c.d. principio di sussidiarietà legislativa. Per questi aspetti si rinvia a quanto si dirà nel § 4. Basti qui citare, per ora, F. BENELLI, C. MAINARDIS, *La negoziazione delle competenze fra Stato e Regioni e il suo seguito giurisprudenziale*, in A. BARBERA – T. F. GIUPPONI, *La prassi degli organi costituzionali*, Bologna, 2008, p. 469 ss.

²⁰ Sull'iter formativo della l. n. 241/1990, F. TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Atti del Convegno, Messina-Taormina, 25-26 febbraio 1988, Milano, 1990, ed in particolare il saggio di G. PASTORI, *L'amministrazione per accordi nella recente progettazione legislativa*, p. 77 ss.; si veda, inoltre, M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'Amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1989, p. 5 ss., e ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, in particolare, p. 2044 ss.; ID., *L'accordo nell'azione amministrativa*, in A. MASUCCI (a cura di), *L'accordo nell'azione amministrativa. Quaderni del Formez*, Roma, 1988, p. 86 ss., ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, Giuffrè, 1996, in particolare, 1932 ss.

2. Gli accordi normativi tra pubblica amministrazione e privati: alla ricerca di una definizione

In dottrina, i pochi riferimenti alla categoria degli accordi normativi tra pubblica amministrazione e privati sono rintracciabili quasi esclusivamente nei commenti ai lavori preparatori della Legge sul procedimento amministrativo. Come noto, con grande rimostranza dei membri della Commissione, questa fattispecie venne espunta dal testo definitivo del d.d.l. 1913/87 dal Consiglio dei Ministri, prima ancora che su di essa potesse pronunciarsi l'Adunanza Generale del Consiglio di Stato²¹.

Sulla base delle interpretazioni e delle giustificazioni che di questa fattispecie sono comunque state offerte, è possibile qualificare gli accordi normativi come accordi pubblico-privato sull'esercizio del potere pubblico finalizzato all'emanazione di atti normativi o amministrativi generali²².

²¹ Nell'originario schema di disegno di legge elaborato dalla Commissione Nigro, l'art 5 del Titolo I così recitava: «allo scopo di accelerare lo svolgimento dell'azione amministrativa e disciplinare con maggiore stabilità e precisione i comportamenti propri e dei privati oltre che i diritti e i doveri reciproci, l'amministrazione favorirà la conclusione di accordi fra di essa e gli interessati, senza pregiudizi dei diritti dei terzi». Il «principio di contrattualità», così definito, veniva quindi declinato in quattro tipologie specifiche di accordi: gli accordi procedurali, gli accordi sostitutivi del provvedimento; gli accordi normativi e gli accordi organizzativi tra pubbliche amministrazioni (artt. 6-7, Tit. IV). In particolare, l'art. 6 disponeva: «Le amministrazioni pubbliche, nei limiti delle proprie attribuzioni, possono concludere accordi nell'ambito del procedimento con i destinatari del provvedimento per sostituire quest'ultimo o per disciplinarne il contenuto. Fuori delle ipotesi di cui al comma precedente, possono anche essere conclusi accordi aventi per oggetto l'esercizio di potestà amministrative e le corrispettive prestazioni di persone fisiche e giuridiche al fine di raggiungere obiettivi di interesse pubblico. Accordi di natura organizzativa possono anche essere conclusi tra amministrazioni pubbliche per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune, anche fuori delle ipotesi previste dall'art. 1 del Titolo IV della presente legge. Ai sensi del 1° comma, le amministrazioni pubbliche possono consentire, a richiesta del destinatario di una sanzione pecuniaria, prestazioni sostitutive di questa, di cui le amministrazioni riconoscano la corrispondenza al pubblico interesse». L'accordo rappresentava perciò, nelle intenzioni della Commissione, uno strumento ordinario dell'azione amministrativa. Venivano, infatti, declinate in forma consensuale tutte le possibili manifestazioni del potere pubblico: il potere provvedimentoale, il potere normativo, il potere organizzativo e, infine, il potere sanzionatorio. Inevitabili le critiche di G. Pastori, membro della Commissione, che più da vicino contribuì alla redazione delle norme eliminate. Cfr. G. PASTORI, *L'amministrazione per accordi nella recente progettazione legislativa*, cit., p. 80 ss. Così ebbe ad esprimersi sulle modifiche apportate lo stesso M. Nigro: «Le modifiche sono certo rilevanti. Il rifiuto di mantenere il *favor* [per il principio di contrattualità] suona diffidenza verso gli accordi a conferma tradizionale che l'amministrazione opera soprattutto con atti unilaterali e autoritativi. La necessità di previsione legislativa per l'accordo sostitutivo di provvedimento rimanda la palla al legislatore e svuota il precetto. Condanna senz'appello, infine, va pronunciata per gli accordi normativi, che di fatto hanno invece trovato di recente larga e proficua applicazione soprattutto da parte delle amministrazioni locali». Vd. M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'Amministrazione*, cit., p. 5 ss. Mentre in altra occasione egli osservò con più specifico riferimento alla soppressione dell'art. 5: «non credo che l'eliminazione della affermazione del principio impedisca le utilizzazioni specifiche dello strumento, così come forse il suo mantenimento non sarebbe bastato a fondarle; ma a parte ciò che ho detto or ora, il nostro art. 5 sarebbe forse servito a stimolare la riflessione su questo punto, ad avviare un discorso più preciso – più tecnico e meno ideologico – sulla contrattualità nelle pubbliche amministrazioni». Vd. M. NIGRO, *L'accordo nell'azione amministrativa*, cit., p. 1932.

²² Sulla distinzione ovvero sull'irrilevanza della distinzione tra atti normativi e atti amministrativi generali, la dottrina è vasta, nondimeno possono qui essere citati alcuni contributi fondamentali. Cfr. A. DE VALLES, *Regolamenti*

Diversamente dagli accordi integrativi o sostitutivi, volti a definire il contenuto di un provvedimento amministrativo, gli accordi normativi costituirebbero pertanto una forma negoziata avente ad oggetto «una serie di enunciati normativi, sui quali deve decidere motivatamente l'autorità competente ad emettere la fonte di diritto, valida nell'ordinamento statale»²³. Non si tratterebbe, dunque, tanto «di vincolare preventivamente l'esercizio di potestà amministrative mediante accordi...quanto...dell'esercizio stesso della funzione amministrativa che si realizza nella sua fase progettuale con l'accordo» stesso²⁴. Essi pertanto si configurano come «un atto contenente una disciplina generale che sarebbe poi...eseguita anche attraverso provvedimenti»²⁵.

ministeriali ed ordinanze generali, in *Foro It.*, 1951, IV, p. 97 ss.; M.S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro It.*, 1953, III, p. 9 ss.; G. GUARINO, *Sul carattere discrezionale dei regolamenti*, in *Foro It.*, 1953, I, p. 535 ss.; A. M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Foro It.*, 1953, p. 217 ss.; ID., *Precisazioni in tema di atti normativi ed atti applicativi della Pubblica Amministrazione*, in *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, Milano, 1972, III, p. 1515 ss.; G. SANTANIELLO, *Gli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, Milano, 1963; P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1968, p. 143 ss.; G. U. RESCIGNO, *Atti normativi e atti non normativi. Riflessioni suggerite dalla sent. n. 591 del 1988 della Corte Costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1988, p. 2749 ss.; ID., *Il nome proprio degli atti normativi e la legge n. 400 del 1988*, in *Giur. Cost.*, 1988, 1494 ss.; U. DE SIERVO, *Norme secondarie e strumenti di direzione dell'amministrazione*, Bologna, 1992; G. SCIULLO, *Potere regolamentare, potere «pararegolamentare» e pubblica amministrazione: gli orientamenti del giudice amministrativo dopo la L. 400/1988*, in *Le Regioni*, 5/1993, p. 1277 ss.; C. TUBERTINI, *Gli atti di determinazione di aliquote d'imposta e il discusso limite tra atti normativi ed atti amministrativi generali*, in *Giur. It.*, 6/1998, p. 1275 ss.; ID., *Nuove prospettive in tema di tutela giurisdizionale nei confronti degli atti normativi e degli atti amministrativi generali della P.A.*, in *Dir. proc. amm.*, 4/1999, p. 1076 ss.; G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Napoli, 2003; M. COCCONI, *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi generali*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.* 3/2009, p. 707 ss.; ID., *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Padova, 2010; M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 1-2/2013, p. 53 ss.

²³A. QUARANTA, *Il principio di contrattualità nell'azione amministrativa e gli accordi procedurali, normativi e di organizzazione*, in *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Contributi alle iniziative legislative in corso*, Atti del XXXII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna, 18-20 Settembre 1986, Milano, 1989, p. 194.

²⁴G. PASTORI, *L'amministrazione per accordi nella recente progettazione legislativa*, cit., p. 88. Dello stesso autore si veda anche ID., *Accordo e organizzazione amministrativa*, in A. MASUCCI (a cura di), *L'accordo nell'azione amministrativa*, cit., p. 44. Secondo Pastori, nulla vieterebbe che l'autonomia organizzativa, «l'autonomia statutaria» dell'amministrazione, ossia la capacità del soggetto pubblico di organizzare la propria attività per il raggiungimento di determinati scopi, possa avvenire mediante «atti normativi sia unilaterali che bilaterali». Si fa qui riferimento, con ogni evidenza, non all'organizzazione dell'attività amministrativa interna, degli uffici, ma a quella esterna, degli organi, che produce effetti anche nei confronti dei terzi. In tal modo, l'accordo si pone a metà via tra l'autonomia e l'eteronomia, rappresentando una manifestazione di autonomia nella misura in cui costituisce una volontaria limitazione da parte dell'amministrazione dei propri poteri di organizzazione; e atteggiandosi, per il resto, a fonte eteronoma di disciplina. L'accordo normativo, in quanto accordo sull'organizzazione dell'attività amministrativa, resterebbe perciò anche soggetto ai principi di imparzialità e buon andamento, nonché al principio di legalità, cui l'art. 97 Cost. sottopone l'organizzazione dei «pubblici uffici».

²⁵A. CONTIERI, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi*, Napoli, 2000, p. 76.

Può qui, dunque, farsi riferimento al caso tipico, nel quale si era soliti ravvisare un'ipotesi di accordo normativo durante il dibattito che porterà alla l. n. 241/1990: gli accordi sindacali previsti dalla Legge-quadro sul pubblico impiego del 29 marzo 1983, n. 193²⁶.

Gli accordi che, nella vigenza di quest'ultima legge, venivano conclusi tra la delegazione del Governo e le organizzazioni sindacali, erano intesi come un atto consensuale inserito in un complesso procedimento normativo, e finalizzato alla predisposizione della disciplina applicabile ai rapporti di pubblico impiego. Gli accordi racchiudevano formalmente la fase della contrattazione sindacale, innestata nella sequenza procedimentale prevista dalla l. n. 193/1983. Tuttavia essi risultavano sforniti dell'autonoma capacità di produrre effetti innovativi per l'ordinamento. Perché infatti ciò potesse avvenire, occorre che le norme convenzionalmente definite con l'accordo fossero *recepte* ed *emanate* da apposito decreto del Presidente della Repubblica (art. 6 u.c.).

Invero, sul rapporto tra accordo sindacale e decreto presidenziale vennero prospettate diverse tesi in dottrina²⁷. Secondo una prima impostazione, l'accordo collettivo sarebbe di per sé vincolante e non modificabile, mentre il decreto presidenziale veniva a svolgere un ruolo meramente formale e passivo rispetto all'accordo stesso²⁸. Secondo un diverso orientamento, invece, l'accordo sindacale non poteva ipotecare il potere normativo del Governo. Esso costituiva sì il mezzo necessario per introdurre nel procedimento gli interessi coinvolti dalla disciplina pubblicistica del rapporto di lavoro, ma, al tempo stesso, stante l'autonomia del potere pubblico, quello non poteva che avere natura esclusivamente preparatoria ed essere del tutto sfornito di effetti vincolanti rispetto alla successiva determinazione regolamentare²⁹.

Alla base di tali argomentazioni vi era, con ogni evidenza, la difficoltà di spiegare la possibile esistenza di un regolamento negoziato. Il decreto non poteva assurgere a mera veste formale dell'accordo, mero guscio delle contrattazioni con le organizzazioni sindacali. Era quest'ultimo, invece, a chiudere il procedimento e ad assicurare valore normativo alla nuova disciplina, rendendola efficace *erga omnes*. Degli

²⁶ Analogamente nel campo del diritto privato, rivestono, non a caso, natura di accordi normativi i contratti collettivi di lavoro. Cfr. F. MESSINEO, *Contratto normativo e contratto tipo*, in *Enciclopedia del diritto*, X, Milano, 1962, p. 123.

²⁷ Cfr. per questi aspetti, A. ORSI BATTAGLINI, *Gli accordi sindacali nel pubblico impiego. Pluralismo giuridico, separazione degli ordinamenti e forme di comunicazione*, Milano, 1982, in particolare, p. 192 ss.

²⁸ Si collocano su questo fronte, G. BERTI, *Impiego pubblico, contrattazione e tutela giurisdizionale*, in AA.VV., *Pubblico impiego e contrattazione collettiva*, Atti del XXV Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 1979, Milano, 1980, p. 268 ss.; L. RAINALDI, *Gli accordi sindacali nel pubblico impiego*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1978, p. 1419 ss.

²⁹ Si veda, sul punto, F. MERUSI, *Vicende e problemi della contrattazione collettiva nell'impiego ospedaliero*, in AA.VV., *Pubblico impiego e contrattazione collettiva*, cit., p. 42 ss.; A. ROMANO, *Pubblico impiego e contrattazione collettiva: aspetti pubblicistici*, in *Giur. Cost.*, 1980, p. 189 ss. Non mancarono del resto tesi intermedie, che ravvisavano nella fattispecie un'ipotesi di atto complesso. Cfr. F. BRANDILEONE, *Fonti normative del parastato*, in *Cons. St.*, 1977, p. 585 ss.; F.P. ROSSI, *La contrattazione collettiva nel parastato*, Padova, 1978.

accordi sindacali, in definitiva, poteva perciò dirsi che essi erano accordi preparatori e non vincolanti; che erano accordi procedimentali, in quanto si atteggiavano a strumento di composizione negoziata nel procedimento di un peculiare assetto di interessi; e, infine, che erano accordi normativi, poiché pur non avendo «autonoma capacità di innovare l'ordinamento...concorrono in via mediata e procedimentale, alla produzione di nuove fonti normative, statali o regionali»³⁰.

3. Gli accordi normativi negli altri ordinamenti. Uno sguardo comparato

Se così è, e prima di verificare se, oggi, l'accordo normativo possa essere validamente ammesso nel nostro ordinamento, sembra opportuno soffermarsi sull'esistenza di fattispecie analoghe anche in altri ordinamenti. L'analisi comparata dimostra, in effetti, che esiste anche in altri Paesi una pluralità differenziata di moduli negoziali di tale portata, ora diffusi semplicemente nella prassi ora frutto delle elaborazioni della dottrina e della giurisprudenza ora oggetto di alcune puntuali previsioni di legge.

Con riferimento, anzitutto, alla Francia, è proprio in questo Paese che si rinviene la maggiore produzione dottrinale in materia. Il riferimento va, in particolare, a quelle sistematizzazioni che hanno tentato di ravvisare forme consensuali unitarie a metà tra il *contrat* e il *règlement*, e sintetizzabili, da ultimo, nella figura della *convention à effets réglementaires* di A. de Laubadère, F. Moderne e P. Devolvé³¹ e in quella dell'*acte mixte* di Y. Madiot³². L'idea alla base di queste ricostruzioni, la cui origine teorica si rinviene nella classificazione materialista degli atti giuridici di L. Duguit e, in particolare, nel modello dell'*union* e della *convention-loi*, era che *effets réglementaires* potessero essere prodotti non soltanto da un atto amministrativo unilaterale, ma anche da un atto bilaterale o plurilaterale, frutto dell'incontro di due o più manifestazioni di volontà, provenienti da un soggetto pubblico e da un soggetto privato. Allo schema così delineato vennero ascritti gli accordi tra i *syndicats de medecins* e le *Caissees de securité sociale*, gli accordi conclusi tra lo Stato e gli *établissements d'enseignement privé*, le convenzioni di lottizzazione e le concessioni di servizio pubblico.

Benché, invero, simili teorie non abbiano mai riscosso ampio successo nell'ordinamento francese, prevalentemente restio ad ammettere forme di negoziazione del potere pubblico, né esse sono state accolte nel recente *Code des relations entre le public et l'administration* (CRPA) entrato in vigore alla fine del 2015³³,

³⁰A. QUARANTA, *Il principio di contrattualità nell'azione amministrativa e gli accordi procedimentali, normativi e di organizzazione*, cit., p. 224. Fornisce una visione più propriamente contrattuale, invece, G. PASTORI, *L'amministrazione per accordi nella recente progettazione legislativa*, cit., p. 77 ss.

³¹A. DE LAUBADERE – F. MODERNE – P. DEVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, t. I, Paris, 1983, p. 28 ss.

³²Y. MADIOT, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral: recherche sur la notion d'acte mixte en droit public français*, Paris, 1971.

³³L'entrata in vigore del CRPA sembra aver suggellato la definitiva chiusura di questo ordinamento anche rispetto allo stesso principio di consensualità. È utile osservare, a questo proposito, che nei Paesi in cui questo principio ha trovato accoglimento, ciò è avvenuto proprio in occasione dell'adozione di una legge sul procedimento

nondimeno lo schema della *convention à effets réglementaires* rimane il più accreditato, oggi, proprio per la *concession de service public* (oggi, *convention de délégation de service public*). E, d'altronde, la parzialmente diversa teoria delle *clauses réglementaires* dei *contrats administratifs*, elaborata dal *Conseil d'Etat*, costituisce, oggi, una peculiarità tipica dell'ordinamento francese, su cui si stanno dischiudendo nuovi possibili scenari per la consensualità amministrativa. In tal caso, infatti, è lo stesso giudice amministrativo – notoriamente contrario alla negoziabilità della *puissance publique*³⁴ – ad aver ravvisato e riconosciuto la compresenza di clausole di natura contrattuale (*clauses contractuelles*) e di clausole di natura regolamentare (*clauses réglementaires*) nel negozio frutto dell'incontro delle volontà di un soggetto pubblico e di un soggetto privato e contro cui possono essere azionate le pretese dei terzi³⁵.

Anche la Germania, del resto, ha conosciuto, a partire dalle peculiari riflessioni di G. Anshütz sulla *Vereinbarung*, forme contrattuali di produzione normativa, ancorché concluse tra soggetti di diritto pubblico³⁶. Alla diversa figura del *Normensetzungsvertrag* – negozio con cui l'amministrazione «si obbliga ad

amministrativo. La Francia resta dunque anche sotto questo profilo molto lontana rispetto al diritto amministrativo continentale e molto più prossima a quello anglosassone. Cionondimeno uno spiraglio sembra tuttavia essere stato lasciato. Si tratta di una disposizione del Codice in materia di *transaction*, che sembra ricordare, in effetti, le varie forme di accordo transattivo presenti in altri ordinamenti, a cominciare dal contratto pubblico di transazione tedesco (*Vergleichsvertrag*), previsto dal § 55 della *VwVfG*. Cfr. art. L. 423-1 del CRPA: «*Ainsi que le prévoit l'article 2044 du code civil et sous réserve qu'elle porte sur un objet licite et contienne des concessions réciproques et équilibrées, il peut être recouru à une transaction pour terminer une contestation née ou prévenir une contestation à naître avec l'administration. La transaction est formalisée par un contrat écrit*». Per un'analisi del nuovo Codice francese, sia qui consentito rinviare a M. DE DONNO, *The French Code "Des Relations Entre Le Public Et L'administration". A New European Era For Administrative Procedure?*, in *IJPL* 2/2017, p. 220 ss.

³⁴ Resta sempre attuale, nella descrizione degli orientamenti del Consiglio di Stato francese, il noto saggio di J. MOREAU, *De l'interdiction faite à l'autorité de police d'utiliser une technique d'ordre contractuel. Contribution à l'étude des rapports entre police et contrat*, in *A.J.D.A.*, 1965, p. 3 ss.

³⁵ La presenza di *clauses réglementaires* è così stata ammessa a proposito di un contratto concluso tra lo Stato francese e la compagnia *Air France* per l'integrazione del personale di *Air Algérie* (C.E. 23 février 1968, *Picard*) o per la definizione delle linee aeree della compagnia *Air-Inter* (CE 18 septembre 1977, *Chambre de commerce La Rochelle*). In altri casi, ancora, la giurisprudenza francese si è spinta sino ad ammettere l'esistenza di contratti forniti esclusivamente di clausole regolamentari, come nel caso delle convenzioni costitutive di un *groupement d'intérêt public* (C.E. 14 janvier 1998, *Syndicat National des personnel des affaires sanitaires et sociales*; C.E. 14 janvier 1998, *Syndicat départemental Intercv*), ovvero a riconoscere la produzione di *effets réglementaires* da parte di *contrats* soggetti ad approvazione dell'autorità amministrativa, come nel caso delle *conventions nationales médicales*, concluse, a partire dal 1971, tra gli organismi rappresentativi dei medici e le *Caisse nationales de Sécurité sociale*. Per effetto della successiva approvazione delle convenzioni da parte del Ministro della Salute, esse si applicano a tutti i soggetti del settore senza che sia richiesta alcuna specifica ed individuale adesione (cfr. C.E. 18 octobre 1974, *Confédération nationale des auxiliaires médicaux*; C.E. 18 février 1977, *Hervouët*; C.E. 9 octobre 1981, *Syndicat des médecins de la Haute-Loire*; C.E. 10 juin 1994, *Confédération française des syndicats de biologistes*). Da ultimo, la teoria delle *clauses réglementaires* dei *contrats administratifs* si è arricchita di una più recente evoluzione giurisprudenziale a proposito della facoltà per i terzi pregiudicati dal contenuto regolamentare di un *contrat administratif* di impugnarlo con *recours pour excès de pouvoir* e con *recours de pleine juridiction* (cfr. C.E. 10 juillet 1996, *Cayzele*; C.E. 16 juillet 2007, *Tropic*; C.E. 4 avril 2014, *Bonhomme*).

³⁶ G. ANSHÜTZ, *Allgemeine Begriffe und Lehre des Verwaltungsrechts nach der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts*, in *Preuß. Verwaltungsblatt*, 1901, p. 88. Sulla *Vereinbarung* nella sua veste di accordo normativo, si vedano G. SANVITI, *Convenzioni e intese nel diritto pubblico*, cit., p. 79 ss.; G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., p. 25 ss.; G. KISKER, *Riflessioni critiche sulla prassi della cooperazione per accordi tra il Governo federale e i Länder e fra i Länder nella Repubblica Federale*

emanare o modificare norme giuridiche»³⁷ – vengono invece ricondotti gli accordi in materia di prezzi e tariffe (*Tarifverträge*) e i contratti tra amministrazione e privati, di cui al § 11 del *Baugesetzbuch* (BauGB), aventi ad oggetto l’emanazione, la conservazione o la modificazione delle prescrizioni contenute in un piano regolatore (*Planungsvereinbarungen*)³⁸.

Ma gli accordi normativi non sono sconosciuti neppure all’ordinamento spagnolo, ove si ammettono due distinte tipologie di *convenio normativo*: *los acuerdos de naturaleza normativa* e *los acuerdos sustitutivos de actos administrativos generales*. Si tratta, anche in Spagna, di una *vía convencional de producción de normas*, che, come in Italia, ha avuto principale applicazione nell’ambito della contrattazione collettiva nel pubblico impiego³⁹. In tale settore, essi sono stati definiti come «*acuerdos previos que se insertan en el procedimiento...de elaboración de normas,...que crean una situación objetivada, a la que habrán de atenerse las partes, bien al relacionarse entre si, bien al relacionarse con terceros*»⁴⁰. L’effetto vincolante dell’accordo discenderebbe tuttavia dalla «*homologación ulterior de lo acordado, a través de la correspondiente autoridad administrativa*»⁴¹. E’ cioè necessario – anche secondo la giurisprudenza del *Tribunal Supremo* – un atto, qualificato alternativamente in dottrina in termini di atto di approvazione, di omologazione, oppure di ratifica dell’accordo, che lo renda vincolante e produttivo di effetti *erga omnes*⁴².

Più di recente, è dato riscontrare l’esistenza di *convenios normativos* anche in altri settori dell’ordinamento spagnolo, come il diritto tributario, ove sono stati definiti normativi gli accordi di cui all’art. 91 de la *Ley*

Tedescu, in *Problemi di amministrazione pubblica*, 2/1986, p. 77 ss. e per una riflessione a proposito dell’analoga esperienza in Austria, T. ÖHLINGER, *Considerazioni critiche sulla prassi della cooperazione per accordi tra Federazione e Länder e tra Länder in Austria*, *ivi*, p. 57 ss.

³⁷ A. MASUCCI, *Trasformazione dell’amministrazione e moduli convenzionali. Il contratto di diritto pubblico*, Napoli, 1988, p. 74.

³⁸ Su cui, W. SPANNOWSKI, *Allemagne, report National*, in T. TANQUEREL – J. MORAND-DEVILLER – F. ALVERS CORREIA (dirs.), *La contractualisation dans le droit de l’urbanisme, Colloque biennal de l’Association International de droit de l’urbanisme* (AIDrU), Coimbra, 23-24 settembre 2011, Les Cahiers du GRIDAUH, Série de droit comparé, Paris, 2014, p. 119 ss.; E. BUOSO, *Gli accordi tra amministrazione comunale e privati nel diritto urbanistico tedesco: i contratti urbanistici (städtebauliche Vertrag)*, in *RGU*, 3/2008, p. 366 ss.

³⁹ Innestati in un procedimento negoziale volto alla determinazione delle condizioni di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, gli accordi sono conclusi, a seconda dei casi, tra le organizzazioni sindacali ed una delegazione di rappresentanti dell’amministrazione dello Stato, delle Comunità autonome o degli enti locali. La relativa disciplina è contenuta nell’art. 35 de la *Ley 9/1987, de 12 de junio, de Organos de Representación, Determinación de las condiciones de Trabajo y de Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas*, tuttora in vigore.

⁴⁰ L. MORELL OCAÑA, *Curso de Derecho administrativo*, t. II, 5 ed., Madrid, 2002, pp. 1072-1073.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² La delegazione per parte pubblica non dispone infatti di un potere in grado di vincolare direttamente l’organo rappresentato (rispettivamente, il *Consejo de Ministros*, i *Consejos de Gobierno* delle *Comunidades Autónomas* o il relativo organo collegiale negli enti locali), pertanto è quest’ultimo a renderlo vincolante ed efficace con proprio atto di approvazione. Cfr. A. DE PALMA DEL TESO, *Los acuerdos procedimentales en el Derecho Administrativo*, cit., 376 ss. La sentenza cui si fa riferimento nel testo è TS de 17 de mayo de 1991. Sugli accordi sindacali nel pubblico impiego in Spagna, si veda anche C. CARRERA ORTIZ, *Naturaleza y eficacia jurídicas de la negociación colectiva en la función pública en España*, in *REDT*, 38/1989, p. 268 ss.

General Tributaria, 58/2003 de 17 de diciembre, conclusi tra l'amministrazione tributaria e le associazioni rappresentative dei contribuenti, per la determinazione degli elementi utili per il calcolo della base imponibile. Non per ultimo, anche nell'ambito dell'urbanistica si è parlato di *convenios normativos* a proposito dei *convenios urbanísticos de planeamiento* previsti nella legislazione autonoma⁴³.

Anche in Spagna, tuttavia, il *convenio normativo* resta ancora una figura frutto dell'elaborazione dottrinale. Ancorché non siano mancate, nel passato, le proposte volte ad inserire nella Legge sul procedimento amministrativo una specifica previsione atta a riconoscere l'esistenza di «*pactos o convenios específicos, previos y no vinculantes...en los procedimientos instruidos para el dictado de disposiciones administrativas de carácter general*»⁴⁴, la nuova *Ley 39/2015* de 1 de octubre, del *Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas* (LPACAP), che sostituisce integralmente la previgente *Ley 30/1992* (LRJPAC), non ha accolto simili esortazioni.

Cionondimeno il rafforzamento della partecipazione dei cittadini nei procedimenti di formazione dei regolamenti della pubblica amministrazione, presente nella nuova legge, potrebbe lasciar ben sperare. Il principio di atipicità espresso dall'art. 83 a favore di «*otras formas, medios y cauces de participación de las personas, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas*» nei procedimenti in questione, unitamente alle disposizioni sulla *terminación convencional del procedimiento* di cui al nuovo art. 86 potrebbero infatti dischiudere nuovi spazi applicativi per gli accordi normativi anche in questo Paese⁴⁵.

Più di recente, invece, forme di negoziazione del contenuto dei regolamenti amministrativi sono state ammesse in Portogallo. In particolare, il nuovo *Código do Procedimento Administrativo*, adottato con il Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, prevede all'art. 98 che «*Quando as circunstâncias o justificarem, podem ser estabelecidos os termos de acompanhamento regular do procedimento por acordo endoprocedimental com as associações e fundações representativas dos interesses envolvidos e com as autarquias locais em relação à proteção de interesses nas áreas das respetivas circunscrições*»⁴⁶.

La norma trova, come noto, un proprio antecedente nel *Negotiated Rulemaking Act* (1990) americano sul procedimento di negoziazione del contenuto dei regolamenti delle *agencies*⁴⁷. Più in concreto, infatti, la

⁴³ Fattispecie corrispondente agli accordi "a monte" delle prescrizioni urbanistiche italiani e ai *Planungsvereinbarungen* tedeschi. Ne riconosce la natura giuridica di accordi normativi, A. DE PALMA DEL TESO, *Los acuerdos procedimentales en el Derecho Administrativo*, Valencia, 2000, p. 383.

⁴⁴ *Ivi*, p. 384.

⁴⁵ Recentemente, nella dottrina spagnola, il tema dei *convenios normativos* e, più in generale, della negoziazione delle norme legislative e regolamentari è stato ripreso da J. PONCE SOLÉ, in *Negociación de Normas y Lobbies*, cit.

⁴⁶ Per un'analisi delle nuove disposizioni del CPA, vd. C. AMADO GOMES – A. FERNANDA NEVES – T. SERRÃO, *Comentários ao Novo Código de Procedimento Administrativo*, Vol II, Almedina, 2016.

⁴⁷ Nella dottrina italiana, anche per più ampi riferimenti, cfr. G. P. MANZELLA, *Brevi cenni sulla Regulatory Negotiation*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1/1994, p. 273 ss.; G. DE MINICO, *Regole comando e consenso*, Torino, 2004, p. 97 ss.

disciplina statunitense prevede una fase di *Regulatory Negotiation* tra gli interessati ed un apposito *committee*, da concludersi con una proposta di regolamento, che viene quindi trasmessa all'agenzia perché – secondo quanto previsto dall'art. 583 del APA (*Administrative Procedure Act* del 1946) – possa riprendere corso il normale *iter* di formazione dell'atto normativo con il consueto meccanismo del *notice and comment*. In tal caso, la negoziazione non ha comunque carattere vincolante per l'agenzia, mentre l'atto finale resta imputabile esclusivamente al soggetto pubblico⁴⁸.

Un cenno, infine, merita di essere compiuto anche all'ordinamento comunitario e ai c.d. accordi ambientali, forme di accordo volontario tra autorità pubbliche e soggetti privati, che sostituiscono *tout court* la fonte normativa. Essi, come noto, sono stati promossi con una serie di comunicazioni della Commissione al Consiglio ed al Parlamento europei.

Con la prima comunicazione del 27 novembre 1996, la Commissione invitò il legislatore comunitario ad autorizzare l'impiego, da parte degli Stati membri, dello strumento dell'accordo come modalità di attuazione delle direttive comunitarie in materia di tutela ambientale, in alternativa alla via legislativa tradizionale⁴⁹. In tali casi, all'atto normativo si sostituisce perciò un modulo negoziale direttamente concluso tra le autorità pubbliche e i singoli operatori economici, anche in veste di rappresentanti della categoria, con cui sono pianificati e programmati gli obiettivi previsti dalle direttive comunitarie. Nella medesima comunicazione, la Commissione precisò che per esigenze di sicurezza giuridica, l'accordo poteva anche essere incorporato in un atto legislativo, al fine di garantire la più ampia diffusione dello stesso⁵⁰. Sul solco così tracciato, si pone il successivo Piano d'azione "Semplificare e migliorare la regolamentazione" del 5 giugno 2002, con cui la Commissione europea ha sottolineato la possibilità di ricorrere a misure alternative alla legislazione, annoverando tra di esse anche gli accordi volontari settoriali. Fece immediatamente seguito la nuova comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni del 17 luglio 2002, con

⁴⁸ Per un'analisi del *Federal Administrative Procedure Act*, cfr. D. CUSTOS, *United States*, in J.-B. AUBY (Ed.), *Codification of administrative procedure*, Bruylant, Brussels, 2014, p. 387 ss. e, nella dottrina italiana, G. GARDINI, *Legislazione federale e legislazione statale in materia di procedimento amministrativo: l'esperienza degli Stati Uniti*, in *Regione e governo locale*, 5/1992, p. 757 ss.

⁴⁹ Cfr. COM(96)561 del 27 novembre 1996, emessa nel quadro del Quinto programma d'azione a favore dell'ambiente del 1992 (COM(92) 23 del 4 aprile 1992), con cui si suggerisce un nuovo approccio di tipo collaborativo con le industrie, che valorizzi il loro ruolo proattivo di difesa e tutela dell'ambiente, in alternativa ad un'impostazione classica di tipo autoritativo. Cfr., per questi aspetti, A. DE MICHELE, *Gli accordi in materia ambientale*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Gli strumenti economici e consensuali del diritto dell'ambiente*, Napoli, 2011, p. 135 ss.; S. OGGIANU, *Gli accordi in materia ambientale*, in *Rass. Avv. dello Stato*, ANNO LXIV - N. 3, Luglio-Settembre, 2012, pubblicato anche in P. DELL'ANNO – E. PICOZZA (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, II, Padova, CEDAM, 2013.

⁵⁰ Sulla conseguente diffusione in Italia e negli altri Paesi membri degli accordi ambientali, cfr. P. AMADEI – E. CROCI – G. PESARO, *Nuovi strumenti di politica ambientale. Gli accordi volontari*, Milano, 2004.

la quale si supera l'applicazione circoscritta degli accordi ambientali al solo livello nazionale, ammettendone il ricorso anche a livello comunitario. Si prevede quindi che la loro stipulazione possa avvenire per iniziativa della stessa Commissione, assumendo in tal caso l'accordo carattere formale e vincolante, fermo il diritto della Commissione medesima di ritornare alla via normativa ordinaria se lo strumento negoziale non raggiunge i risultati previsti.

Se si volesse compiere, perciò, una classificazione sommaria e di massima delle fattispecie qui passate in rassegna, si potrebbe ritenere che nel panorama comparato e comunitario ricorrano almeno due distinte tipologie di accordi normativi.

Da un lato, si possono ravvisare accordi normativi sostitutivi di atti amministrativi generali o di atti normativi, direttamente produttivi di effetti nell'ordinamento e con efficacia *erga omnes*. Possono essere considerati tali, per esempio, gli accordi ambientali di derivazione comunitaria, ma anche gli accordi in materia di prezzi e tariffe presenti in Germania, gli *acuerdos previos de valoración* del diritto tributario spagnolo, e, infine, le *conventions de délégation de service public* francesi. In tutte queste ipotesi ricorre una specifica norma, che autorizza la diretta produzione di effetti da parte dell'atto bilaterale.

In altri casi, invece, il legislatore si è riservato di scegliere ed avallare forme consensuali a carattere normativo di tipo procedimentale, spesso non vincolanti per il soggetto pubblico e che necessitano di un atto-fonte per la produzione di effetti nei confronti dei terzi. Questo secondo tipo di accordo si spiegherebbe, in particolare, in ragione della scelta di attribuire unicamente agli atti di un soggetto pubblico, investito di legittimazione democratica, la capacità di produrre effetti innovativi per l'ordinamento. Vi rientrerebbero gli accordi sindacali previsti nell'ordinamento spagnolo, così come i *convenios urbanísticos de planeamiento* e le corrispondenti fattispecie dei *Planungsvereinbarungen* tedeschi, e, infine, i casi di negoziazione dei regolamenti amministrativi previsti dal *Negotiated Rulemaking Act* americano e dal più recente *Código do Procedimento Administrativo* portoghese.

4. Sulla possibilità giuridica degli accordi normativi: il principio di consensualità come principio generale del diritto amministrativo

Tratteggiata così, anche alla luce del diritto comparato, la possibile fisionomia degli accordi normativi, resta da capire se essi, un volta espunti dal legislatore italiano dall'ordito definitivo della l. n. 241/1990, siano comunque giuridicamente possibili anche nel nostro ordinamento, o se, al contrario, la loro eliminazione sia valsa come definitiva cesura rispetto a questa figura.

In tal senso, va qui anzitutto precisato che gli accordi normativi non sarebbero accordi amministrativi nel senso specificato dall'art. 11 della l. n. 241/1990, e ad essi sarebbero giuridicamente irriducibili proprio per la fondamentale considerazione che, in tal caso, ricorre non un provvedimento ma un atto

amministrativo generale ovvero un regolamento. Del resto, anche la recente dottrina che si è occupata in vario modo del principio di consensualità e dell'agire per accordi esprime una generale insoddisfazione nei confronti dell'art. 11, il cui schema sarebbe divenuto ormai inidoneo a spiegare le nuove forme di partenariato e di negoziazione pubblico-privato⁵¹. L'art. 11 costituirebbe pertanto una «norma-cornice»⁵², un «principio-valvola»⁵³, utile a giustificare anche le ipotesi di accordo non propriamente riconducibili al regime previsto dal legislatore del 1990.

Occorre allora chiedersi se il principio di consensualità, pur evocato dall'art. 11, possa giustificare anche il ricorso agli accordi normativi.

Occorre, cioè, chiedersi se il principio di consensualità possa essere qualificato alla stregua di un principio generale dell'azione amministrativa, chiamato a svolgere quella precisa funzione assegnata a tali principi direttamente dall'art. 12 delle Preleggi.

La norma autorizza infatti l'interprete a fare appello ai principi generali ogniqualvolta sussista la necessità di colmare una lacuna nell'ordinamento, e cioè non solo quando non vi sia una disposizione espressa ma anche quando non si possa risolvere la questione interpretativa ricorrendo al metodo dell'*analogia iuris*⁵⁴. Ne discenderebbe che questo principio potrebbe realmente informare e conformare ogni occasione di esercizio del potere pubblico, incluso quello normativo.

Del resto, nel nostro ordinamento, non solo il potere di provvedere, ma anche il potere organizzativo e lo stesso potere sanzionatorio possono esprimersi, e si esprimono, attraverso modalità consensuali. Inoltre, il ricorso a moduli consensuali è ormai stato ammesso per altre forme di manifestazione del potere anche non strettamente pertinenti al diritto amministrativo, come nel caso degli accordi tributari o del patteggiamento nel diritto penale.

Così, conformemente alla definizione che di principi generali ha fornito la stessa Corte costituzionale italiana, si potrebbe in effetti sostenere che al principio di consensualità possa riconoscersi tale natura. La Corte, come noto, ha affermato che con tale espressione si può fare riferimento proprio a «quegli orientamenti e [a] quelle direttive di carattere generale e fondamentale, che si possono desumere dalla connessione sistematica, dal coordinamento e dalla intima razionalità delle norme che concorrono a

⁵¹ Così, F. GIGLIONI a proposito dei c.d. patti di collaborazione, in *I regolamenti comunali per la gestione dei beni comuni urbani*, cit., p. 299 ss. Ma si veda anche A. TRAVI, *Il Partenariato Pubblico-Privato: i confini incerti di una categoria*, in M. CAFAGNO – A. BOTTO – G. FIDONE – G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013, p. 15, e più di recente, A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit.

⁵² A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP.AA., tra concorrenza per il mercato e la collaborazione con il potere*, Pisa, 2011, p. 562.

⁵³ E. DEL PRATO, *Principio di sussidiarietà e iniziativa economica privata. Dal controllo statale a quello delle autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 264.

⁵⁴ S. BARTOLE, *Principi generali del diritto*, (*dir. cost.*), in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Milano, 1986, p. 494 ss.

formare, in un dato momento storico, il tessuto dell'ordinamento giuridico vigente». Inoltre, sostiene la Corte, «i princìpi generali che scaturiscono da questa coerente e vivente unità logica e sostanziale del diritto positivo possono riflettere anche determinati settori per convergere poi in sempre più elevate direttive generali coerenti allo spirito informatore di tutto l'ordinamento»⁵⁵.

Se così è, un'ulteriore conferma può giungere anche dall'analisi comparata e dal diritto europeo. Lo stesso ancoraggio del principio di consensualità all'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE compiuto dal Libro bianco sulla *governance* del 2001⁵⁶ potrebbe in effetti autorizzare a parlarne anche in termini di principio generale del diritto amministrativo europeo e, conseguentemente, esso, veicolato dal principio di buona amministrazione, “ritornerebbe” nel nostro ordinamento in maniera rafforzata⁵⁷.

Come già dimostra la scienza del diritto internazionale, un principio può addivenire al rango di principio generale quando, tenuto conto delle diverse tradizioni giuridiche e delle peculiarità di ciascun diritto

⁵⁵ C. Cost. 26 giugno 1956, n. 6.

⁵⁶ Cfr. La *Governance* europea – Un libro bianco, cit., p. 16 .

⁵⁷ Sulla diffusione di princìpi generali del diritto amministrativo europeo e sul loro ruolo di conformazione oltre che dello stesso ordinamento comunitario anche dei singoli ordinamenti nazionali, per limitarci ad alcuni contributi essenziali, A. MASSERA, *Una disciplina europea del procedimento amministrativo?*, cit., p. 201; ID., *I princìpi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale*, in *Dir. amm.*, 4/2005 p. 721 ss.; G. FALCON, *Tendenze del diritto amministrativo e dei diritti amministrativi nell'Unione europea*, in ID. (a cura di), *Il diritto amministrativo dei Paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Padova, 2005, pp. 10-11; D. DE PRETIS, *I princìpi del diritto amministrativo europeo*, in M. RENNA – F. SAIITA (a cura di), *Studi sui princìpi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, pp. 44-45; G. DELLA CANANEA, *I princìpi generali*, in G. DELLA CANANEA – C. FRANCHINI, *I princìpi dell'amministrazione europea*, Torino, 2011, p. 51 ss.; ID., *La comparazione dei diritti amministrativi nazionali nell'Unione Europea tra omogeneizzazione e diversità culturali*, in G. FALCON, *Il diritto amministrativo dei Paesi Europei*, cit., p. 409 ss.; ID. *Il rinvio ai princìpi dell'ordinamento comunitario*, in M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, cit., p. 133 ss., nonché ID., *Due Process of Law Beyond the State*, Oxford, 2016; D.U. GALETTA, *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost?: A Study on the “Functionalized Procedural Competence” of Eu Member States*, Heidelberg, Dordrecht, London, New York, 2001; W. LORENZ, *General Principles of Law: Their Elaboration in the Court of Justice of the European Communities*, in *American Journal of Comparative Law*, 1964, p. 1 ss.; T. KOOPMANS, *The Birth of European Law at the crossroads of Legal Traditions*, in *American Journal of Comparative Law*, 1991, p. 493 ss.; A. VON BOGDANDY, *Founding Principles*, in A.VON BOGDANDY-J.BAST (ed.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, 2009, p. 11 ss.; F. TORIELLO, *I princìpi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, Milano, 2000; G. PEPE, *Princìpi generali dell'ordinamento comunitario e attività amministrativa*, Roma, 2012. Sono questi, peraltro, profili che si legano inevitabilmente al più ampio tema della *cross-fertilizations* e dei *legal transplants* tra sistemi europei, di cui non possono che essere ricordati solo alcuni contributi fondamentali: J. BELL, *Mechanism of Cross-Fertilizations of Administrative Law in Europe*, in J. BEATSON – T. TRIDIMAS (eds.), *New Directions in European Public Law*, Oxford, 1998; ID., *Convergences and divergences in European Administrative Law*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, p. 23 ss.; J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, London, 1992; P. CRAIG, *European Administrative Law*, Oxford, 2006; S. CASSESE, *Le problème de la convergence des droit administratifs: vers un modèle administratif européen?*, in *L'Etat de droit, Mél. en l'honneur de Guy Braubant*, Paris, 1996, p. 47 ss.; ID., *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in M. CHITI – G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo, Parte Generale*, t. I, Milano, 2007, p. 1 ss.; A. WATSON, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, 2nd ed., Athens and London, 1993; N. GARUPA – A. OGUS, *A Strategic Interpretation of Legal Transplants*, in *Journal of Legal Studies*, 35/2006, p. 339 ss.; M. P. CHITI, *Les droits administratifs nationaux entre harmonisation et pluralisme eurocompatible*, in J.B. AUBY – J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Traité de droit administratif européen*, 2 éd., Bruxelles, 2014, p. 867 ss.

nazionale, esso sia «comune ad una pluralità di ordinamenti»⁵⁸. Ed a simili conclusioni si può giungere anche attraverso il metodo della valutazione comparativa (*wertende Rechtsvergleichung*), impiegato dalla CGUE, a partire dalla nota sentenza *Algera* del 1957⁵⁹, nel processo di astrazione dei principi generali del diritto comunitario.

Come noto, in quella sentenza, la CGUE affermò una regola di metodo che vale ancora oggi: in assenza di norme nel diritto comunitario, «la Corte deve risolvere la questione informandosi alle leggi, alla dottrina e alla giurisprudenza degli Stati membri». Ne discende che non può diventare principio generale del diritto comunitario un principio che ricorre solo in via d'eccezione negli Stati membri oppure un principio che si ponga in contrasto con principi generali comuni a più ordinamenti nazionali. D'altra parte, può essere inteso come principio generale europeo anche un principio presente in un solo ordinamento, purché permetta di conseguire al meglio gli obiettivi prefissi dal Trattato⁶⁰.

Ed allora, la presenza di forme di negoziazione aventi ad oggetto l'esercizio del potere pubblico tanto nell'ordinamento europeo⁶¹ quanto negli ordinamenti di diversi Paesi membri, e rinvenibile ora nella legislazione generale sul procedimento amministrativo (oltre all'Italia, Germania, Spagna, Svizzera, Polonia, Portogallo, Finlandia), ora nella sola legislazione di settore (Austria e Svezia), ora, infine, in alcune aperture giurisprudenziali e dottrinali (Olanda e Belgio), anche nei Paesi più restii ad ammettere

⁵⁸ G. GAJA, *Principi generali del diritto (d. internaz.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Milano, 1986, p. 533 ss.

⁵⁹ CGCE 12 luglio 1957, in cause riunite C-7/56, C-3/57 e C-7/57, *Algera Dineke et al. C. Alta Autorità*.

⁶⁰ Così, J. SCHWARZE, *Les sources et principes du droit administratif européen*, in J.B. AUBY – J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Traité de droit administratif européen*, cit., p. 470; D. DE PRETIS, *I principi del diritto amministrativo europeo*, cit., p. 50 ss.

⁶¹ Se numerosi e più noti sono i casi di accordi tra soggetti pubblici, conclusi tra gli organi dell'amministrazione comunitaria, gli Stati membri, loro enti territoriali o altre amministrazioni ed organismi di diritto pubblico, spesso usati in funzione di implementazione dei precetti comunitari (su cui, più diffusamente, N. BASSI, *Gli accordi fra soggetti pubblici nel diritto europeo*, Milano, Giuffrè, 2004), non mancano neppure le ipotesi in cui parte sia anche il privato. Si pensi all'impiego di moduli consensuali in materia di sovvenzioni, di tutela dell'ambiente e di politica energetica, di sostegno allo sviluppo e alla ricerca. Più di recente, inoltre, forme consensuali con funzione tipicamente transattiva si sono diffuse anche in sede di accertamento di infrazioni della normativa *antitrust* da parte delle imprese. Accade poi in maniera del tutto singolare che in questi casi la giurisprudenza comunitaria applichi all'accordo in sede di contenzioso ora il diritto pubblico ora il diritto privato del Paese di riferimento, a seconda delle diverse allegazioni prospettate dalle parti in causa. Cfr., su questi aspetti, E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'azione amministrativa*, cit., p. 187; P. DURET, *Gli accordi «novativi» della procedura: le decisioni con impegni nella disciplina antitrust*, in D. CORLETTI (a cura di), *Gli accordi amministrativi tra consenso, conflitto e condivisioni*, Napoli, ESI, 2012, p. 35 ss.; R. CHIEPPA, *Le nuove forme di esercizio del potere e l'ordinamento comunitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl. com.*, 2009, p. 1319 ss.; D. WAELBROECK, *Le développement en droit européen de la concurrence des solutions négociées (engagements, clémence, non-contestation des faits et transactions): que va-t-il rester aux juges?*, Collège d'Europe, Global Competition Law Centre Working Paper Series 1/08, disponibile su https://www.coleurope.eu/sites/default/files/research-paper/gclc_wp_01-08.pdf; U. STELKENS – H. SCHRÖDER, *Eu Public Contracts – Contracts passed by EU-Institutions in Administrative Matters*, in *FÖV Discussion Papers*, 2012, p.11 ss. In giurisprudenza, vd. CGCE, 19 settembre 2002, *M. Huber c. Republik Österreich*, C-336/00; CGCE, 8 aprile 1992, *Commission des Communautés européennes c. Walter Feilbauer*, C-209/90.

tali moduli consensuali (Francia e Inghilterra)⁶², suggerirebbe di poter parlare concretamente del principio di consensualità anche in termini di principio generale del diritto amministrativo europeo.

E' noto, del resto, come proprio a tali principi la CGUE abbia affidato da sempre un duplice ruolo. Anzitutto, quello di favorire una circolazione ed un'ibridazione spontanea dei modelli e degli istituti giuridici, sia in senso verticale che in senso orizzontale. In secondo luogo, quello di restituire all'ordinamento di origine quei medesimi principi, ma trasmutati nel loro volto, per effetto di una rielaborazione svolta in un'ambientazione comune ed europea.

La Corte di Giustizia, del resto, riconosce ormai da lungo tempo il carattere vincolante dei principi in questione, non solo nei confronti delle istituzioni comunitarie, ma anche degli stessi Stati membri, quantomeno quando essi sono chiamati ad attuare il diritto dell'Unione⁶³. Il registrato *trend* di una loro applicazione anche nel diritto interno si spiega, poi, almeno nel nostro ordinamento, anche in ragione del principio di uguaglianza e del divieto di disparità di trattamento, unitamente ad alcune scelte compiute dal nostro legislatore. Così, da un lato, l'esigenza di evitare discriminazioni in tutti i casi in cui dall'applicazione dei principi comunitari possa derivare un trattamento giuridico più favorevole di quello che potrebbe garantire la disciplina nazionale (principi di effettività ed equivalenza)⁶⁴, e, dall'altro, la posizione di norme come l'art. 117 comma 1 Cost. e l'art. 1, comma 1 della l. n. 241/1990 fanno sì che anche i pubblici poteri nazionali possano essere chiamati ad ispirarsi, se non più propriamente ad uniformarsi, a tutti i principi dell'ordinamento comunitario⁶⁵, incluso, a nostro giudizio, il principio generale di consensualità.

In conclusione, a noi pare che del principio di consensualità, anche per effetto dell'influsso europeo e per come esso si esprime e si atteggia nel nostro ordinamento, possa realmente predicarsi la natura di principio generale dell'azione amministrativa⁶⁶. Pertanto, se tale principio può caratterizzare, senza deroga

⁶² Per maggiori approfondimenti, si veda, se si vuole, M. DE DONNO, *Consensualità e interesse pubblico nel governo del territorio*, cit., p. 291 ss.

⁶³ CGCE, 2 settembre 1979, in causa C-230/78, *Eridania*; CGCE, 19 giugno 1990, in causa C-213/1989, *Factortame*; CGCE 19 novembre 1991, in cause riunite C- 6/90 e 9/90 *Francoovich*. Nella gerarchia delle fonti comunitarie i principi generali del diritto comunitario si pongono al livello più alto del diritto europeo, al medesimo livello del Trattato, se non proprio in una posizione superiore anche rispetto a quest'ultimo, posto il fondamentale utilizzo che la CGCE ne fa per interpretare le stesse norme del Trattato. Cfr. D. DE PRETIS, *I principi del diritto amministrativo europeo*, cit., p. 44-45.

⁶⁴ D. DE PRETIS, *op. ult. cit.*, p. 53.

⁶⁵ Per un'applicazione dei principi di derivazione comunitaria *in ogni caso*, si veda in giurisprudenza Cons. St., Sez. V, 19 giugno 2009, n. 4035.

⁶⁶ In dottrina, qualificano, dopo l'entrata in vigore della l. n. 241, il principio di consensualità alla stregua di un principio generale dell'azione amministrativa, F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1995, pp. 153 e 167; A. CONTIERI, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo*, cit., p. 146, ove l'A. afferma: «può ben dirsi, allora, che il principio di consensualità, quale principio generale dell'azione amministrativa, solennemente affermato dal testo predisposto della Commissione Nigro, sebbene

alcuna, l'attività della pubblica amministrazione, «va da sé che esso debba riguardare ogni occasione di esercizio del potere»⁶⁷, potendo così costituire il titolo legittimante anche per le ipotesi di negoziazione normativa tra pubblico e privato.

Non ci sembra, del resto, possano ostare a tale lettura le previsioni di cui all'art. 13 della l. n. 241/1990 e il letterale divieto di applicazione degli istituti della partecipazione, ivi inclusi gli accordi amministrativi, nei procedimenti volti all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e programmazione.

Secondo un'opzione ermeneutica che qui si preferisce⁶⁸, andrebbe infatti valorizzata un'interpretazione positiva della norma, tale da ricondurre il limite applicativo ivi previsto all'unica spiegazione possibile, ossia quella di clausola di rinvio a favore della legge speciale, che riserva, appunto, ai procedimenti prodromici all'emanazione di questi atti, le «particolari» forme di partecipazione ammesse dalla legislazione di settore.

Ferma, infatti, l'opportunità di una riformulazione della disposizione, una diversa lettura dell'art. 13 potrebbe anche essere intesa in contrasto con gli stessi principi comunitari di buona amministrazione e di consensualità, e, conseguentemente, si imporrebbe una disapplicazione della norma in sede di eventuale contenzioso, se non proprio una sua illegittimità costituzionale per violazione della fonte comunitaria interposta, *ex art. 117 comma 1 Cost.*

espunto dalla legge n. 241, si è poi prepotentemente imposto nell'ordinamento in tanti settori...». Anoverano ugualmente il principio di consensualità tra i principi generali del diritto amministrativo anche A. BARTOLINI – A. PIOGGIA, *La legalità dei principi di diritto amministrativo e il principio di legalità*, in M. RENNA – F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 83, ove gli Autori rilevano come, a partire dagli anni '90, risulti frequente l'impiego di formule quali “amministrazione partecipata”, “amministrazione consensuale”, “amministrazione di risultato” e, come lo stesso giudice amministrativo faccia sovente applicazione dei principi di «trasparenza amministrativa, partecipazione, consensualità, semplificazione, *etc.*». Si veda d'altra parte la di per sé significativa collocazione dello stesso «principio di contrattualità» tra i principi del diritto amministrativo compiuta in quest'ultima opera. Cfr. G. NAPOLITANO, *Il principio di contrattualità*, in M. RENNA, F. SAITTA *op. ult. cit.*, p. 551 ss. In giurisprudenza, vd., p. es., T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 20 novembre 2001, n. 679: «Va, infatti, considerato che la l. 241/1990 ha introdotto, all'art. 11, nel nostro ordinamento il principio della negoziabilità del potere discrezionale della P.A. e, ove, possibile, quindi, il rifiuto dell'esercizio unilaterale del potere autoritativo. Siffatto principio ha valenza generale [...]».

⁶⁷ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Sul fondamento giuridico degli accordi in materia di fissazione delle prescrizioni urbanistiche*, in F. PUGLIESE – E. FERRARI (a cura di), *Presente e futuro della pianificazione urbanistica*, Atti del secondo Convegno Nazionale AIDU, Milano, 1999, p. 167.

⁶⁸ Si richiama qui la lettura dell'art. 13 proposta da quella dottrina favorevole all'ammissibilità degli accordi di pianificazione. Cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *op. ult. cit.*, p. 169; P. URBANI, *L'urbanistica consensuale, la disciplina degli usi del territorio tra liberalizzazione, programmazione negoziata e tutele differenziate*, Torino, 2000, p. 81; N. ASSINI, P. MANTINI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 177. *Contra*, G. PAGLIARI, *Gli accordi urbanistici tra P.A. e privati*, in *RGU*, 4/2008, p. 474 ss.; B. CAVALLO, *Sussidiarietà orizzontale e L. n. 241/1990 nel governo del territorio*, in *RGU*, 3/2006, 395 ss.; M. MAGRI, *Gli accordi con i privati nella formazione dei piani urbanistici strutturali*, in *RGU*, 4/2004, p. 546 ss. Per una compiuta ricognizione della questione, si veda altresì A. ZITO – G. TINELLI, *L'ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 681 ss.

Se così è, una lettura della norma di questo tipo porta pianamente a ritenere che l'amministrazione possa legittimamente fare ricorso a moduli consensuali non solo nell'ambito dell'attività provvedimentale, ma anche in quella normativa, salva la precisazione che, conformemente a quanto previsto dall'art. 13, occorrerebbe pur sempre una previsione espressa da parte della legislazione di settore.

L'art. 13 non può in definitiva essere inteso, in presenza di un principio di consensualità del quale può effettivamente cogliersi la natura di principio generale del diritto amministrativo, come un ostacolo ad ammettere gli accordi tra pubblica amministrazione e privati oltre che nell'ambito dell'attività provvedimentale anche in quella amministrativa generale e normativa. E vi sarebbe oramai più di una ragione che autorizzerebbe a sostenerlo.

5. Gli accordi normativi atipici. Ovvero sull'efficacia e sulla vincolatività degli accordi normativi in assenza di una norma-base

Diversa ed ulteriore rispetto alla precedente è la questione dell'efficacia giuridica che si intenda o si debba riconoscere agli accordi normativi. Occorre qui dunque chiedersi se tali fattispecie possano assumere anche efficacia vincolante in forza del solo richiamo al principio generale di consensualità.

Volendo astrattamente accogliere le fattispecie di accordo normativo già incontrate nell'analisi comparata, ossia l'accordo normativo procedimentale e l'accordo normativo sostitutivo, bisognerà verificare se il principio di consensualità sia sufficiente a rendere giuridicamente vincolante questa figura, nel senso di obbligare il soggetto pubblico a recepire nell'atto-fonte il contenuto di quanto pattuito, nel primo caso, ovvero nel senso che l'accordo possa direttamente produrre effetti innovativi per l'ordinamento, nel secondo.

L'aspetto problematico deriva, in particolare, dalla presenza, ancora una volta, dell'art. 13 della l. n. 241, che pure nell'interpretazione positiva qui accolta richiede comunque un'abilitazione legislativa espressa perché siano ammesse forme di partecipazione ampia, come quelle previste dagli artt. 7 e ss., nei procedimenti volti all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e programmazione.

Si pone, pertanto, il problema di una norma-base che legittimi il ricorso all'accordo anche in questi settori dell'attività amministrativa.

In tal senso, l'art. 11 non è sufficiente. Esso sì, è bene ribadirlo, esprime attualmente il principio di consensualità, che è principio generale del diritto amministrativo. Tuttavia questa disposizione, pur sempre relativa all'attività provvedimentale, non può essere intesa anche come norma giustificatrice gli accordi normativi tra amministrazione e privati. Ne discende che, stante il tenore letterale dell'art. 11 e dell'art. 13 ed in assenza di una previsione generale specificamente dedicata all'istituto, in tanto possono

ammettersi nel nostro ordinamento accordi normativi atipici, in quanto essi abbiano carattere preparatorio, procedimentale e non vincolante⁶⁹.

D'altra parte, anche la stessa giurisprudenza amministrativa tende a negare efficacia vincolante alle forme di negoziazione che già ricorrono in via di prassi nei procedimenti regolatori delle Autorità amministrative indipendenti⁷⁰: in assenza di specifica previsione, la sola partecipazione dei privati a questi procedimenti non «obbligherebbe [l'Autorità] ad approvare uno schema di provvedimento concordato con gli operatori del settore»⁷¹.

Ciò non toglie, si badi bene, che in presenza di una norma che li ammetta e li disciplini non possano anche aversi accordi normativi integrativi vincolanti e financo sostitutivi dell'atto amministrativo generale o dell'atto normativo. Così come ciò non esclude che laddove una norma intervenga, questa possa optare per la soluzione minima degli accordi procedimentali e non vincolanti.

Pertanto, finché una norma-base non vi sia, e salve le ipotesi di accordi normativi già espressamente previste dalla legislazione di settore (su cui, v. *infra*), la lettura (positiva) dell'art. 13 ci porta a ritenere che, allo stato, le amministrazioni possano legittimamente fare ricorso soltanto ad accordi procedimentali, con carattere preparatorio e non vincolanti. In altri termini, il combinato disposto dell'art. 11 e dell'art. 13 giustifica, in via generale, solo un accordo normativo che acquisti giuridica cogenza esclusivamente con l'emanazione della fonte di diritto in vista della quale esso viene stipulato tra le parti, divenendo dunque efficace se e solo se l'amministrazione, nella sua piena autonomia, intenda recepirlo nell'atto-fonte, il solo in grado di produrre effetti *erga omnes*.

In assenza di una norma di questo tipo, la p.a., pur addivenendo all'atto bilaterale, rimane dunque sempre libera di stabilire le modalità attraverso cui esercitare il proprio potere normativo, salvo l'obbligo di

⁶⁹ Sul carattere non vincolante delle forme atipiche di partecipazione dei privati nei procedimenti volti all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, cfr. A. ZITO, *L'ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, p. 586 ss. (e nella II edizione, nel contributo a cura di A. ZITO, G. TINELLI, prima citato, p. 691 ss.) La giurisprudenza amministrativa ammette una partecipazione dei privati anche in assenza di una base legislativa, in ossequio al principio di buon andamento e in funzione di arricchimento dell'istruttoria procedimentale. Tuttavia il giudice esclude che, in tali casi, possano anche riprodursi specifiche ricadute in punto di legittimità dell'atto amministrativo finale per violazione delle garanzie partecipative del privato, proprio perché si tratta di forme di partecipazione non vincolanti. Cfr. Cons. St., sez. IV, 16 ottobre 2006, n. 6172, *ivi* citata.

⁷⁰ Su cui, vd. S. CASSESE, *Negoziazione e trasparenza dei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità Indipendenti*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 37 ss., e in giurisprudenza vd. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 1 dicembre 2004, n. 6091. Ma a forme di «regolazione consensuale» ha fatto ricorso, da ultimo, anche il Ministero dell'economia e delle finanze, con un recente protocollo d'intesa in materia di fondazioni bancarie, siglato con l'Associazione delle Fondazioni e delle Casse di Risparmio (Acri), che ha nuovamente attratto l'attenzione della dottrina. Cfr. M. CLARICH, *Il Protocollo d'intesa tra MEF e ACRI, ovvero uno strumento inedito di regolazione consensuale*, in *Gior. dir. amm.*, 3/2015, p. 295 ss.

⁷¹ E' quanto sostenuto nelle proprie difese dall'Avvocatura dello Stato, le cui argomentazioni sono fatte proprie dalla IV sezione del T.A.R. Lombardia nella sentenza del 1 dicembre 2004, n. 6091.

motivazione nel caso in cui non intenda più accedere al contenuto dell'accordo. Ed in effetti, sembra si possa ritenere che, in tal caso, l'unico effetto che la conclusione dell'accordo normativo può produrre nei confronti dell'amministrazione sia quello di obbligarla a motivare in maniera puntuale sulla propria decisione di non accogliere quanto concordato nell'atto normativo. Ciò che, invero, ad altro non corrisponderebbe se non alla tradizionale regola che impone al soggetto pubblico di motivare i propri provvedimenti negativi, o di rigetto dell'istanza del privato, elaborata dalla giurisprudenza a partire dagli anni Cinquanta del secolo scorso⁷².

Simili considerazioni apparirebbero, del resto, in linea con i principi di democraticità e di tipicità delle forme e dei procedimenti volti alla produzione di norme giuridiche⁷³. L'accordo in parola potrà avere natura vincolante e anche sostitutiva dell'atto normativo (o amministrativo generale) solo se sia lo stesso ordinamento a prevedere una norma sulla produzione giuridica che abiliti direttamente un atto bilaterale pubblico-privato a porre in essere – a seguito di apposito procedimento e con determinate formalità di esternazione – prescrizioni normative con efficacia *erga omnes*.

Anche sotto questo profilo si può comprendere pertanto come l'art. 11 non possa essere sufficiente per imputare all'accordo autonoma capacità di innovare l'ordinamento. Così come non basterebbe riferirsi ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti di cui al comma 2 dell'art. 11, e dunque al principio *pacta sunt servanda*, per riconoscere analoga vincolatività⁷⁴.

I principi sopra richiamati osterebbero ad una loro applicazione in via sussidiaria nell'ambito dell'attività normativa consensuale. Il che, del resto, sembrerebbe essere confermato anche dalle analoghe soluzioni approntate dalla costante giurisprudenza costituzionale a proposito degli stessi accordi normativi tra soggetti pubblici (c.d. accordi legislativi o prelegislativi), conclusi in Conferenza tra Stato e Regioni.

Come più volte ribadito dalla Corte, infatti, la costituzionalizzazione del principio di leale collaborazione – nella sua dimensione procedimentale e consensuale – non basta a rendere questi accordi vincolanti.

⁷² Sull'obbligo di motivazione dei provvedimenti negativi, si vedano per tutti M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVII, Milano, p. 257 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano p. 1987; ID., *Motivazione nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, p. 683 ss.; L. VANDELLI, *Osservazioni sull'obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, p. 1595 ss.; G. BERGONZINI, *Difetto di motivazione del provvedimento amministrativo ed eccesso di potere (a dieci anni dalla legge n. 241 del 1990)*, in *Dir. amm.*, 2/2000, p. 187 ss.; B.G. MATTARELLA, *Il declino della motivazione*, in *Gior. dir. amm.*, 6, 2007, p. 618 ss.

⁷³ Sulla necessità di appositi procedimenti deliberativi e di forme tipiche di esternazione degli atti normativi, cfr. V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, 1959, p. 253; per analoghe considerazioni ma ricondotte nell'ambito interpretativo dell'art. 13 l. n. 241/1990, E. CASTORINA, *Considerazioni sui profili costituzionali dei limiti di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1/1994, p. 92 ss.

⁷⁴ Ha riconosciuto la vincolatività di un accordo con cui l'amministrazione si è obbligata a definire il contenuto di un successivo bando di gara, ma sull'erroneo presupposto che si trattasse di un accordo amministrativo ex art. 11, il T.A.R. Lombardia nella sentenza del 27 dicembre 2006, n. 3067.

Perché ciò accada, occorre infatti un'espressa previsione legislativa, una norma sulla produzione delle fonti primarie che attribuisca efficacia vincolante agli esiti del raccordo collaborativo⁷⁵.

Anche per questi motivi, si può ritenere perciò che gli accordi normativi tra p.a. e privati differiscano dagli strumenti consensuali impiegati nella c.d. programmazione negoziata.

Secondo quanto sostenuto dalla dottrina, tali strumenti costituiscono delle «fattispecie a collaborazione pubblico-privata necessaria»⁷⁶, in cui l'amministrazione non può prescindere dal consenso del privato. La presenza di quest'ultimo sarebbe infatti essenziale ed indispensabile per il venire in essere dello stesso rapporto. Ciò è valso già ad escluderne la natura di accordi amministrativi, in quanto, in quest'ultimo caso, l'amministrazione sarebbe sempre libera di tornare su un esercizio unilaterale dei propri poteri quando l'accordo non risulti più congruo al perseguimento dell'interesse pubblico. Gli accordi amministrativi non sarebbero, cioè, «un modello contrattuale obbligatorio»⁷⁷.

Tali ultime argomentazioni possono essere riportate a proposito degli accordi normativi. Benché infatti anche gli strumenti della programmazione negoziata necessitino di un atto dell'amministrazione – del

⁷⁵ Cfr. per tutte C. Cost. sent. n. 437/2001. Significativa è, inoltre, la stessa giurisprudenza costituzionale sul rapporto tra efficacia delle intese e illegittimità costituzionale delle norme di legge che ne costituiscono il presupposto, dalla quale si può analogamente dedurre che solo una norma di legge può legittimare l'intesa, quale modulo procedimentale consensuale vincolante per la predeterminazione del contenuto di un successivo atto normativo. In assenza di una norma di questo tipo tuttavia (nei casi di specie, la norma era venuta meno per intervenuta declaratoria di illegittimità), l'intesa resta un accordo meramente politico. Ne discende, pertanto, quale ulteriore corollario che, in difetto di una fonte sulla produzione, neppure la volontà delle parti può rendere vincolante l'accordo. Cfr. C. Cost. sent. nn. 98/2007; 178/2007. In dottrina, vd. F. BENELLI, C. MAINARDIS, *La cooperazione Stato-Regioni e il seguito giurisprudenziale (con particolare riferimento alla c.d. negoziazione delle competenze)*, in *Le Regioni*, 6/2007, p. 959 ss.; ID., *La negoziazione delle competenze fra Stato e Regioni e il suo seguito giurisprudenziale*, cit.; A. CARMINATI, *Dal raccordo politico al vincolo giuridico: l'attività della Conferenza Stato-Regioni secondo il giudice costituzionale*, in *Le Regioni*, 2/2009, p. 281 ss.; S. STAIANO, *Delega per le riforme e negoziazione legislativa*, in www.federalismi.it; F. CINTIOLI, *Le forme di intesa e il controllo sulla leale collaborazione dopo la sentenza 303 del 2003*, in www.aspid-online.it; S. BARTOLE, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale*, in *Le Regioni*, 2-3/2004, p. 584 ss.; A. ANZON, *Flessibilità dell'ordine di competenze legislative e collaborative tra Stato e Regioni*, in *Giur. Cost.*, 5/2003, p. 2782 ss.; R. BIN, *Le deboli istituzioni della leale collaborazione*, in *Giur. Cost.*, 6/2002, p. 4184 ss.; P. CARETTI, *Gli «accordi» tra Stato, Regioni e autonomie locali: una doccia fredda sul mito del «sistema delle conferenze»?*, in *Le Regioni*, 5/2002, p. 1169 ss.; L. VIOLINI, *Meno supremazia e più collaborazione nei rapporti tra i diversi livelli di governo?*, in *Le Regioni*, 5/2003, p. 691 ss.; G. CARPANI, *La Conferenza Stato-Regioni*, Bologna, 2006; ID., *La collaborazione strutturata tra Regioni e tra queste e lo Stato. Nuovi equilibri e linee evolutive dei raccordi «verticali» ed «orizzontali»*, in www.federalismi.it; R. CARPINO, *Evoluzione del sistema delle Conferenze*, in *IdF*, 1/2006, p. 13 ss.; C. FRATICELLI, *Stato, Regioni e sdemanializzazione: la Corte «rafforza» il principio di leale collaborazione*, in *Le Regioni*, 4/2006, p. 810 ss.; A. STERPA, *Un parere «artificiale»: prime riflessioni sulla sentenza della Corte Costituzionale 26 gennaio 2011 n. 33*, in www.federalismi.it.

⁷⁶ P.L. PORTALURI, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali*, cit., p. 227 ss. Sugli strumenti della programmazione negoziata si vedano anche E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, cit.; A. CONTIERI, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo*, cit.; P. D'ANGIOLILLO, *Accordi amministrativi e programmazione negoziata nella prospettiva del potere discrezionale*, Napoli, 2009, p. 371 ss.; A. POLICE, *I patti territoriali: un nuovo modello convenzionale per le amministrazioni locali*, in AA.VV., *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale*, Atti del XLII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Tremezzo, 19-21 settembre 1996, Milano, 1997, p. 429 ss.

⁷⁷ A. CONTIERI, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo*, cit., p. 145.

CIPE o del Ministero del Tesoro – per produrre i propri effetti, negli accordi normativi, l’apporto del privato non si esprime in termini di collaborazione necessaria, mentre l’esercizio in senso tradizionale del potere si mantiene come valida alternativa.

Mutatis mutandis, la fattispecie in parola, ma solo ove divenisse l’oggetto di un’abilitazione legislativa espressa, potrebbe invece essere accostata all’analoga categoria ricorrente nel diritto privato.

Con il contratto (o accordo) normativo di diritto privato le parti determinano l’obbligo di inserire e osservare determinate clausole nella stipulazione di futuri contratti. Il carattere fondamentale di questa fattispecie risiederebbe nella sua funzione di fornire uno «schema di disciplina», una «predisposizione» e una «preparazione anticipata» di un futuro contratto, sì che le future parti «si trovino già in possesso dello schema normativo (o di singole clausole) e non abbiano se non da impiegarlo nel loro caso: cioè, riempirlo con i dati concreti (soggetti, scadenza, durata e simili), dei quali, in quanto schema astratto, esso manca»⁷⁸. Peraltro, secondo la dottrina civilistica più accreditata, l’accordo normativo di diritto privato non sarebbe riconducibile all’art. 1321 c.c., rappresentando «qualcosa di diverso, che si pone accanto e, in certa maniera, in antitesi al contratto»⁷⁹. L’inosservanza dell’accordo normativo non darebbe perciò luogo all’applicabilità dell’art. 2932 c.c., poiché, mediante quell’inosservanza, «non si viene meno a un obbligo a contrarre, bensì all’obbligo a contrarre in un certo modo»⁸⁰.

Ebbene, è proprio nella produzione degli effetti che l’accordo normativo di diritto privato e quello di diritto pubblico potrebbero trovare un punto di convergenza. Se infatti nel diritto privato dall’accordo discende sempre un obbligo per le parti, sia pure non coercibile, ma il cui inadempimento dà luogo a risarcimento del danno, anche nel diritto pubblico, l’amministrazione, ove espressamente abilitata a vincolarsi ad una precisa disciplina definita consensualmente con il privato, potrebbe esporsi a medesime conseguenze risarcitorie.

6. Gli accordi normativi tipici nella legislazione di settore

Per corroborare queste nostre tesi, sembra utile riportare alcuni istituti, già presenti nel nostro ordinamento, che potrebbero essere sussunti nello schema dell’accordo normativo tra pubblica amministrazione e privato.

⁷⁸ Cfr. F. MESSINEO, *Contratto normativo e contratto tipo*, cit., 116 ss. Sul contratto normativo o accordo normativo nel diritto privato si veda altresì F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. II, Padova, 2010, p. 153 ss.; V. ROPPO (diretto da), *Trattato del Contratto*, t. III *Effetti*, Milano, 2006, p. 103 ss.; G. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, Padova, 1994.

⁷⁹F. MESSINEO, *op. ult. cit.*, p. 123.

⁸⁰*Ibidem*.

Ci sembra, infatti, che il proprio dei moduli consensuali, che qui di seguito proveremo ad elencare, consista esattamente nel disporre di una sorta di doppia natura giuridica – non rinvenibile certamente negli accordi amministrativi previsti dall’art. 11 – a un tempo negoziale e regolamentare. La prima protesa alla disciplina del singolo rapporto tra amministrazione e privato; la seconda destinata ad implementare le stesse previsioni normative dell’atto amministrativo (regolamento, piano urbanistico, etc.) oggetto stesso della negoziazione.

In tal senso, tali moduli negoziali si connoterebbero per una finalità di tipo “ultraprocedimentale”, proprio perché essi non sono destinati ad esaurirsi nel procedimento istituito per governare il rapporto tra p.a. e singolo privato, ma svolgono una funzione di composizione di un assetto regolativo di più interessi. Con il che essi finiscono inevitabilmente per avere un’incidenza diretta anche sulle posizioni soggettive dei terzi, destinatari di una disciplina consensualmente definita tra due parti.

Parimenti a quanto riconosciuto nell’ordinamento tedesco e in quello spagnolo, potrebbero innanzitutto avere valenza di accordi normativi, e, in particolare di accordi endoprocedimentali, i c.d. accordi “a monte” delle prescrizioni urbanistiche. Non ci sembra infatti del tutto azzardato cogliere una simile natura giuridica in accordi che, oltre a stabilire precisi impegni ed obblighi reciproci tra le parti, sono volti esattamente alla predeterminazione di alcune disposizioni dei piani urbanistici.

Diffusi nella prassi, tali accordi, come noto, sono stati espressamente disciplinati per la prima volta dall’art. 18 della l.r. Emilia-Romagna n. 20/2000 (oggi, art. 61 della nuova legge urbanistica n. 24/2017), e dall’art. 6 della l.r. Veneto n. 11/2004⁸¹. In tali casi, peraltro, il legislatore regionale sembra aver optato per la soluzione minima degli accordi normativi endoprocedimentali e non vincolanti.

Volendo prendere come parametro di riferimento la disciplina emiliano-romagnola, che, al momento, pare essere quella più avanzata nel panorama legislativo regionale, essa dispone nell’attuale art. 61, comma 3 anzitutto che «l’accordo costituisce parte integrante dello strumento di pianificazione cui accede ed è soggetto alle medesime forme di pubblicità e trasparenza». In tal modo, l’art. 61 prevede l’incorporazione dell’accordo medesimo nel piano urbanistico, che avviene – prosegue la norma – in sede di adozione del

⁸¹ Non modificati, nella loro disciplina, dalla recente l.r. 6 giugno 2017, n. 14, *Disposizioni per il contenimento del consumo di suolo e modifiche della l.r. 23 aprile 2004, n. 11*. Per un’analisi della disciplina regionale sui c.d. accordi “a monte” delle prescrizioni urbanistiche, cfr. G. PAGLIARI, *Gli accordi urbanistici tra P.A. e privati*, cit., p. 455 ss.; M. MAGRI, *Gli accordi con i privati nella formazione dei piani urbanistici strutturali*, cit., p. 539 ss.; G. PIPERATA, *Il rapporto tra pubblico e privato nel contesto giuridico delle trasformazioni urbanistiche*, in *Urb. App.*, 2001, p. 508 ss.; F. GUALANDI, *Gli accordi nell’urbanistica negoziale con particolare riferimento all’art. 18 della Legge regionale dell’Emilia Romagna n. 20/2000*, in *www.lexitalia.it*; S. MORO, *Gli accordi “a monte” delle prescrizioni urbanistiche: spunti di riflessione*, in *RGE*, 3-4/2010, p. 453 ss.; G. SCIULLO, *Accordi e conferenze di servizi nella legge sul governo del territorio dell’Emilia Romagna*, in *www.lexitalia.it*; M. BREGANZE, *La nuova pianificazione urbanistico-territoriale in Veneto e gli accordi con i privati*, in *RGU*, 1-2/2005, p. 210 ss.; V. DOMENICHELLI, *Gli elementi caratterizzanti della Legge Regionale del Veneto 23 aprile 2004, n. 11*, in *Nuova rass.*, 5/2006, p. 499 ss.

piano, mediante «il recepimento dei suoi contenuti nella delibera con cui l'organo consiliare fa propria la proposta di piano» stessa. Il che non è ancora sufficiente perché l'accordo risulti efficace: viene posta l'ulteriore condizione della «conferma delle sue previsioni nel piano approvato». E' proprio quest'ultima disposizione che ci dà la misura della stessa mancanza di vincolatività dell'accordo, recepito nel piano adottato, ma non ancora confermato nel piano approvato.

Secondo infatti il nuovo procedimento di pianificazione dettato dalla l.r. 24/2017, tra il momento dell'adozione e quello dell'approvazione il piano viene rimesso al c.d. Comitato Urbanistico (CU) competente⁸², che acquisisce e valuta tutta la documentazione presentata – comprensiva delle osservazioni formulate durante la fase partecipativa e la consultazione pubblica, preliminari, ora, alla stessa fase di adozione del piano – ed esprime entro un termine perentorio parere motivato⁸³ sul piano medesimo.

Anche nella nuova struttura procedimentale, tra i due momenti dell'adozione e dell'approvazione si realizza quindi l'acquisizione di quegli ulteriori interessi pubblici, che dovranno essere tenuti in debito conto nelle definitive scelte discrezionali del Consiglio comunale. E' chiaro che, in sede di approvazione, l'assetto urbanistico consensualmente predeterminato potrebbe apparire non più adatto alla luce del nuovo interesse pubblico concreto, per cui l'amministrazione sarà altrettanto chiaramente libera di non recepire, da ultimo, l'accordo nel piano urbanistico, costituendo ciò un insopprimibile momento di autonomia nell'esercizio della potestà amministrativa discrezionale. Ne deriva, appunto, che gli unici effetti che la stipula produce sono, da un lato, quello di impegnare la Giunta a promuovere l'accordo durante tutto il procedimento di formazione del piano urbanistico e, dall'altro, quello di obbligare il Consiglio comunale a motivare in maniera puntuale, qualora non intenda accogliere quanto concordato nelle previsioni di piano.

Proprio la delibera consiliare di approvazione assolve allora esattamente quel ruolo di omologazione del patto, che resta, in sua assenza, del tutto sfornito della capacità di vincolare l'amministrazione rispetto al suo contenuto. In altri termini, all'esito di un positivo riscontro di congruità dell'accordo rispetto all'interesse pubblico concreto, la delibera consiliare realizza quell'incorporazione di quanto convenuto nell'atto-fonte, il piano, che resta il solo a poter produrre effetti innovativi nella disciplina del territorio. Sembra appena il caso di dire, del resto, che l'accordo non integra certamente il contenuto del

⁸² Vd. art. 47, l.r. 24/2017.

⁸³ Peraltro l'art. 46 prevede che il parere vincola l'organo consiliare quanto ai profili relativi al rispetto dei limiti massimi di consumo di suolo; all'osservanza della disciplina delle nuove urbanizzazioni; alla conformità del piano alla normativa vigente e alla coerenza dello stesso alle previsioni di competenza degli altri strumenti di pianificazione; alla sostenibilità ambientale e territoriale del piano; e, infine, in relazione agli indicatori territoriali e ambientali prescelti.

provvedimento amministrativo di approvazione del piano, ma il piano stesso. La delibera consiliare svolge dunque la precisa funzione di autorizzare l'accordo, che, in tal modo, viene recepito nello strumento urbanistico acquisendo, con esso, efficacia.

Ma la nuova legge urbanistica dell'Emilia-Romagna sembra essersi spinta ben oltre. Ferma, infatti, la disciplina degli accordi "a monte" ora visti ed espressamente qualificati dall'art. 61 come «accordi integrativi del PUG», la l. n. 24 ha introdotto nell'art. 38 una nuova fattispecie consensuale, l'«accordo operativo», nel quale è possibile intravedere, questa volta, le fattezze dell'accordo normativo sostitutivo. A superamento infatti della precedente bipartizione del piano regolatore in un Piano strutturale ed in uno operativo, la nuova legge prevede un nuovo Piano urbanistico generale (PUG), deputato a definire esclusivamente «le invarianze strutturali e le scelte strategiche di assetto e sviluppo urbano», cui si affiancano i c.d. accordi operativi, che, nelle intenzioni del legislatore emiliano-romagnolo, dovrebbero porsi in sostituzione degli attuali POC nonché di tutti i piani attuativi ad iniziativa pubblica e privata comunque denominati⁸⁴.

«Allo scopo di...valorizzare i processi negoziali», gli accordi operativi sarebbero dunque chiamati a definire integralmente la disciplina urbanistica di dettaglio. Conformemente a quanto previsto dall'art. 38 comma 2, essi hanno dunque «il valore e gli effetti» di un piano urbanistico; la loro sottoscrizione comporta, fra l'altro, anche l'apposizione dei vincoli preordinati all'esproprio e la dichiarazione di pubblica utilità per le opere pubbliche e di interesse pubblico ivi previste (comma 16).

Con l'accordo operativo, dunque, è il privato a proporre un «progetto urbano» relativo ad un preciso assetto urbanistico ed edilizio dell'ambito territoriale preso in considerazione, e comprensivo, assieme agli interventi di interesse privato, anche delle dotazioni territoriali, delle infrastrutture e dei servizi pubblici correlati. Al progetto si affianca una apposita «convenzione urbanistica», nella quale sono definiti gli obblighi funzionali al soddisfacimento dell'interesse pubblico assunti dal privato, il cronoprogramma degli interventi e le garanzie finanziarie che questi si impegna a prestare per assicurare la realizzazione e la cessione al Comune delle opere pubbliche previste dal progetto medesimo.

Il procedimento di approvazione e sottoscrizione dell'accordo operativo si articola, poi, in termini pressoché equivalenti ad un procedimento di pianificazione, essendo infatti prevista oltre ad una valutazione di conformità della proposta urbanistica privata alla pianificazione territoriale e settoriale vigente (svolta sia dal Comune che dal CU), anche un'apposita fase di partecipazione della collettività locale, comprendente sia il momento delle osservazioni propriamente intese che le altre e nuove forme di partecipazione del pubblico introdotte dalla legge. Il procedimento si conclude con l'autorizzazione

⁸⁴ Vd. art. 30, comma 1 lett. a) e b); art. 31 e art. 38.

del Consiglio comunale alla stipula dell'accordo, previo adeguamento, ove necessario, da parte dello stesso organo consiliare, di alcune previsioni urbanistiche, e dunque con la sottoscrizione dello stesso accordo e conseguente pubblicazione sul sito web dell'amministrazione e sul Bollettino ufficiale della Regione.

Non sembra del tutto azzardato riconoscere in questa nuova fattispecie un vero e proprio accordo normativo sostitutivo di un piano urbanistico. Ci sembra, infatti, che al di là delle precise distinzioni compiute nell'art. 38, il progetto urbano e la convenzione urbanistica ben potrebbero essere concepiti anche come una figura unitaria. Essa, in particolare, comprenderebbe tanto clausole di natura contrattuale disciplinanti il rapporto tra amministrazione e privato operatore, quanto clausole normative atte a definire una disciplina urbanistica del territorio interessato, con effetti chiaramente *erga omnes*.

Fuori dallo stretto ambito della pianificazione urbanistica, ma in un settore dell'attività amministrativa in parte adiacente al governo del territorio, sembra possano intravedersi le sembianze dell'accordo normativo anche in un'altra recente formula negoziale, prevista dai nuovissimi regolamenti comunali sulla gestione condivisa dei beni comuni urbani⁸⁵.

Ci riferiamo, in particolare, ai c.d. patti di collaborazione tra cittadini e amministrazioni comunali per la cura, la rigenerazione e la gestione dei beni comuni. Sulla natura giuridica di tali patti si sono alternate già diverse teorie in dottrina, così come diverse sono anche le sistematizzazioni giuridiche offerte all'interno degli stessi regolamenti comunali. Il punto di convergenza sembra comunque dato dal fatto che nella maggior parte delle prospettazioni i patti costituiscono una nuova occasione di emersione del principio di consensualità, qui corroborato anche dai richiami al principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale. Escluso infatti che essi possano essere qualificati alla stregua di accordi meramente ricognitivi di intenzioni ovvero di atti di natura non autoritativa *ex art. 1*, comma 1-*bis* della l. n. 241/1990, escluso altresì che essi possano essere ricondotti nell'ambito degli interventi di sussidiarietà orizzontale e del

⁸⁵ Per alcuni contributi sui beni comuni e i c.d. patti di collaborazione, cfr. G. ARENA – C. IAIONE (a cura di), *L'Italia dei beni comuni*, Roma, 2012; G. ARENA, *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2017, p. 43 ss.; ID., *Cosa sono e come funzionano i patti per la cura dei beni comuni*, in www.labsus.org, 2016; C. IAIONE, *Governing the Urban Commons*, in *IJPL*, 1/2015, p. 158 ss.; P. MICHIARA, *I patti di collaborazione e il regolamento per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani. L'esperienza di Bologna*, in *Aedon*, n. 2/2016, p. 14 ss.; G. CALDERONI, *I patti di collaborazione: (doppia) cornice giuridica*, in *Aedon*, 2/2016, p. 4 ss.; M. BOMBARDELLI (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, Napoli, 2016; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Bene comune (obblighi e utilità comuni) e tutela del patrimonio culturale*, in www.giustamm.it, 9/2015; E. BOSCOLO, *Beni privati, beni pubblici, beni comuni*, in *RGU*, 2/2013, p. 341 ss.; V. CERULLI IRELLI – L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Pol. Dir.*, 2014, p. 3 ss.; T. BONETTI, *I beni comuni nell'ordinamento giuridico italiano tra "mito" e "realtà"*, in *Aedon*, 1/2013; F. CORTESE, *Dalle valli da pesca ai beni comuni: la Cassazione rilegge lo statuto dei beni pubblici?*, in *Gior. dir. amm.*, 11/2011, p. 1170 ss.; M. RENNA, *I "beni comuni" e la Commissione Rodotà. Un nuovo regime per le proprietà collettive*, in www.labsus.org, 2009.

baratto amministrativo di cui agli artt. 189 e 190 del nuovo Codice dei contratti pubblici, una parte della dottrina ne riconosce la natura di accordi amministrativi ai sensi dell'art. 11 LPA⁸⁶.

Tuttavia, un'attenta lettura delle norme sui patti di collaborazione ci spinge ad intravedere, anche in questo caso, l'esistenza di un accordo normativo. Prendendo a riferimento i possibili contenuti del patto previsti dall'art. 5 del regolamento di Bologna⁸⁷, il primo ad essere stato adottato in Italia, è possibile infatti cogliere ancora una volta la compresenza di clausole contrattuali e di clausole normative all'interno dell'accordo.

Accanto infatti alle numerose previsioni atte a regolare il rapporto tra il comune e i "cittadini attivi", come gli obiettivi della collaborazione, la durata e le cause di sospensione o conclusione anticipata, le forme di garanzia e di copertura assicurativa, nonché i reciproci impegni dei soggetti coinvolti, incluse le modalità di azione dei privati e le forme di sostegno del comune, e financo le forme di pubblicità, vigilanza, monitoraggio e rendicontazione periodica, spicca in effetti anche la possibilità di prevedere nel patto «le modalità di fruizione collettiva dei beni comuni urbani».

Il patto ha quindi innegabilmente anche una vocazione a regolare i rapporti di soggetti terzi rispetto alle parti contraenti; esso si risolve, ancora una volta, in una fonte di disciplina consensualmente definita tra due parti ma che riverbera i propri effetti nei confronti di una platea potenzialmente indeterminata (almeno a priori) di destinatari. Il che, invero, corrisponde alla specifica vocazione dei patti di collaborazione, nei quali l'attivismo dei cittadini è strumentalmente orientato al benessere della collettività e dell'interesse generale, in aggiunta, chiaramente, alla cura di un bene suscettibile di fruizione condivisa. Ma ne costituisce una prova evidente soprattutto il fatto che il patto, oltre a produrre possibili mutamenti nelle destinazioni d'uso degli immobili interessati, finisce con l'aver anche una vocazione urbanistica suppletoria, nella misura in cui con esso si tenta di rispondere a forme di incuria e di degrado urbano cui gli strumenti di pianificazione tradizionale non hanno saputo rispondere⁸⁸.

Inoltre, il caso dei patti di collaborazione dimostrerebbe proprio quello che poc'anzi si affermava, e cioè che gli accordi normativi potranno avere natura vincolante solo se ricorra una norma sulla produzione giuridica – l'art. 5 del regolamento comunale nel nostro esempio – che abiliti direttamente un atto bilaterale pubblico-privato a produrre prescrizioni normative con efficacia *erga omnes*.

Possiamo concludere la rassegna degli accordi normativi già tipizzati dal nostro ordinamento riferendoci a due altre fattispecie: gli accordi ambientali di derivazione comunitaria previsti dall'art. 206 del nostro Codice dell'ambiente e di cui si è già detto, e il contratto di servizio pubblico di cui all'art. 113 del TUEL.

⁸⁶ Per una ricognizione, vd. F. GIGLIONI, *I regolamenti comunali per la gestione dei beni comuni urbani*, cit., p. 294 ss.

⁸⁷ Su cui, P. MICHIARA, *I patti di collaborazione e il regolamento per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani*, cit.

⁸⁸ Così, F. GIGLIONI, *op. ult. cit.*, p. 306 ss.

Con riferimento a quest'ultimo, si tratta, come noto, di uno strumento negoziale nel quale, da un lato, sono fissati i termini del rapporto tra l'amministrazione affidante e il soggetto affidatario del servizio pubblico, e, dall'altro, sono definite l'organizzazione, nonché le condizioni, le modalità e gli *standard* di erogazione del servizio stesso a favore degli utenti. Peraltro, un'esatta bipartizione del contenuto del contratto di servizio pubblico, suddiviso tra «previsioni dirette alla regolazione del servizio e del rapporto tra amministrazioni concedenti e soggetto erogatore del servizio», unitamente ad un preciso elenco delle disposizioni rientranti nell'una come nell'altra categoria, era presente nell'art. 21 dello Schema di decreto legislativo recante Testo Unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale, predisposto sulla base della delega legislativa contenuta nell'art. 19 della l. n. 124/2015, ed oggetto, insieme ad altri, della ormai ben nota sentenza n. 251/2016 della Corte costituzionale.

Anche a proposito della natura giuridica del contratto di servizio pubblico⁸⁹ sono stati proposti diversi inquadramenti, che oscillano tra la fattispecie dell'accordo amministrativo e quella di un vero e proprio contratto di diritto privato accessivo alla fonte pubblicistica di disciplina del servizio. A chi scrive sembra, invece, che esso possa essere qualificato esattamente come accordo normativo, e ciò non solo per la fondamentale coesistenza delle due tipologie di clausole fin qui descritte – contrattuali e regolative del servizio – ma anche per l'utile conseguenza che dal contratto di servizio scaturirebbero anche posizioni giuridicamente rilevanti in capo agli utenti e dunque immediatamente azionabili da parte degli stessi.

7. Sulla possibile disciplina degli accordi normativi

Posto dunque che, in assenza di una norma sulla produzione che abiliti fonti del diritto (secondario) di natura consensuale, nel nostro ordinamento possono ammettersi solo accordi preparatori, a carattere integrativo e non vincolante, è su questi ultimi che svolgeremo qualche ulteriore considerazione al fine di definire una disciplina generale e comune eventualmente applicabile alle varie forme di accordi normativi già ricorrenti nella prassi, ed almeno fintantoché non intervenga una norma-base che legittimi e disciplini definitivamente tali forme negoziali.

L'attività di ricognizione, che qui si mette a servizio anche per possibili ed auspicabili interventi del legislatore, non può che partire e prendere a riferimento le previsioni contenute nell'art. 11, salva l'avvertenza che un'applicazione in via analogica della disciplina degli accordi amministrativi agli accordi normativi può avvenire solo nei limiti di un previo giudizio di compatibilità⁹⁰. Ad essa si affiancheranno

⁸⁹ Su cui, anche per più ampi riferimenti, vd. M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 2627 ss.

⁹⁰ Anche lo schema di disegno di legge redatto dalla Commissione Nigro sottoponeva, del resto, alla medesima disciplina sia gli accordi amministrativi che gli accordi normativi.

anche le suggestioni provenienti dal diritto comparato attraverso, in particolare, l'analisi e l'interpretazione delle soluzioni normative e giurisprudenziali elaborate negli ordinamenti prima visti, in cui ricorrono fattispecie ragguagliabili alla categoria in parola.

Di seguito, quindi, verranno svolte alcune riflessioni a proposito degli accordi normativi procedimentali a carattere meramente preparatorio e non vincolante. Resta inteso che, *mutatis mutandis*, tali argomentazioni potranno ugualmente essere estese anche ad altre possibili figure di accordo normativo (gli accordi sostitutivi e gli accordi procedimentali vincolanti), se e nella misura in cui esse vengano abilitate dal legislatore anche nel nostro ordinamento.

7.1. Forma, motivazione e causa

Con riferimento alla disciplina dell'atto, possono essere sicuramente riprodotte anzitutto le previsioni sull'obbligo della forma scritta a pena di nullità e sull'obbligo di motivazione dell'accordo amministrativo⁹¹ di cui al comma 2 dell'art. 11⁹².

Una motivazione deve emergere dal testo dell'accordo anche secondo la legislazione autonoma spagnola sui *convenios urbanísticos de planeamiento*.

La necessità di evidenziare le finalità di interesse pubblico, sottese al rapporto consensuale, induce a ritenere inoltre che anche nell'accordo normativo possano poi valere le considerazioni già elaborate dalla

⁹¹ L'obbligo di motivazione degli accordi amministrativi è stato introdotto dall'art. 1 comma 47 della l. n. 190/2012. Benché la previsione si ispiri ad evidenti finalità anticorruptive ed ai principi di pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa, essa non può andare esente da critiche, difettando anzitutto di coordinamento con il successivo comma 4*bis*, relativo alla deliberazione dell'organo competente ad adottare il provvedimento finale, di cui finisce con l'essere un mero duplicato. La determina, almeno sino al 2012 ed anche in assenza di previsione normativa espressa, era sempre stata ritenuta infatti come l'atto con cui l'amministrazione deve giustificare proprio il ricorso allo strumento consensuale nonché le finalità che con esso vengono perseguite. Inoltre, nulla la nuova disposizione prevede per il caso di mancata motivazione, se debba estendersi la sanzione della nullità prevista dallo stesso comma 2, ovvero se debba parlarsi più semplicemente di annullabilità, secondo quanto disposto per i provvedimenti amministrativi dagli artt. 21*octies* e 3, al quale ultimo l'art. 11 pure fa riferimento. La collocazione della nuova previsione tra i requisiti formali dell'accordo dovrebbe in ogni caso suggerire un rifiuto di soluzioni di tipo sostanziale. Esprime un giudizio negativo sull'introduzione di un obbligo di motivazione degli accordi, B. G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Gior. dir. amm.*, 2/2013, p. 123 ss.

⁹² Dovendo emergere dal testo dell'accordo l'indicazione dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria, è molto probabile che non possa ritenersi sufficiente la mera sottoscrizione del verbale della riunione, dal quale emerga la specifica descrizione delle relative pattuizioni. In tal senso, infatti, si era orientata la giurisprudenza amministrativa prevalente a proposito degli accordi amministrativi. Cfr. Cons. St., Sez. IV, 25 novembre 2011, n. 6261; Cons. St., Sez. IV, 10 dicembre 2007, n. 6344: «affinché possa dirsi perfezionato un accordo amministrativo è sufficiente che le parti abbiano sottoscritto il verbale di una riunione nel corso della quale siano state concordate le modalità di successivo esercizio da parte dell'amministrazione di una sua competenza». Diversamente, non può che ritenersi nullo un accordo concluso per fatti concludenti, cfr. T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I., 12 ottobre 2010, n. 4026.

dottrina italiana a proposito della causa del contratto di diritto pubblico⁹³. Come, infatti, è stato giustamente osservato, in tal caso, l'interesse pubblico non rimane nella sfera soggettiva dell'amministrazione, alla stregua di un mero motivo presupposto del negozio, come accade normalmente nell'attività contrattuale di diritto privato, ma si presenta connaturato al negozio stesso al punto da costituirne la causa. E' dal riconoscimento della liceità della causa del negozio, della "causa lecita dell'obbligarsi", del resto, che l'ordinamento giuridico fa dipendere la propria protezione e la produzione degli effetti giuridici.

Anche nell'accordo normativo, pertanto, l'interesse pubblico dovrà giocare un ruolo preminente nell'incrocio delle dichiarazioni di volontà dell'amministrazione e del privato, indirizzando necessariamente verso finalità generali sia l'impegno della prima ad esercitare il potere normativo secondo il contenuto consensualmente stabilito con il privato, che quello del secondo, chiamato a un *patti* o a prestazioni di *facere, non facere* e di *dare*. E ciò in quanto, se attiene alle stesse fondamenta dello Stato di diritto il principio per cui l'attività amministrativa, inclusa quella a vocazione generale e con finalità di regolazione, deve essere rivolta alla soddisfazione del fine pubblico⁹⁴, in mancanza essa sarà «contraria all'essenza stessa, alla ragione dell'essere dell'amministrazione, [e] può risolversi in un danno presso coloro che furono esclusi dalla sua considerazione»⁹⁵.

Ed anzi, come già si predica a proposito dell'accordo amministrativo, anche all'accordo normativo l'amministrazione potrà addivenire solo se esso rappresenta la soluzione più confacente per la migliore soddisfazione dell'interesse pubblico. Ciò che dovrà emergere anche da apposita determina dell'organo competente ad adottare l'atto normativo, specularmente a quanto previsto dall'art. 11, comma 4-*bis*.

In tal modo, del resto, si accorda protezione non solo all'interesse pubblico, ma anche a quegli interessi dei terzi che potrebbero essere pregiudicati dalla scelta dell'amministrazione di stabilire un rapporto sinallagmatico per la cura di interessi generali con un privato. Ed allora la liceità della causa dell'accordo

⁹³ Come noto, le teorie sulla causa del contratto di diritto pubblico sono rappresentate dagli studi di Bodda, Gallo e, successivamente, senza particolari innovazioni concettuali, da quelli di Cantucci. Cfr. P. BODDA, *La nozione di "causa giuridica" della manifestazione di volontà nel diritto amministrativo*, Torino, 1933, p. 5 ss.; ID., *Ente pubblico, soggetto privato e atto contrattuale*, Pavia, 1937, p. 64 ss.; M. GALLO, *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, 1936, p. 99 ss.; ID., *Sul così detto contratto di diritto pubblico*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1935, I, p. 579 ss.; ID., *Contratto di diritto pubblico*, in *Nov.mo Dig. It.*, 1959, p. 645 ss.; M. CANTUCCI, *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 1941, p. 36 ss.

⁹⁴ Che anche l'attività normativa (secondaria) e l'attività che si esprime attraverso atti amministrativi generali – ammesso che si possa ancora mantenere una distinzione logica tra le due ipotesi – sia essa stessa funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico sembra fuor di dubbio. Si tratta infatti sempre di atti attuativi di indirizzi politici superiori, ancorché emessi da organi politici ed operanti scelte di ambito più ampio e non coincidenti con una fattispecie concreta. Cfr. D. SORACE, *Atto amministrativo*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali III, Milano, 2010, p. 46 ss.

⁹⁵ P. BODDA, *La nozione di "causa giuridica"*, cit., pp. 10-11.

normativo, identicamente a quella di un accordo amministrativo, sarà garantita – come sostenevano, tra gli altri, P. Bodda e F. Pugliese – non solo se l'amministrazione persegue la finalità pubblica ad essa assegnata dalla legge, ma anche e soprattutto se «il singolo assume l'interesse pubblico e gli fa posto nella propria manifestazione di volontà, così come l'amministrazione che è la sola competente a valutarlo, lo ha determinato». Al tempo stesso la parte pubblica, nel mentre tende alla «soddisfazione dello scopo pubblico», deve garantire anche quella dell'interesse del privato della cui collaborazione abbisogna, sì da permettere al singolo di conseguire l'utilità cui aspira⁹⁶.

E' in questo modo che si può spiegare la convergenza tra manifestazioni di volontà di natura giuridica diversa e protese in partenza al perseguimento di interessi contrapposti. In tanto l'accordo, sia esso amministrativo che normativo, può spiegarsi e soprattutto ammettersi, in quanto in esso e con esso si realizzi quella sintesi verso il perseguimento dell'interesse pubblico, che diviene la causa economico-sociale dello stesso scambio negoziale.

Tutto ciò implica, anche nella prospettiva del principio di imparzialità, che l'accordo deve servire a contemperare al meglio l'interesse pubblico primario con l'interesse privato, ovviamente senza dimenticare, nel bilanciamento, gli interessi dei terzi, mentre non può mai determinare un accordo modulato unicamente sulla soddisfazione dell'interesse del singolo. Il che porta sicuramente a rigettare anche l'idea di un negozio a prestazioni corrispettive, che se già non vale per spiegare la natura dell'accordo amministrativo, poiché questo significherebbe la privatizzazione della funzione amministrativa⁹⁷, con maggiore fermezza va rigettata a proposito dell'accordo normativo.

⁹⁶ Testualmente: «appagare un bisogno pubblico, mediante la soddisfazione di un interesse privato». Cfr. P. BODDA, *Ente pubblico, soggetto privato e atto contrattuale*, cit., p. 95. Come affermerà qualche anno dopo F. Pugliese, con l'accordo, l'amministrazione non si limita «a produrre un mero incremento patrimoniale a beneficio del privato, ma gli riferisce la cura di un interesse pubblico». Perciò, alla «formulazione contrattata» del contenuto del rapporto tra p.a. e privato, l'amministrazione potrà procedere ogni qualvolta essa «sia spinta alla cura di interessi pubblici mediante sollecitazione e rappresentazione di interessi privati, e la realizzazione dei primi possa darsi mediante, e soltanto mediante, la soddisfazione di interessi privati». Cfr. F. PUGLIESE, *Il procedimento amministrativo tra autorità e «contrattazione»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, p. 1469 ss.

⁹⁷ Cfr. G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., p. 255 ss., mentre a proposito degli accordi “a monte” G. PAGLIARI, *Gli accordi urbanistici tra P.A. e privati*, cit., p. 483 e, più di recente, ID., *Pianificazione urbanistica e interessi differenziati*, in *RGE*, 3/2013, p. 135 ss., ove l'A. sostiene che proprio la funzionalizzazione degli accordi urbanistici all'interesse pubblico rafforza l'effettività della stessa pianificazione, mentre per converso quando essi consentono «la commercializzazione o l'eterodeterminazione da parte del capitale privato delle scelte urbanistiche» divengono mezzi di “depianificazione” (p. 137).

7.2. Effetti, validità ed esecuzione. L'oggetto, il rapporto e il procedimento

Discorso ben più articolato va compiuto, invece, per la disciplina relativa al rapporto tra l'amministrazione ed il privato sorgente dall'accordo normativo⁹⁸. Qui di seguito occorrerà verificare quale spazio possano trovare le norme che regolano l'esecuzione degli accordi amministrativi, non senza uno sguardo ai risultati conseguibili attraverso l'indagine comparata. Si valuterà perciò se siano applicabili le disposizioni sul recesso e quelle relative all'inadempimento, distinguendo tra le due diverse clausole, contrattuali e normative, che compongono l'accordo. Un'attenzione verrà quindi prestata anche al regime di invalidità, alla tutela del terzo e ai risvolti partecipativi da parte di altri soggetti durante il procedimento nel quale si svolge la negoziazione.

Come già detto, nel caso degli accordi procedurali non vincolanti, l'accordo acquista efficacia tra le parti e rispetto ai terzi solo con il provvedimento che lo incorpora nell'atto amministrativo generale o nell'atto normativo. Fino a questo momento la controparte privata dispone dunque di un'aspettativa solo generica al recepimento di quanto pattuito. La ricezione della disciplina convenzionalmente definita non costituisce in tal caso – è bene ribadirlo – l'oggetto di una prestazione dedotta nell'accordo, ma è il prodotto di una ponderata scelta discrezionale dell'amministrazione. Unico obbligo giuridicamente configurabile in capo al soggetto pubblico, come conseguenza della stipula, sarà quello di motivare in maniera puntuale e precisa le ragioni dell'eventuale mancato recepimento nell'atto-fonte. Pertanto, le eventuali censure che, in tal caso, il privato proponente potrebbe muovere avverso il provvedimento di non recepimento, possono saggiarsi unicamente sotto il profilo del difetto di motivazione e dei conseguenti risvolti che tale vizio ha sull'eccesso di potere, non potendo, al contrario, questa determinazione amministrativa essere intesa alla stregua di un inadempimento dell'accordo da parte del soggetto pubblico.

Né del resto varrebbe richiamare, in questa fase, la possibilità di un indennizzo connesso all'istituto del recesso unilaterale di cui al comma 4 dell'art. 11 o ai poteri di autotutela, per il caso in cui l'amministrazione decida di interrompere il procedimento di approvazione dell'accordo, configurandosi, in tal caso, piuttosto un «atto di mero ritiro di un atto inidoneo a ingenerare affidamenti qualificati per la sua natura specificamente preliminare»⁹⁹.

Ciò detto, non può trascurarsi l'eventualità, frequente per esempio nella prassi urbanistica, che sia la stessa amministrazione a vincolare nell'accordo la propria potestà normativa, formalizzando nel negozio un obbligo a recepire la disciplina concordata, eventualmente anche senza apportarvi modifiche.

⁹⁸ Va da sé, invece, che la scelta del contraente privato debba avvenire mediante modalità concorsuali di selezione pubblica, nel rispetto dei principi di imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa.

⁹⁹ T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I, 3 marzo 2009, n. 383.

Nell'ordinamento giuridico francese, ove in realtà qualsiasi accordo sull'esercizio del potere amministrativo è considerato nullo dalla giurisprudenza, il *Conseil d'Etat* esclude che il privato possa pretendere l'esecuzione di un accordo nullo *ab origine* per l'impossibilità dell'oggetto, e dunque che egli possa vedere condannata l'amministrazione ad eseguire la prestazione. Né l'inadempimento di un'obbligazione impossibile può dar luogo, secondo il giudice amministrativo, a responsabilità contrattuale; né una decisione amministrativa unilaterale contraria a precedenti pattuizioni invalide può essere valutata sotto il profilo dell'eccesso di potere. D'altro canto, in simili occasioni, il giudice francese ha riconosciuto un indennizzo al privato, per il legittimo affidamento che questi abbia maturato in conseguenza dell'impegno volontariamente assunto dal contraente pubblico, giustificandolo anche alla luce della responsabilità dell'amministrazione, che ha concorso a dar vita ad una causa di invalidità del patto, da quella conosciuta o comunque conoscibile.

Se si tiene ferma la differenza sussistente tra l'ordinamento giuridico francese ed il nostro a proposito dell'ammissibilità di accordi sul contenuto del provvedimento, a maggior ragione simili soluzioni potrebbero applicarsi al diverso caso qui in analisi, dove non è il "potere di provvedere", ma il "potere di disporre" ad essere al centro del meccanismo consensuale. E, d'altro canto, esse corrispondono a precisi principi validi anche nel nostro ordinamento, sulla scorta degli insegnamenti privatistici, a cominciare dal dovere di diligenza e dal principio di buona fede nella conduzione delle trattative.

Inoltre, se si condividono le considerazioni sin qui svolte circa la non vincolatività dell'accordo normativo in assenza di una norma-base, a ben vedere, un accordo che vincolasse *ab initio* la potestà normativa dell'amministrazione dovrebbe essere ritenuto nullo ai sensi dell'art. 21^{septies} della l. n. 241/1990, per mancanza di un elemento essenziale, l'oggetto, ovvero per difetto assoluto di attribuzione. Ciò che del resto già avviene in Spagna a proposito dei *convenios urbanísticos de planeamiento*, dove in pressoché tutte le legislazioni autonome è stabilita la *nulidad de pleno derecho* dei *convenios* che «limiten el ejercicio de las competencias de las Administraciones públicas». Analoga soluzione ricorre anche in Germania, ove un simile contratto sarebbe nullo per violazione del § 1, comma 3 del BauGB, che vieta espressamente ogni pretesa giuridica da parte dei terzi alla predisposizione dei piani urbanistici ed esclude che un simile diritto possa essere istituito per contratto.

7.2.1. Mancata esecuzione delle clausole contrattuali

Diversamente si atteggia invece il rapporto tra amministrazione e privato, una volta che l'accordo, recepito nell'atto-fonte, abbia acquistato pregnanza giuridica. Anzitutto occorre qui soffermare l'attenzione sulle clausole contrattuali dell'accordo. In tal caso, com'è evidente, si tratta di considerazioni che ben potrebbero essere estese anche agli accordi integrativi vincolanti e agli accordi sostitutivi.

Ca va sans dire, le prestazioni cui il privato si obbliga saranno esigibili solo nel momento in cui l'accordo si perfeziona: con l'incorporazione nell'atto-fonte, nel caso dell'accordo integrativo non vincolante; già al momento della sua sottoscrizione, nel caso dell'accordo integrativo vincolante; infine, con la sottoscrizione dell'accordo e il rispetto delle apposite forme di pubblicazione, nel caso dell'accordo sostitutivo.

Quid iuris, allora, quando, per esempio, il privato non adempia a quanto promesso e l'amministrazione affermi che non avrebbe fatto propria la nuova disciplina consensualmente predefinita se non fosse stato per le prestazioni offerte dal privato? Non sembra si possa dire con assoluta certezza che il privato non abbia beneficiato comunque di un arricchimento ingiusto, in quanto la nuova disciplina deve essere di per sé corrispondente a finalità di interesse pubblico. Per cui l'amministrazione disporrà degli strumenti di tutela messi a disposizione dall'ordinamento per reagire all'inadempimento del privato.

Laddove l'interesse dell'amministrazione sia quello di conseguire la prestazione (di interesse pubblico) del singolo, troveranno quindi spazio l'ordinaria azione civilistica di condanna all'adempimento, e la stessa azione *ex art. 2932 c.c.*, come ammesso anche dall'Adunanza Plenaria a proposito degli accordi amministrativi¹⁰⁰. Ove, viceversa, l'amministrazione non intenda proseguire nel rapporto, essa potrà fare affidamento anche sugli ordinari rimedi dell'autotutela. Non sarebbe esclusa, infine, la stessa azione risarcitoria¹⁰¹.

Ciò detto, va ulteriormente specificato che l'amministrazione non potrebbe esigere l'esecuzione delle prestazioni prima del perfezionamento dell'accordo normativo.

Per la peculiarità con cui i *convenios urbanísticos de planeamiento* si sono sviluppati nella prassi delle amministrazioni spagnole, il legislatore ha dovuto inserire un'apposita sanzione di nullità delle convenzioni che permettano l'esecuzione anticipata da parte del singolo. Per le medesime finalità, invece, in Germania, il contratto viene sottoposto a condizione risolutiva espressa e il privato sarà pertanto tenuto all'adempimento solo se ed in quanto l'amministrazione pianifichi secondo quanto concordato.

Con il che, a nostro parere, possono anche essere fugati, almeno in parte, i dubbi di riproducibilità, con le condotte dell'amministrazione e del privato, di ben evidenti fattispecie criminose basate sulla dazione

¹⁰⁰ Cons. St., Ad. Pl., 20 luglio 2012, n. 28. Per un commento alla sentenza, si veda. R. BERTOLI, *Convenzioni urbanistiche, accordi amministrativi ed esecuzione in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c. innanzi al g.a. Nota a Cons. St., A. Plenaria., 16 aprile/20 luglio 2012, n. 28*, in *RGU*, 1-2/2013, p. 28 ss.

¹⁰¹ Le controversie dovrebbero restare in ogni caso nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, così come già previsto per gli accordi amministrativi dall'art. 133 comma 1 lett. a) n. 2 c.p.a. Del resto, nella casistica giurisprudenziale, la possibilità di esperire i rimedi di reazione all'inadempimento previsti dal codice civile in aggiunta ai normali poteri di autotutela amministrativa sembra aspetto che ormai trascende dalla nota *querelle* sulla natura giuridica dell'accordo amministrativo.

anticipata di «denaro o altre utilità», su «retribuzioni non dovute», o infine su «ingiusti vantaggi patrimoniali».

7.2.2. Clausole normative, poteri di modifica unilaterale dell'amministrazione e tutela del terzo

Per quanto concerne le clausole normative dell'accordo, esse divengono efficaci con il loro preliminare ingresso nell'atto-fonte e dunque con la successiva pubblicazione di quest'ultimo, nel caso degli accordi integrativi; una volta completata la fase integrativa dell'efficacia (controlli¹⁰² e pubblicazione), nel caso dell'accordo sostitutivo.

Per le clausole normative dell'accordo, vanno segnalati almeno due aspetti problematici: la possibilità di una modifica unilaterale, da parte dell'amministrazione, della disciplina normativa consensualmente definita e la tutela del terzo avverso le stesse clausole normative.

Per quanto riguarda, anzitutto, gli accordi integrativi, poiché, come visto, le disposizioni normative vengono recepite con il provvedimento di omologazione nell'atto-fonte, è a quest'ultimo che occorrerà fare riferimento per tutte le vicende successive. Una volta avvenuto il recepimento, cioè, l'accordo esaurisce la sua funzione per la parte schiettamente normativa, mentre manterrà una propria identità esclusivamente per la parte contrattuale.

In tali ipotesi, ed ai fini di un corretto inquadramento del regime applicabile, occorrerà tornare a distinguere l'accordo integrativo non vincolante dalle diverse sorti dell'accordo endoprocedimentale vincolante e dell'accordo sostitutivo.

Ne deriva che, nel primo caso, la disciplina trasfusa nell'atto sarà certamente suscettibile di modifica unilaterale da parte dell'amministrazione, che mantiene sempre ferma, durante l'intera vicenda, pienezza di poteri normativi. Non sembra infatti che la successiva valutazione di non corrispondenza all'interesse pubblico delle disposizioni normative negoziate, che giustifica una modificazione delle stesse, possa costituire il presupposto per l'esercizio della facoltà di recesso dall'accordo *ex* art. 11 comma 4, con conseguente liquidazione di un indennizzo in favore del privato. Ferma la possibilità di addivenire ad un nuovo accordo e dunque di procedere ad una nuova negoziazione della disciplina normativa con i consueti caratteri della non vincolatività, sembra si possa ritenere che l'amministrazione resti sempre libera di ritornare sul contenuto di un proprio atto normativo o generale negoziato. Anche in questo caso, l'unico vincolo che può discendere dal pregresso rapporto bilaterale tra amministrazione e privato sarà

¹⁰² Anche in questo caso sembra applicabile in via analogica agli accordi normativi sostitutivi quanto previsto dall'art. 11, comma 3 della l. n. 241/1990, che estende, come noto, anche agli accordi amministrativi sostitutivi «i medesimi controlli previsti» per il provvedimento amministrativo sostituito.

pertanto quello di motivare in maniera precisa e puntuale circa le sopravvenute esigenze di interesse pubblico, che richiedono un mutamento della disciplina concordata.

Diversamente invece si atteggerà la questione nel caso degli accordi endoprocedimentali vincolanti e degli stessi accordi sostitutivi: trattandosi di un atto negoziale in cui l'esercizio del potere normativo è espressamente dedotto in un'obbligazione, varrà sì la consueta clausola *rebus sic stantibus*, ma nel più rigoroso rispetto delle posizioni del privato, che dunque andrà ristorato nel caso di recesso tramite un indennizzo.

Discorso ulteriore va fatto, poi, per il caso in cui la necessità di modificare il contenuto delle clausole normative sorga durante lo stesso *iter* procedimentale di conclusione dell'accordo normativo.

Ferma infatti l'opportunità che l'amministrazione non recepisca o non dia seguito ad un accordo che già nel corso del procedimento si riveli non più consono o congruo con le finalità di interesse pubblico perseguite, deve però ritenersi del tutto ammissibile una rinegoziazione del contenuto delle clausole normative. Del resto, la previsione di una simile facoltà – e, nel caso di accordi vincolanti, di un simile dovere – risulterebbe funzionale anche rispetto allo stesso equilibrio negoziale, in ossequio ai principi di buona fede precontrattuale, di proporzionalità e di buon andamento dell'azione amministrativa. Tra il momento della definizione dei contenuti dell'accordo e quello del suo perfezionamento o del suo formale recepimento nell'atto-fonte può intercorrere infatti un lasso di tempo variabile. Ne deriva che nel segmento temporale e procedurale possano variare non solo le esigenze dell'amministrazione, ma anche le capacità del privato. Una rinegoziazione che risponda sempre a finalità di interesse pubblico, risulterebbe perciò in linea anche con i principi di efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa.

Con riferimento invece alla tutela del terzo, va anzitutto precisato che le clausole normative potranno essere impugnate solo una volta recepite nell'atto-fonte (ovvero, per gli accordi sostitutivi, una volta completata la consueta fase integrativa dell'efficacia). Nel caso dell'accordo integrativo, saranno poi le sole disposizioni dell'atto normativo o dell'atto amministrativo generale a poter essere eventualmente impugnate e non invece l'accordo, che, come detto, resta nel prosieguo quale fonte del solo rapporto tra amministrazione e privato contraente. Varranno, poi, in ogni caso, le consuete regole processuali relative agli atti in questione: le disposizioni normative potranno essere impugnate autonomamente se direttamente ed immediatamente lesive della sfera giuridica del terzo, altrimenti dovranno essere censurate insieme all'atto applicativo¹⁰³.

¹⁰³ Sui profili processuali relativi all'impugnazione degli atti normativi e degli atti amministrativi generali, si veda C. TUBERTINI, *Nuove prospettive in tema di tutela giurisdizionale nei confronti degli atti normativi e degli atti amministrativi generali della P.A.*, cit., p. 1076 ss.; G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, cit., p. 285 ss.

Alcune considerazioni meritano, infine, di essere compiute anche a proposito della partecipazione dei controinteressati alla stessa fase procedimentale in cui avviene la negoziazione normativa¹⁰⁴. Sembra infatti che anche nella disciplina di questa diversa fattispecie possa trovare spazio la clausola di salvaguardia per i diritti dei terzi prevista dall'art. 11, comma 1.

E' noto come questa clausola sia indirizzata anzitutto all'amministrazione, chiamata, per tale via, a farsi carico di tutti gli interessi privati coinvolti dall'esercizio del potere pubblico e ad assumersene, di conseguenza, la tutela. In secondo luogo, la clausola ha cura di garantire ed estendere una protezione anche a tutti quegli altri interessi dei terzi pretermessi dall'amministrazione procedente.

In tal senso, si spiega anche il comma 1-*bis* dell'art. 11, relativo alla fissazione di un calendario di incontri, ai quali possano prendere parte, separatamente o congiuntamente, anche i controinteressati. La funzione di questi incontri sarebbe, del resto, proprio quella di permettere al terzo di opporre il proprio eventuale dissenso all'accordo¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Già, del resto, il modello delineato dagli artt. 6-11 presuppone la necessaria collocazione degli accordi amministrativi in un procedimento già iniziato. Sul necessario contesto procedimentale degli accordi tra amministrazione e privati, vd. Cons. St., Sez. V, 20 ottobre, 2005, n. 5884, secondo cui questo istituto rivela «un nesso strettissimo con la partecipazione procedimentale, tanto che può dirsi che non possono concludersi accordi al di fuori e prima dell'avvio al procedimento e che non siano espressione della partecipazione procedimentale tesa a stabilire nel caso concreto quale sia l'interesse pubblico». *Contra*, T.A.R. Liguria, Genova Sez. I, 25 giugno 2007, n. 1233: «il tenore letterale dell'art. 11, l. n. 241 del 1990 sembra individuare nel procedimento il luogo elettivo per la stipulazione di accordi fra amministrazione e privati; tuttavia, occorre superare il rigido dato testuale, sul rilievo che la modalità procedurale tratteggiata dal legislatore non costituisce di per sé un connotato qualificante degli accordi, il cui elemento differenziale è rappresentato dall'inerenza all'esercizio di potestà pubblicistiche e non dalla consequenzialità ad un avvio di procedimento; deve correlativamente ammettersi che l'iniziativa finalizzata alla conclusione dell'accordo possa nascere anche al di fuori e prima di un procedimento, qualora il privato, ad esempio, reputi più conveniente addivenire ad una regolamentazione concordata di un certo rapporto con la p.a., piuttosto che attenderne (o sollecitarne a sua volta) la definizione unilaterale ad opera della controparte pubblica». Conformemente anche Cass. SS.UU., 15 dicembre 2000, n. 1262 e, in dottrina, N. BASSI, *Gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, cit., p. 563.

¹⁰⁵ Della clausola si è occupata in passato la dottrina classica, che ha riferito la sua operatività essenzialmente alle autorizzazioni e alle concessioni. Cfr. O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in E. FERRARI – B. SORDI (a cura di), *O. Ranalletti, Scritti giuridici scelti*, III, Napoli, 1992, p. 35 ss.; F. CAMMEO, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1903, p. 228 ss. Più in generale, sul tema del terzo nei rapporti amministrativi, cfr. R. RESTA, *L'efficacia riflessa degli atti amministrativi negoziali e la competenza del giudice civile*, in *Giur. It.*, 1937, I, 1, p. 642 ss.; F.P. MASTROPASQUA, *Il concetto di "terzo" in diritto amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1940, I, p. 372 ss.; ID., *I limiti subiettivi di efficacia dell'atto amministrativo*, Milano, 1950; U. FRAGOLA, *Eccesso di potere e riflessione degli atti amministrativi*, in *Foro It.*, 1948, IV, p. 74 ss.; ID., *Teoria giuridica della riflessione con particolare riguardo agli atti amministrativi*, Napoli, 1950; A. TIGANO, *Considerazioni critiche in tema di intervento del terzo nel processo amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, p. 1988 ss.; G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1962, in particolare, p. 362 ss. e, più di recente, R. FERRARA, *Il procedimento amministrativo visto dal "terzo"*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2003, p. 1024 ss.; L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, 2005; F. TRIMARCHI BANFI, *Il "terzo" nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2014, p. 25 ss. Per analogia trattazione nella dottrina spagnola, si veda, per tutti, J.L. VILLAR PALASÍ, *Concesiones Administrativas*, in *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, Editorial Francisco Seix, 1981, p. 634 ss.

Ai fini di un'applicazione analogica della clausola di salvaguardia anche agli accordi normativi basterebbe qui osservare, del resto, come la nozione di terzo prevista dall'art. 11 sia certamente diversa da quella di cui all'art. 1372 c.c. Mentre, infatti, per la regola civilistica il contratto non produce effetti nei confronti dei terzi e ad essi è inopponibile, nel caso degli accordi amministrativi e, *a fortiori*, degli accordi normativi, la clausola di salvaguardia implica una nozione positiva di terzo. L'efficacia soggettiva del modulo consensuale è, in questo senso, analoga rispettivamente a quella del provvedimento, dell'atto normativo e di quello generale¹⁰⁶.

A maggior ragione pertanto tale clausola dovrà trovare applicazione nel procedimento volto alla conclusione degli accordi in questione, che, per l'aver come destinatari naturali una pluralità di individui, giustificerebbe anzitutto opportune regole di massima accessibilità e trasparenza delle negoziazioni¹⁰⁷; ma soprattutto esigerebbe una fase partecipativa più ampia ed allargata, che superi gli stessi limiti (apparentemente) posti dall'art. 13 della l. n. 241/1990.

Esistono, del resto, già significativi esempi di apertura nella legislazione statale e in quella regionale, ove sono state legittimate forme più estese di partecipazione e di consultazione dei cittadini¹⁰⁸. Resterebbe in

¹⁰⁶ Con riferimento agli accordi amministrativi, si è osservato, avallando in tal senso la natura giuridica pubblicistica, come il modulo consensuale sia pur sempre esercizio di potestà amministrative, che, in quanto tali, dispongono ed incidono su una pluralità di interessi pubblici, privati e diffusi. Come ha affermato F. Fracchia, «l'ordinamento, nel momento in cui attribuisce un potere all'amministrazione, rende...disponibile per l'amministrazione [stessa] l'interesse di uno o più privati». E pertanto tanto l'accordo quanto il provvedimento vanno equiparati anche sul piano della tutela da riconoscere a chi, diverso dal destinatario, ne subisce gli effetti pregiudizievoli. Cfr. F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, cit., p. 181; G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., p. 67. Sul punto, si vedano anche F. TIGANO, *Gli accordi procedurali*, cit., 181 ss.; G. GRECO, *Accordi amministrativi*, cit., p. 206 ss.; G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, cit., p. 139 ss.; S. GIACCHETTI, *Gli accordi dell'art. 11, l. n. 241 del 1990 tra realtà virtuale e realtà reale*, in *Dir. proc. amm.*, 3/1997, p. 535; A. TRAVI, *Accordi fra i proprietari e comune per modifiche al piano regolatore ed oneri esorbitanti*, in *Foro It.*, V, 12, 2002, p. 278. Quest'ultimo, invero, offre un'interpretazione della clausola come essenzialmente riferita al privato, nella misura in cui gli impedisce di disporre mediante un accordo «di quanto giuridicamente non gli appartiene».

¹⁰⁷ Per il tramite, anzitutto, della pubblicazione degli atti delle trattative e la tenuta di appositi registri degli accordi già siglati, come nel caso spagnolo. Chiaramente, poi, la pubblicità delle trattative dovrebbe risultare funzionale anche all'apertura della fase di consultazione pubblica, come insegna lo stesso modello nordamericano del *Negotiated Rulemaking Act*. In tal caso, infatti, se l'agenzia intende dare avvio ad un procedimento di negoziazione, essa è tenuta a pubblicare sul *Federal Register* un apposito avviso contenente la descrizione dell'oggetto della trattativa e del contenuto del progetto di regolamento; una lista dei soggetti i cui interessi potrebbero essere potenzialmente coinvolti dalla nuova disciplina negoziata; un elenco dei possibili soggetti chiamati eventualmente a rappresentare tali interessi; il calendario delle trattative e la conseguente tempistica per la proposizione delle osservazioni al *committee*.

¹⁰⁸ Si vedano sul punto, fra i tanti, S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche - Saggio di diritto comparato*, www.irpa.eu; G. PIZZANELLI, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Politiche ambientali e realizzazione delle grandi opere infrastrutturali*, Milano, 2010; A. SIMONATI, *La partecipazione dei privati al governo del territorio nella legislazione regionale: fra tradizione e sperimentazione, per una nuova urbanistica "reticolare"*, in *RGE*, 3/2016, p. 267 ss., nonché, ID., *La partecipazione dei privati alla pianificazione urbanistica: il modello dell'inchiesta e le suggestioni provenienti dai sistemi europei*, in *RGU*, 1-2/2012, p. 321 ss. Sulla disciplina relativa ai c.d. procedimenti di massa, contenuta nell'originario schema redatto dalla Commissione Nigro, cfr G. PERICU, *I procedimenti di massa*, in F. TRIMARCHI, *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, cit., p. 95 ss.

ogni caso opportuna una modifica dell'art. 13, che ormai funge non solo da ostacolo ad impellenti esigenze e garanzie partecipative, ponendosi in contrasto con lo stesso principio comunitario di buona amministrazione, ma risulta addirittura anacronistico, dimostrando la generale sfiducia del nostro legislatore verso i procedimenti aperti al pubblico e verso forme di partecipazione più fluide, basate sul dibattito, il confronto e l'oralità, rintracciabili nel più ampio panorama europeo, a partire dall'emblematico modello francese.

8. Alcune considerazioni conclusive

Le evoluzioni che più di recente hanno investito il principio di consensualità nell'azione amministrativa, il ricorso alla volontà del privato nella definizione delle scelte pubbliche e l'innesto di nuovi moduli a carattere negoziale nella predeterminazione delle decisioni amministrative dimostrano, una volta di più, come l'ordinamento giuridico ed il principio di legalità siano ormai di fronte ad un guado.

La diffusione di accordi integrativi e persino sostitutivi dei tradizionali strumenti unilaterali di espressione del potere pubblico, siano essi a carattere puntuale che a valenza generale, rappresenta esattamente il punto di emersione di una crisi non solo dell'agire autoritativo classico ma, soprattutto, dell'attuale sistema delle fonti di produzione delle norme giuridiche.

La vicenda degli accordi normativi tra pubblica amministrazione e privato prova l'inadeguatezza di una lettura tutta positivista delle regole che governano le società attuali. Se si vuole, essa aggiunge un tassello in più nella decostruzione dell'ordinamento giuridico dato; segna la staticità della legge dinanzi alla dinamicità dei fenomeni sociali.

Certo, il diritto pubblico è il frutto della conciliazione tra «elementi antinomici», ed è esattamente questa tensione a costituire il punto di innesto perché possano dischiudersi nuovi spazi interpretativi e nuovi processi creativi. Spazi che, a dispetto dell'immobilismo del legislatore statale, vengono progressivamente occupati dagli enti territoriali e dai Comuni, i veri sensori, infondo, del nostro ordinamento. Tra le altre, le forme di negoziazione pubblico-privato che le prassi amministrative locali ci stanno restituendo – gli accordi di pianificazione, ma anche i più recenti patti di collaborazione – segnano il progredire di un nuovo tessuto sociale e istituzionale che dissolve, e scardina, assetti normativi precostituiti.

Con il che non si vuole dare una lettura del tutto positiva o mistica della consensualità amministrativa. Seppure, infatti, essa abbia la capacità di spostare la pubblica amministrazione verso più consapevoli posizioni democratiche, quando si colloca la cura degli interessi della collettività in una dimensione che non può prescindere dagli apporti del privato, le esigenze vanno inevitabilmente nel senso di una protezione rafforzata dell'interesse pubblico.



Ed invero, quando la vocazione egoistica ed individuale, insita per natura nel rapporto bilaterale, non è eliminabile, si fanno ancora più evidenti le necessità di circondare gli accordi tra pubblica amministrazione e privati di nuove cautele. E ciò è tanto più vero per i casi in cui il potere consensualmente conformato è tale da incidere su una pluralità di interessi pubblici e privati, e, soprattutto, quando è lo stesso potere normativo ad essere posto al centro del sinallagma.

Ecco dunque il punto di nuova, necessaria, emersione per il principio di legalità. D'altra parte, l'atipicità delle forme di partecipazione dei privati all'azione amministrativa non vale certo ad escluderne o a negarne l'esistenza, al più può indurre a discutere della loro vincolatività. Come del resto si è cercato di dimostrare in queste pagine, gli accordi normativi sono ampiamente possibili e ricorrenti non solo in Italia, ma anche in altri Paesi europei e non. Riaffermarli anche sul piano giuridico non solo ne può amplificare le potenzialità e l'efficacia, come già succede per gli accordi normativi tipici, ma, ci sembra, possa contribuire alla creazione e alla produzione di un "diritto sostenibile" in un'epoca di profonde trasformazioni.