

## CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

### SOMMARIO

1. La voce «Contratto amministrativo» di Antonio Bononi. – 2. Un istituto in bilico tra diritto comune e diritto speciale. – 3. Altri orizzonti: provvedimenti, contratti di diritto pubblico, accordi e pubblica amministrazione. – 4. Gli interessi pubblici rilevanti. – 5. *Ubi ratio legis cessat: in house providing* e accordi tra enti pubblici. – 6. Un paradosso.

### 1 La voce «Contratto amministrativo» di Antonio Bononi

Oltre un secolo orsono, in un'agile voce del *Digesto Italiano*, intitolata «Contratto amministrativo», Antonio Bononi delineava le caratteristiche dell'istituto che andremo ad esaminare nel presente volume<sup>1</sup>.

Si trattò di poche pagine, inserite tra le ben più ponderose voci «Contratto agrario» e «Contratto di matrimonio»<sup>2</sup>.

La voce occupava meno di sei colonne (tre pagine) del *Digesto*.

Eppure forniva le notizie essenziali, in buona misura valide ancora oggi.

Sin dall'individuazione delle ragioni dell'istituto, nelle prime righe della voce:

«Lo Stato, le provincie, i comuni, le Opere pie, in quanto possiedono come persone giuridiche, ed in quanto, per esplicare la loro attività, hanno bisogno di far lavori, assumere servizi, forniture, ecc., sono costretti ad avere dei rapporti contrattuali»<sup>3</sup>.

I soggetti pubblici, per operare, al di là della retorica del pubblico interesse, dei poteri d'imperio, e della supremazia speciale, non possono fare a meno di quello strumento centrale del diritto dei privati che è il contratto.

<sup>1</sup> A. BONONI, voce *Contratto amministrativo*, in *Dig. it.*, vol. VIII, pt. 3, Torino, Utet, 1898-1900, cc. 422 ss.; le posizioni della dottrina «maggiore» dell'ottocento del diritto amministrativo sono attentamente analizzate da A. MASSERA, *I contratti*, in S. CASSESE, *Trattato diritto amministrativo. Parte generale*, II ed., t. 2, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 1549 ss.

<sup>2</sup> T. BRUNO, voce *Contratto agrario*, in *Dig. it.*, vol. VIII, pt. 3, Torino, Utet, 1898-1900, c. 408, e O. SECHI, voce *Contratto di matrimonio*, *ivi*, c. 424.

<sup>3</sup> A. BONONI, voce *Contratto amministrativo*, *cit.*, c. 422.



Il contratto non perde la propria natura per l'averne come parte una pubblica amministrazione; la sua disciplina, in linea di principio, resta quella di diritto comune:

«Il diritto comune regola questi rapporti e da esso si devia in parte, solo in quanto è necessario per adattarlo ad una persona che agisce per mezzo di rappresentanti, che è regolata da leggi speciali e nella quale si confondono interessi di ordine diverso, e più o meno generale, come sarebbero lo Stato, il Comune, l'Opera pia [...].

Talvolta l'interesse generale prende talmente il sopravvento, che lo Stato, valendosi di un supremo diritto d'imperio, può prescindere da ogni norma contrattuale anche in rapporti che dalla legge del contratto dovrebbero essere regolati: ma queste sono le eccezioni. La regola è che, quando lo Stato abbisogna come un privato qualsiasi di comprare, di vendere, di locare, quando esso vuol venire in rapporto coi privati, questo deve avvenire con perfetta parità di trattamento. Il contratto, che è la forma con cui si stabiliscono le obbligazioni fra privati, si stabilisce anche per regolare i rapporti di obbligazione fra i privati e lo Stato, le provincie ed i Comuni»<sup>4</sup>.

Una parte della speciale disciplina dedicata a quelli che il nostro chiama contratti amministrativi è giustificata dall'essere gli stessi stipulati da persone giuridiche:

«Come il diritto comune stabilisce forme speciali per certi determinati contratti, in riguardo alle persone che li stipulano, così pure si comprende e si giustifica che norme speciali siano stabilite per i contratti dello Stato, dei Comuni, dell'Opere pie, per il *contratto amministrativo*»<sup>5</sup>.

Certo la circostanza che si tratti di persone giuridiche di diritto pubblico non è indifferente:

«Necessariamente nel diritto amministrativo l'impero delle forme è più largo, per la speciale natura del soggetto operante, che è l'ente, il quale non manifesta la volontà e non esplica l'azione sua se non per congegni formali, anzi non opera e non afferma la sua esistenza, né è capace se non per la rappresentanza e nelle forme determinate dalla legge. Oltre le speciali forme vi hanno delle guarentigie speciali giustificate dalle ragioni di utilità generale, dell'interesse che tutti hanno per la più efficace garanzia del patrimonio e del denaro dello Stato. Insomma, il principio contrattuale ha vigore, ma con delle restrizioni imposte da ragioni di pubblica utilità»<sup>6</sup>.

Ma il diritto comune resta presente come paragone. Come fonte di metafora:

«Così, allo stesso modo che un minore non può efficacemente obbligarsi se non con l'assistenza di chi integra la sua giuridica capacità, lo Stato, le provincie, i

---

<sup>4</sup> A. BONONI, voce *Contratto amministrativo*, cit., c. 422.

<sup>5</sup> A. BONONI, voce *Contratto amministrativo*, cit., c. 422 (corsivo dell'Autore).

<sup>6</sup> *Ibidem*.

Comuni, non possono obbligarsi se non con il consenso di altri corpi, di consessi speciali, che esercitano sopra di essi un ufficio di controllo e di tutela.

Così sono stabilite delle norme perché possa manifestarsi in modo sicuro il consenso dei contraenti, e si esigono, a pena di nullità, le formalità che devono servire a rendere manifesto tale consenso»<sup>7</sup>.

Esiste, però, un'altra ragione di specificità della disciplina, questa squisitamente pubblicistica:

«Per garanzia di imparzialità, per lasciare libero l'adito alla concorrenza, si prescrive, come regola generale, che i contratti amministrativi siano conclusi in seguito a pubblici incanti»<sup>8</sup>.

Riassumendo: ai contratti pubblici si applica il diritto comune, ma con deroghe, e, quindi, con un autonomo spazio di diritto amministrativo, deroghe necessarie alla tutela degli interessi del contraente pubblico, ma anche di un superiore interesse pubblico, quello della concorrenza.

Infine, una chiara distinzione tra l'istituto studiato ed altri, regno incontrastato di un diverso diritto:

«Nei casi in cui, sempre per ragioni di pubblica utilità, lo Stato ed i corpi morali possono prescindere dalle forme contrattuali, avviene che si hanno dei contratti nei quali manca persino il consenso delle parti, elemento primo ed indispensabile di ogni rapporto contrattuale.

Così il proprietario deve cedere la casa, l'immobile espropriati, anche contro sua voglia, e deve accettare il compenso che, con garanzie legali, gli vien liquidato.

Questo non è più un contratto amministrativo, ma un rapporto tutto speciale del quale fu detto, in questa *Raccolta* alla congrua voce «**Espropriazione per pubblica utilità**»<sup>9</sup>.

Anche se non senza qualche incertezza, l'espropriazione è esclusa dal novero dei contratti, anche di quelli amministrativi. Rientra in una categoria diversa, quella dei provvedimenti.

Vedremo però che le barriere non sono sempre così impenetrabili come si vorrebbe credere per tranquillità di pensiero e rassicurante *esprit de géométrie*.

---

<sup>7</sup> A. BONONI, voce *Contratto amministrativo*, cit., c. 422. La metafora dell'incapacità ritorna in seguito, quando l'Autore osserva che «Il privato che contratta con una Amministrazione, la quale è assimilata al minore, all'interdetto, sa bene di poter incontrare il rifiuto di coloro che hanno la suprema tutela» (*ivi*, c. 423).

<sup>8</sup> Più oltre l'Autore osserva che «Il procedimento per gli incanti e per le licitazioni a trattative private è regolato da norme tassative e minuziose» (*ivi*, c. 423).

<sup>9</sup> A. BONONI, voce *Contratto amministrativo*, cit., c. 424; non si trascuri il riferimento retorico ed emotivo alla «casa», che rende vieppiù evidente l'esorbitanza dei poteri riconosciuti alla pubblica amministrazione.

## 2 Un istituto in bilico tra diritto comune e diritto speciale

Il contratto pubblico è un istituto ambiguo, se non proprio *borderline*<sup>10</sup>, o addirittura «una creatura schizofrenica, cioè una procedura che si trasforma in un negozio giuridico, come la farfalla dal bozzolo»<sup>11</sup>.

Riconosciuta, anche non senza remore<sup>12</sup>, la capacità giuridica delle amministrazioni pubbliche quali soggetti di diritto comune<sup>13</sup>, si afferma la (tendenziale) sottoposizione del contratto stipulato dalle amministrazioni stesse a tale diritto<sup>14</sup>.

E subito dopo si approfondiscono spazi normativi interamente riconducibili alla logica del diritto pubblico, in specie diritto amministrativo<sup>15</sup>. «L'attività negoziale delle pubbliche Amministrazioni è soggetta invero a una serie di principi pubblicistici fortemente derogatori rispetto alla disciplina comune»<sup>16</sup>.

Gli è che l'esser parte del contratto un soggetto pubblico rifluisce necessariamente sulla disciplina, la quale si distacca dalle note sponde del diritto dei privati, caratterizzato da parità di posizioni, per muovere verso il mondo dell'agire autoritativo.

<sup>10</sup> Si veda anche E. STICCHI DAMIANI, *La nozione di appalto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 10, il quale, riferendosi alla contigua nozione di appalto pubblico, osserva trattarsi di nozione ambigua, «tradizionalmente collocata in ambito privatistico epperò sottoposta a una minuziosa disciplina a chiara prevalenza pubblicistica»; l'Autore, peraltro, preferisce ricondurre i contratti pubblici alla categoria degli accordi: si veda anche ID., *La «caducazione» del contratto per annullamento dell'aggiudicazione alla luce del Codice degli appalti*, in *Foro amm. TAR*, 2006, p. 3719.

<sup>11</sup> E. PICOZZA, *L'appalto pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale. Una difficile convivenza*, in C. FRANCHINI (cur.), *I contratti di appalto pubblico*, in P. RESCIGNO-E. GABRIELLI (dirr.), *Trattato dei contratti*, Torino, Utet, 2010, p. 39.

<sup>12</sup> Ben illustrate, con completi riferimenti, da A. BARDUSCO, *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 1 ss.; i dubbi maggiori, attualmente, riguardano la partecipazione degli enti pubblici a società di capitali: per ult. rife. B. BOSCHETTI, *Enti locali e iniziativa economica*, in *Regioni*, 2007, p. 765 ss.

<sup>13</sup> Per tutti S. BUSCEMA-A. BUSCEMA, *I contratti della pubblica amministrazione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, dir. da G. SANTANIELLO, vol. VII, Padova, Cedam, 1987, p. 22 ss.; A. MASSERA, *I contratti*, cit., p. 1555 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo modelli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 218, e G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, in F.G. COCA-F.A. ROVERSI MONACO-G. MORBIDELLI, *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 166; in giurisprudenza ad es. Cons. Stato, sez. V, 14 dicembre 1988, n. 818, in *Giur. it.*, 1989, III, 1, c. 87, e in *Foro amm.*, 1988, p. 3632, riconosce che la capacità negoziale dei comuni ha carattere generale.

<sup>14</sup> Ciò già nel diritto romano: A. TRISCIUOGGIO, *Bona fides e locazioni pubbliche nelle Opiniones di Ulpiano*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Padova, Cedam, 2003, in part. p. 328 ss.

<sup>15</sup> Per l'elenco delle disposizioni derogatorie rispetto al diritto comune già contenute nella l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F, si vedano le pagine di A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 20 ss.

<sup>16</sup> V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo modelli negoziali*, cit., p. 243.

Ma questo è solo un aspetto, sul quale si tornerà nel prossimo paragrafo<sup>17</sup>.

L'essere una pubblica amministrazione parte di quello che si chiama pur sempre «contratto» comporta innanzitutto una disciplina speciale del formarsi della volontà di uno dei soggetti contraenti.

Le metafore impiegate da Antonio Bononi nella sua voce «contratto amministrativo» sono illuminanti, e immediatamente rimandano ad una pubblica amministrazione che è persona meno che pienamente capace.

Questo vale per lo Stato e a maggior ragione, almeno tradizionalmente, per gli enti minori<sup>18</sup>.

La tradizione amministrativa francese, alla quale la nostra è ben debitrice, parla al proposito di *tutelle*. Il termine, proprio con riferimento alle «autonomie locali» campeggia ancora nell'art. 73, c. 2, della Costituzione della Quinta Repubblica<sup>19</sup>, e la metafora, di evidente derivazione privatistica, non abbisogna certo di illustrazioni in questa sede<sup>20</sup>.

Ma al di là della *tutelle* vera e propria, tutta una serie di accorgimenti normativi sono stati impiegati per assicurare che le scelte della pubblica amministrazione non siano pregiudizievoli per l'interesse pubblico, prima di tutto quello patrimoniale della stessa stazione appaltante e, più in generale, del pubblico bilancio.

In generale, si può dire che il procedimento di scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione è strettamente inquadrato dal diritto<sup>21</sup>. Che non può che essere diritto amministrativo<sup>22</sup>.

---

<sup>17</sup> La dottrina più attenta ha sottolineato che il diritto amministrativo si discosta da quello privato non solo per creare posizioni di privilegio alla pubblica amministrazione, ma anche per inquadrare più rigorosamente l'attività dei soggetti pubblici: ora, con ricchi riff., G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, *passim*, ed in part. pp. 24 ss. e 155 ss.

<sup>18</sup> Ricorda S. CASSESE, *Le disfunzioni dei controlli amministrativi*, in S. CASSESE (a cura di), *I controlli nella Pubblica Amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 1993, p. 14, che «in origine, l'esigenza di controllo si pose per tenere sotto tutela enti diversi dallo Stato, in particolare gli enti locali. In quest'area si sviluppò il tipo prevalente di controllo, nella forma del controllo preventivo. Si diceva che un atto, legittimamente adottato, per divenire efficace, doveva essere sottoposto all'esame di un'autorità statale. In realtà, questo era un formalismo per nascondere un'altra realtà: che l'ente o ufficio controllato doveva avere l'assenso delle autorità di controllo. Le due volontà dovevano concorrere (codecisione), reputandosi che la prima non bastasse».

<sup>19</sup> Tra i contributi più recenti si veda M. VERPAUX, *La Constitution et les collectivités territoriales*, in *Rev. dr. publ.*, 1998, p. 1379 ss.; si veda, inoltre, con specifico riferimento alla materia che qui interessa, M. DREIFUSS, *Vers une meilleure effectivité du contrôle des contrats des collectivités locales*, in *Rev. dr. publ.*, 1999, p. 828 ss.

<sup>20</sup> Certo la dottrina francese è pronta a respingere sdegnosamente ogni rapporto con la nozione civilistica: si veda, anche per ult. riferimenti, G. MELLERAY, *La tutelle de l'Etat sur les communes*, Paris, Sirey, 1981, p. 15; ma si tratta di negazioni spiegabili con la consueta rivendicazione di autonomia del diritto amministrativo rispetto a quello privato.

<sup>21</sup> Approfonditamente S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *El contrato administrativo*, Madrid, Civitas, 2003, p. 41 ss.; si veda anche G. GRECO, *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, in *Dir. amm.*, p. 414.

Il diritto dei privati sostanzialmente si disinteressa dei modi impiegati per individuare un *partner* contrattuale. Certo si tutelano i minori e gli incapaci; si sanziona l'uso della violenza, del dolo, o l'approfittamento dell'errore altrui; si impone un obbligo di buona fede nelle trattative; si disciplina la rappresentanza, normalmente più per garantire il terzo contraente che il rappresentato (ed anche questa è una rilevante differenza con quella che vedremo essere l'impostazione del diritto amministrativo); la giurisprudenza va oltre al codice civile in questa tendenza, con istituti come quello dell'apparenza<sup>23</sup>.

Tuttavia, in generale, il diritto comune è indifferente al modo in cui i privati formano la propria volontà; di norma, non impone procedimenti, forme, l'assunzione di pareri, non organizza sistemi di controllo.

Il diritto privato dei contratti rimane un diritto di libertà, e anche le moderne forme di *consumerism* hanno appena intaccato il vecchio principio *caveat emptor*.

Quando il compratore è un soggetto pubblico, esso, e per lui la collettività, è invece tutelato (altra questione è quella se la tutela sia efficace) dal diritto. Dal diritto amministrativo. Il contraente pubblico, a differenza del contraente privato (specialmente se imprenditore), non sente la pressione del mercato. L'interesse egoistico alla massimizzazione del profitto non opera rispetto alle stazioni appaltanti, minimizzando il rischio di scelte in contrasto con l'interesse dell'ente<sup>24</sup>.

Puntualmente si è scritto che «se il committente non è sottoposto ad un controllo naturale dei suoi comportamenti – quale è la sua responsabilità patrimoniale o la concorrenza rivoltagli direttamente –, il controllo deve essergli artificialmente imposto. La gara è lo strumento che lo realizza»<sup>25</sup>. Le disposizioni sul-

---

<sup>22</sup> Osserva O. SEPE, voce *Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, Giuffrè, 1961, p. 989, che «più che di “fonti di diritto dei contratti” [...] deve parlarsi di norme che disciplina il procedimento di formazione dei contratti dell'amministrazione».

<sup>23</sup> E. RAJNERI, *Il principio dell'apparenza giuridica*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2002.

<sup>24</sup> Si legga in controluce quanto osservato da CH. BOVIS, *The Liberalisation of Public Procurement and its Effects on the Common Market*, Aldershot, Dartmouth and Ashgate, 1998, p. 5, «State participation in free market would normally take place on behalf or in pursuit of public interest [...]. Although the State as entrepreneur enters into transactions with a view to providing goods, services and works for the public, this kind of action does not resemble the commercial characteristics of entrepreneurship, in as much as the aim of the state's activities is not the maximisation of profits but the observance of public interest. In contrast, private markets comprise of firms whose only reason of staying in the market place is profit maximisation. Public interest substitutes profit maximisation and justifies state participation in public markets»; qualora il soggetto pubblico, o più probabilmente, le persone fisiche con esso immedesimate, intendano perseguire interessi diversi da quello pubblico, il rischio di uscire dal mercato non esiste come controstimolo ai comportamenti scorretti.

<sup>25</sup> F. SATTA, *L'annullamento dell'aggiudicazione ed i suoi effetti sul contratto*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 654; analogamente D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, Jovene, 2003, p. 4 s., secondo il quale «Le procedure di aggiudicazione costituiscono un controllo “artificiale”, rispetto a quello “naturale” che garantisce (o garantirebbe) un mercato (perfettamente) concorrenziale» (si veda anche *ivi*, p. 204).

l'aggiudicazione dei contratti pubblici «devono servire a compensare le debolezze che caratterizzano lo Stato come soggetto del mercato. Debbono procurargli una visione del mercato che lo stesso non ha, ma anche impedir di far valere influenze politiche che potrebbero contrapporsi all'orientamento preferenziale del procedimento di aggiudicazione al principio di economicità»<sup>26</sup>.

Abbiamo rispetto alla materia dei contratti pubblici la riproposizione di una situazione che si può osservare anche relativamente all'organizzazione pubblica ed al procedimento amministrativo.

Il diritto non si interessa granché all'organizzazione dei soggetti privati. Le scienze aziendalistiche non sono giuridiche che in minima parte.

Il diritto, quello amministrativo, si interessa a fondo di organizzazione. E di procedimento<sup>27</sup>.

E così, il diritto dei contratti pubblici è prima di tutto un diritto che va più in là del diritto comune dei contratti, occupando settori di materia che quest'ultimo tendenzialmente non disciplina. «L'assenza di un vero "padrone", dal quale si attende fisiologicamente la tutela dell'interesse della propria organizzazione, impone in via surrogatoria la prescrizione di regole tendenzialmente "oggettive" che, da un lato, delimitino la discrezionalità amministrativa e dunque ne prevenano le patologie, dall'altro lato, garantiscano la bontà delle scelte contrattuali. Così, se un privato normalmente è libero di stabilire se e a quali fini intende stipulare un contratto, l'Amministrazione dovrà invece preventivamente esplicitare le ragioni di interesse pubblico (deliberazione a contrarre); se un privato è normalmente libero di scegliere la propria controparte contrattuale, l'Amministrazione dovrà seguire appositi percorsi procedurali – i c.d. metodi di scelta del contraente –, di regola caratterizzati dall'adozione del metodo concorsuale: se un privato, ancora, è normalmente libero di scegliere l'offerta che reputa più conveniente, l'Amministrazione è soggetta a determinati criteri di aggiudicazione»<sup>28</sup>.

La rilevanza delle limitazioni procedurali alla libertà di scelta del proprio contraente è tale che una sentenza del supremo giudice amministrativo vi individua un limite alla capacità di agire – ma più generalmente alla capacità giuridica – delle amministrazioni pubbliche. Osserva il Consiglio di Stato: «per gli enti pubblici la capacità di agire nei rapporti contrattuali non è rimessa alla libera scelta degli organi chiamati a manifestare la volontà dell'Ente ma, invece, è strettamente

---

<sup>26</sup> P.M. HUBER, *Gli appalti pubblici tra meccanismo per la provvista di mezzi e strumento di direzione economica e intervento sociale*, in E. FERRARI (cur.), *I contratti della pubblica amministrazione in Europa*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 116.

<sup>27</sup> Il riferimento, scontato, è alla l. 7 agosto 1990, n. 241; per alcune indicazioni sulla giuridicizzazione dei procedimenti pubblici sia consentito rinviare a R. CARANTA, voce *Procedimento amministrativo in diritto comparato*, in *Dig. IV ed., Disc. pubbl.*, vol. XI, Torino, Utet, 1996, p. 604.

<sup>28</sup> Si veda anche M. MAZZAMUTO, *I raggruppamenti temporanei d'impresa tra tutela della concorrenza e tutela dell'interesse pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2003, p. 180; efficace l'espressione ripresa da A. BARDUSCO, *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 2, secondo la quale si tratta di difendere «l'amministrazione contro i suoi amministratori».

correlata allo svolgimento da parte degli organi competenti di procedure definite in modo compiuto dal legislatore siano esse concorsuali o, come accade in alcune ipotesi eccezionali individuate specificamente dall'ordinamento, non concorsuali. L'attuazione di tali procedure sostituisce il procedimento logico di formazione della volontà e di conseguente scelta del contraente riservato nei rapporti interprivati alla libera autonomia negoziale e che si concreta nelle singole manifestazioni di volontà dei soggetti privati. In altri termini nel nostro ordinamento giuridico la capacità giuridica e di agire degli enti pubblici è disciplinata dalle disposizioni di diritto positivo relative alle persone giuridiche ma, in relazione al principio della necessaria evidenza pubblica delle scelte effettuate da detti enti, le persone giuridiche pubbliche possono assumere impegni solo nei limiti e nei modi stabiliti dalla legislazione che regola la loro attività per il perseguimento dei fini che sono loro assegnati [...]. Da tale premessa [...], discende, per il carattere inderogabile delle disposizioni che prevedono tali procedure sicuramente ascrivibili al novero delle norme imperative, l'obbligo di seguire i procedimenti nei quali è, per così dire, cristallizzata la volontà dell'Ente, volontà che così come deve manifestarsi secondo tali procedure parimenti può essere modificata solo con il ricorso ai medesimi procedimenti e, di regola, con l'adozione di atti espressione del potere di autotutela ove sussistano i presupposti per il ricorso ai relativi istituti. Al di fuori dei limiti segnati dalle norme dell'ordinamento di settore che fissano le regole che le amministrazioni devono seguire nel contrarre *non vi è*, pertanto, *capacità di agire di diritto privato*, che possa essere utilmente esercitata dalla p.a.»<sup>29</sup>.

### **3 Altri orizzonti: provvedimenti, contratti di diritto pubblico, accordi e pubblica amministrazione**

Il diritto dei contratti pubblici non va solo oltre, ma anche, se così si può dire, contro il diritto comune dei contratti, introducendo ad esso significative deroghe.

Per questi profili, il diritto dei contratti pubblici partecipa dei caratteri dell'autoritarietà, o, per utilizzare un termine meno denso di significato specialistico, dell'esorbitanza rispetto al diritto comune, proprio del diritto amministrativo come tradizionalmente sviluppatosi nel nostro Paese, peraltro in continuità con i modelli prevalenti sul continente europeo, *in primis* quello francese<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Cons. Stato, sez. V, 13 novembre 2002, n. 6281, in *Giust. civ.*, 2003, p. 1141, con osservazioni di G. MARI, *Sulla rinegoziazione delle condizioni del contratto aggiudicato con la pubblica amministrazione*, e in *Giorn. dir. amm.*, 2003, p. 503, con nota di B. MARCHETTI, *Atto di aggiudicazione e potere di rinegoziazione della pubblica amministrazione nei contratti ad evidenza pubblica*.

<sup>30</sup> In Germania, peraltro, i contratti pubblici rimasero al di fuori dell'area del diritto pubblico, sottoposti a regole del diritto privato che non lasciavano spazio alla tutela della concorrenza nella scelta del concorrente; tale impostazione, non senza inutili resistenze, è stata pian piano erosa



La tinta autoritaria della disciplina dei contratti pubblici avrebbe potuto, almeno in teoria, essere ancora più forte.

Non va dimenticato che tra i fenomeni che hanno evidenziato la nascita del diritto amministrativo «classico» nel nostro sistema giuridico vi è, episodio non certo minore, la «transustanziazione» della concessione da contratto a provvedimento amministrativo.

Più o meno nello stesso torno di anni in cui Antonio Bononi redigeva la sua agile e acuta voce «contratto amministrativo», e dunque verso la chiusura del secolo XIX, Oreste Ranelletti pubblicava un poderoso articolo dal titolo *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*<sup>31</sup>.

Oreste Ranelletti, uno dei padri fondatori del diritto amministrativo italiano, nel suo articolo passò in rassegna anche le opinioni circa la natura di alcune concessioni che la dottrina precedente, italiana come francese, riteneva aver natura contrattuale o, quantomeno, mista, contrattuale e provvedimentale<sup>32</sup>. Si trattava, in particolare, delle concessioni di lavori pubblici, o di lavori e gestione insieme<sup>33</sup>.

Ebbene, tali opinioni sono respinte *en bloc* dal nostro, il quale, esclusa la possibilità di distinguere le concessioni in discorso rispetto ad altri atti di analoga denominazione, quali le concessioni demaniali<sup>34</sup>, ridotta l'eventuale dichiarazione di volontà dell'aspirante o effettivo concessionario a semplice atto unilaterale di diritto privato che accede alla concessione, ritiene conclusivamente che l'atto di concessione sia «*tutto e soltanto* nell'atto amministrativo, che lo contiene, sicché ciò, che nei contratti è perfezionamento e compimento della dichiarazione di volontà, nelle concessioni è atto *unico* di dichiarazione; e la concessione non solo è perfetta, ma *comincia* ad esistere quando si perfeziona l'atto che la contiene»<sup>35</sup>.

In altri termini, la concessione è un atto amministrativo proprio, quindi, secondo la terminologia allora diffusa, un atto d'imperio, unilaterale; oggi diremmo un provvedimento amministrativo<sup>36</sup>. Ancora: «L'atto del privato è un *atto unila-*

---

dall'impatto del diritto europeo: P.M. HUBER, *The Europeanization of Public Procurement in Germany*, in *European Public Law*, 2001, p. 33 ss.

<sup>31</sup> In *Giur. it.*, 1894, IV, c. 7 ss.

<sup>32</sup> Sul punto, l'analisi dell'Autore è ben limitata se raffrontata agli studi, che interessano anche la giurisprudenza, più recentemente condotti da M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, Napoli, Jovene, 1981; si veda anche la ricostruzione della dottrina dell'epoca di A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, cit., p. 43 ss.

<sup>33</sup> O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, cit., in part. c. 53 ss.

<sup>34</sup> Ben diversa è l'impostazione della dottrina moderna: si veda M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 18.

<sup>35</sup> O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, cit., c. 58 (*corsivi* dell'Autore); la ricostruzione dell'Autore è fortemente influenzata dall'elaborazione, di pochi anni precedente, di Otto Mayer, per la cui ricostruzione si rinvia a A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, cit., in part. p. 45 ss.

<sup>36</sup> *Ibidem*, c. 64.

terale di diritto privato; l'atto dell'ente, che fa la concessione, è un atto amministrativo propriamente detto, quindi speciale, proprio, d'impero, unilaterale. E questi due atti sono fra di loro intimamente uniti e compenetrati: la concessione è la *causa obligationis* del privato: l'obbligazione del privato però non può costituire la *causa* della concessione, perché, questa, come atto d'impero, trova la sua causa negli scopi di interesse generale, che l'ente concedente deve raggiungere»<sup>37</sup>.

Spesso si dimentica, e per questo pare opportuno in questa sede ricordarlo, che la parte assertiva del ragionamento non è fondata su *a priori* indiscutibili o necessità logiche. Ranelletti afferma che le conclusioni raggiunte risultano «dal modo come questi atti appaiono concepiti dal nostro legislatore nelle varie nostre leggi, le quali tra l'altro parlano di *decreti di concessione o di leggi di concessione*, unificando così in un solo atto tutto il contenuto della concessione»<sup>38</sup>.

Non è questa la sede per soffermarsi sulla maggiore o minore forza persuasiva del ragionamento ora richiamato<sup>39</sup>. Il giurista moderno, notoriamente, non si sente punto vincolato dalle qualificazioni del legislatore<sup>40</sup>.

Quanto interessa sottolineare è piuttosto che Ranelletti preparava, in uno con un atto di emancipazione del diritto amministrativo da quello comune, la soluzione ad un problema pratico allora molto sentito: quello della sorte delle concessioni di pubblica illuminazione a gas, spesso assentite per periodi di tempo pluridecennali, nel momento in cui l'introduzione dell'illuminazione elettrica avrebbe

<sup>37</sup> *Ibidem*, c. 69 (corsivi e punteggiatura dell'Autore); si veda anche F. CAMMEO, *Le concessioni per l'illuminazione pubblica*, in *Giur. it.*, 1903, I, 1, c. 173; la distanza di Federico Cammeo da Oreste Ranelletti (e da Santi Romano) era peraltro profonda sotto molti aspetti, innanzitutto sul problema metodologico dell'unità del diritto contrapposta alla originarietà ed originalità del diritto pubblico: per tutti P. GROSSI, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana. 1859-1950*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 132 ss.

<sup>38</sup> *Ibidem*, c. 58 (corsivi dell'Autore); è vero che qualche regolamento allora vigente parlava invece di «approvazione di contratto», ma la contraddizione è risolta con l'applicazione meccanica del criterio di gerarchia delle fonti (cfr. anche *ivi*, c. 56).

<sup>39</sup> Si vedano le persuasive argomentazioni di B. GILIBERTI, *La concessione di pubblico servizio tra sistematiche tradizionali e diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2011, in part. p. 193 ss.

<sup>40</sup> Un caso estremo è rappresentato dalla trasformazione in interesse legittimo del «diritto» di accesso ad opera di Cons. Stato, Ad. plen., 24 giugno 1999, n. 16, in *Foro amm.*, 1999, p. 1205, con Osservazioni di R. IANNOTTA; in *Urbanistica e appalti*, 1999, p. 861, con puntuale nota critica di F. CARINGELLA, *La Plenaria riscrive le regole sostanziali e processuali dell'accesso*; in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 149, con nota critica di C. CACCIAVILLANI, *Il diritto di accesso è interesse legittimo*; la decisione non ha trovato molto seguito nella giurisprudenza, prevalentemente di nuovo orientata in senso diverso: *ex multis* Cons. Stato, sez. VI, 22 gennaio 2001, n. 191, in *Foro amm.*, 2001, p. 89; in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 1413, con nota di M. BONINI, *I limiti al diritto di accesso fra trasparenza dell'attività amministrativa ed efficienza dell'economia di mercato*; *ivi*, p. 2553, con nota di G. CASSANO, *Diritto d'accesso ai documenti amministrativi o richiesta surrettizia?*; Cons. Stato, sez. IV, 19 marzo 2001, n. 1621, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 245, con nota di S. BELLOMIA, *Un passo avanti e uno indietro della giurisprudenza amministrativa in materia di accesso*; Cons. Stato, sez. VI, 27 maggio 2003, n. 2938, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 846; anche nel diverso orientamento, l'argomento letterale non appare certo decisivo.

consentito consistenti risparmi di denaro per le collettività locali<sup>41</sup>.

Se la concessione fosse stata ritenuta essere un contratto, la sopravvenuta diversa convenienza pubblica non avrebbe consentito, di per sé, in un'epoca che non conosceva la teoria della presupposizione, lo scioglimento del vincolo.

Qualificato l'atto come provvedimento, ecco che «l'atto di concessione non acquista nulla, circa la sua revocabilità o meno, e circa la produzione degli effetti per l'accettazione del concessionario»<sup>42</sup>.

Ovvero, ecco offerta alla pubblica amministrazione la possibilità di sciogliersi senza costi dagli obblighi a suo tempo assunti.

L'esempio dimostra la possibilità della trasformazione del contratto in provvedimento amministrativo.

La storia dimostra i suoi limiti.

Al di là delle concessioni di opere pubbliche, pure o anche di gestione, nonché di servizi pubblici, su cui si avrà modo di tornare, fatto si è che la più gran parte dei contratti amministrativi che poteva aver in mente Antonio Bononi sono rimasti tali, d'onde la persistente attualità del suo scritto.

Non solo, ma la teoria della concessione-contratto contro cui si scagliava Oreste Ranalletti, appena superata la questione del servizio di illuminazione pubblica, riprese pieno il suo vigore con la sanzione del legislatore e la benedizione della giurisprudenza<sup>43</sup>.

L'istituto della concessione-contratto è strumento operativo anche della giurisprudenza presente<sup>44</sup>. Ad esempio premesso che gli impianti sportivi di proprietà comunale (nella specie: un campo di calcio), essendo destinati al servizio pubblico, e appartenendo, quindi, al patrimonio indisponibile del comune, possono essere trasferiti nella disponibilità dei privati, perché ne facciano alcuni determinati usi, solo mediante concessioni amministrative, si giudica poi che le concessioni stesse si configurino come atti complessi, definiti concessione contratto, costituite da un atto deliberativo della pubblica amministrazione e da una convenzione attuativa, che può assumere le vesti di un contratto o di un capitolato o anche di un

---

<sup>41</sup> La vicenda è mirabilmente raccontata, con tutti i necessari riferimenti, da M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., in part. p. 166 ss.

<sup>42</sup> O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, cit., c. 71 (*corsivi* e punteggiatura dell'Autore).

<sup>43</sup> Dal punto di vista dottrinario, la teoria in questione aveva come suo paladino Ugo Forti, non a caso uno dei pochi sostenitori in Italia della teoria del contratto di diritto pubblico: si veda innanzitutto U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1900, IV, c. 369 ss., ma anche la breve nota *Concessione-contratto e competenza giudiziaria*, in *Foro it.*, 1942, I, c. 428. Anche per questa fase dello sviluppo del nostro diritto è d'obbligo il rinvio all'opera di M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., in part. p. 175 ss.

<sup>44</sup> Per la giurisprudenza precedente ancora M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., in part. p. 234 ss.; più recentemente G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, cit., p. 15 s.

disciplinare che instaura il rapporto pattizio con obblighi e diritti per entrambe le parti<sup>45</sup>.

Il richiamo alla concessione-contratto risulta ancora più trasparente in altra decisione, la cui massima, ribadito che i beni patrimoniali indisponibili, al pari di quelli demaniali, attesa la comune destinazione dalla soddisfazione di interessi pubblici, possono essere attribuiti in godimento a privati soltanto nella forma della concessione amministrativa, ritiene che la stessa si possa anche configurare come concessione-contratto – vale a dire come combinazione di un negozio unilaterale autoritativo (atto deliberativo) della pubblica amministrazione e di una convenzione attuativa (contratto)<sup>46</sup>.

L'operazione ricostruttiva condotta da Oreste Ranelletti non era l'unica via possibile per assicurare l'esercizio di poteri esorbitanti il diritto privato alla pubblica amministrazione. Il diritto francese non ha sentito la necessità di riconoscere valore provvedimentale alla concessione, ma ne ha fatto la figura più rappresentativa della categoria dei contratti amministrativi<sup>47</sup>, cui la giurisdizione amministrativa ha provveduto a riconoscere caratteri diversi rispetto ai contratti di diritto privato<sup>48</sup>.

La diversità di scelte ricostruttive per far fronte ad un problema identicamente sentito si spiega storicamente con la differente organizzazione delle giurisdizioni e, per la Francia, con la maggiore assertività del giudice amministrativo.

Puntualmente autorevole dottrina osserva che «Nell'esperienza francese, contratto e provvedimento vengono concepiti entrambi come strumenti di azione amministrativa e ascritti perciò all'ambito della giurisdizione amministrativa;

---

<sup>45</sup> C. cass., Sez. Un., 13 novembre 1997, n. 11219, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 705, e in *Giur. it.*, 1998, p. 1720.

<sup>46</sup> C. cass., Sez. Un., 22 novembre 1993, n. 11491, in *Giust. civ. mass.*, 1993, fasc. 11; la decisione ritiene poi, dissipando le preoccupazioni che stavano alla base del superato orientamento dottrinale, che quale sia la configurazione della fattispecie (concessione o concessione-contratto), essa implica sempre l'attribuzione al privato di un diritto condizionato, che può essere unilateralmente soppresso dall'amministrazione stessa con la revoca dell'atto di concessione, in caso di contrasto con il prevalente interesse pubblico, con la conseguenza che, emesso il relativo provvedimento amministrativo, con l'intimazione della restituzione del bene, la posizione del privato stesso degrada ad interesse legittimo ed è suscettibile di tutela davanti al giudice amministrativo e non in sede di giurisdizione ordinaria.

Il termine concessione-contratto ritorna in numerose altre fattispecie: per limitarsi ad alcuni ruff. recenti, si vedano C. cass., Sez. Un., 1° aprile 1999, n. 203, in *Giust. civ. mass.*, 1999, p. 726; C. cass., Sez. Un., 11 maggio 1998, n. 4749, in *Giust. civ. mass.*, 1998, p. 999; C. cass., Sez. Un., 19 luglio 1995, n. 7816, in *Riv. Corte Conti*, 1995, fasc. 4, p. 176

<sup>47</sup> J. MORAND-DEVILLER, *Le concessioni di servizio pubblico: sviluppo, crisi, rinnovamento*, in E. FERRARI (cur.), *I contratti della pubblica amministrazione in Europa*, cit., p. 3.

<sup>48</sup> Per puntuali richiami a tale esperienza, R. NOGUELLOU, *France*, in R. NOGUELLOU-U. STELKENS (eds.) *Droit comparé des contrats publics. Comparative Law on Public Contracts*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 677 ss., nonché l'analisi comparata di P. CRAIG, *Specific Powers of Public Contractors*, ivi, p. 175 ss.; G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, cit., p. 47 ss.; S. GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, *El contrato administrativo*, cit., in part. p. 315 ss.

mentre nell'esperienza italiana, segnatamente per effetto della scelta del 1865 per la giurisdizione unica, il contratto della p.a. viene comunque attratto (anche dopo l'instaurazione e il successivo consolidamento della giurisdizione amministrativa) nell'ambito della giurisdizione ordinaria, cioè tendenzialmente nel diritto comune. E perciò l'idea del contratto come strumento di amministrazione, al pari del provvedimento, purché inteso alla cura di interessi generali (*service public*), da noi non ha potuto attecchire; e per converso, l'area del provvedimento si è estesa via via a settori di azione in principio ascrivibili all'attività negoziale: nell'area dei rapporti concernenti l'uso di beni pubblici, della prestazione di forniture e servizi, nell'area dei rapporti di lavoro, e così via»<sup>49</sup>.

La giurisdizione del giudice ordinario in materia contrattuale desumibile dall'art. 2, l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E ha costituito un limite all'estensione di regole esorbitanti nei rapporti contrattuali, donde l'impossibilità di costruire una teoria del contratto amministrativo e la «necessità» di «provvedimentalizzare» le concessioni.

A questo punto, densa di valore è la risposta alla domanda sul perché, nonostante il fervore di una prevalente dottrina desiderosa di emancipazione rispetto ai modelli civilistici, e dunque portata ad una pubblicizzazione «dogmatizzata» di tutti i rapporti con la pubblica amministrazione<sup>50</sup>, i «contratti amministrativi» sono rimasti contratti, talune concessioni sono ritornate concessioni-contratto e altre, come a suo tempo si dirà, sono state nuovamente attratte nella sfera del contratto?<sup>51</sup>

Già si è accennato al rilievo avuto dalla scelta ordinamentale in punto giurisdizione, e certo può aver aiutato la circostanza che in materia di appalti di opere pubbliche l'art. 345, l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F, avesse espressamente codificato lo *jus poenitendi* della pubblica amministrazione, arrivando a definire il prezzo del pentimento<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo modelli negoziali*, cit., p. 221.

<sup>50</sup> L'espressione è ancora di M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 89, del quale si veda anche l'acuta analisi delle ragioni che determinarono tale fenomeno (in part. *ivi*, p. 138 ss.).

<sup>51</sup> La mobilità dei confini tra atti unilaterali e accordi è puntualmente sottolineata da B. ARGIOLOS-B.G. MATTARELLA, *Attività amministrativa e moduli convenzionali*, in C. FRANCHINI (cur.), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Torino, Utet, 2007, vol. I, p. 86. Il movimento del pendolo a favore delle categorie di diritto privato è tale che oggi si cominciano a qualificare in termini contrattuali anche i rapporti di utenza con i servizi pubblici: si veda l'attento studio di L. MANCINI, *I contratti di utenza pubblica*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 113 ss.

<sup>52</sup> La giurisprudenza talvolta ha ritenuto insito lo *jus poenitendi* anche in altri contratti stipulati dalla pubblica amministrazione; ad esempio, con riferimento alle convenzioni di lottizzazione di cui alla l. 6 agosto 1967, n. 765, si è detto che esse costituiscono contratti di natura peculiare, in considerazione del loro inserirsi nell'ambito del procedimento amministrativo concludentesi con l'approvazione del piano di lottizzazione ed il rilascio delle relative licenze (ora concessioni) edilizie, i quali lasciano integra, nonostante eventuali patti contrari, la potestà pubblicistica del comune in materia di disciplina del territorio e di regolamentazione urbanistica, *ivi* compresa, pertanto, alla

Tuttavia, la ragione dell'arrestarsi del processo di pubblicizzazione dei «contratti amministrativi» è economica, prima ancora che giuridica<sup>53</sup>.

In situazioni di emergenza la pubblica amministrazione può imporre la realizzazione di opere, la fornitura di lavoro, materiali o servizi senza il consenso degli obbligati<sup>54</sup>.

Nell'ordinario no.

Tutto lo spirito autoritario che impregnava la nostra dottrina classica non poté cancellare la fondamentale verità economica per la quale nessun imprenditore opererebbe a lungo in un mercato che non gli garantisca condizioni, ed in primo luogo un profitto, da lui ritenute adeguate<sup>55</sup>.

Altra questione, in questa sede ricordata solo ai fini di prevenire *actiones finium regundorum*, è che l'autoritarità dell'agire amministrativo sia ormai in crisi in ben altri settori<sup>56</sup>.

Salvo eccezioni, proprio in virtù della sua impostazione in senso fortemente pubblicistico (ed autoritario), la nostra prevalente dottrina ha rifiutato l'idea, pur

stregua di esigenze sopravvenute, ovvero di nuovi criteri di valutazione ritenuti più rispondenti al perseguimento del pubblico interesse, la facoltà di liberarsi dal vincolo contrattuale: *ex multis* C. cass., Sez. Un., 19 aprile 1984, n. 2567, in *Foro it.*, 1984, I, c. 1202; la fattispecie, peraltro, è più correttamente inquadrabile nell'ambito degli accordi sostitutivi: E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 80 ss.

<sup>53</sup> Ricorda sempre puntualmente M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 176 ss., che la forza degli operatori del mercato dei servizi pubblici e del trasporto ferroviario costrinsero il legislatore ad espressamente smentire le costruzioni «panpubblicistiche»; la dottrina fece finta di non accorgersene; la giurisprudenza diede seguito alla *voluntas legis*.

<sup>54</sup> Nel senso, ad esempio, che ai sensi dell'art. 2, d.l. 12 novembre 1982, n. 829, convertito in l. 23 dicembre 1982, n. 938, il ministro per il coordinamento della protezione civile può, avvalendosi dei poteri di emergenza e in deroga ad ogni contraria norma, disporre interventi eccezionali per far fronte a due distinte categorie di necessità: riattivazione di immobili danneggiati da calamità o eventi eccezionali ed emergenze non preventivamente identificabili, si veda TAR Emilia Romagna, sez. Parma, 22 dicembre 1990, n. 328, in *Foro amm.*, 1991, p. 846, e in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 2865.

Le ordinanze di necessità c.d. *extra ordinem*, peraltro, ben possono avere effetti favorevoli per i destinatari, e risultare attributive di diritti soggettivi: C. cass., Sez. Un., 29 luglio 1999, n. 566, in *Rass. avv. Stato*, 2000, I, p. 430 (nella specie, simile effetto è stato riconosciuto all'ordinanza del commissario straordinario del governo per le zone terremotate della Calabria e della Basilicata, che prevedeva la corresponsione di un premio di accelerazione in caso di ultimazione, entro un prestabilito termine, della fornitura di alloggi prefabbricati oggetto dei contratti stipulati con la pubblica amministrazione).

<sup>55</sup> Al di là del riferimento alle *clauses exorbitantes*, il profilo condiziona anche le scelte dell'interprete francese: si veda ora G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, cit., p. 52 ss.; come puntualmente osserva M.E. COMBA, *L'esecuzione delle opere pubbliche, con cenni di diritto comparato*, in F.G. SCOCA-F.A. ROVERSI MONACO-G. MORBIDELLI, *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 11, in materia anche la CEDU potrebbe aver qualcosa da dire (in senso limitativo delle potestà pubblicistiche).

<sup>56</sup> Per un'indagine più ampia si rinvia a R. CARANTA, *The Fall from Fundamentalism in Italian Administrative Law*, in M. RUFFERT (ed.), *The Public-Private Law Divide: Potential for Transformation?*, London, BIICL, 2009, p. 99.

ben sviluppata nel diritto germanico, del contratto di diritto pubblico<sup>57</sup>.

Tuttavia, in un Paese dove qualsiasi potere tende ad essere tale con i deboli, ma non con i potenti, la finzione dell'interesse pubblico rivelato ed unilateralmente gestito con sacerdotale sapienza dagli apparati amministrativi non poteva non incrinarsi<sup>58</sup>. Si è fatta avanti l'amministrazione contrattata; dapprima gli accordi di programma tra amministrazioni, poi i contratti di programma tra la pubblica amministrazione e, significativamente, «i grandi gruppi industriali nazionali o internazionali», secondo la dizione della delibera del CIPI del 16 luglio 1986<sup>59</sup>.

Per confermare che le ragioni (o le pretese) dell'autorità non possono più di tanto imporsi sulle regole del mercato.

Infine, è arrivata la l. 7 agosto 1990, n. 241, la quale ha introdotto, all'art. 11, gli accordi sostitutivi del provvedimento o del suo contenuto discrezionale<sup>60</sup>. La questione, da dogmatica, è diventata di diritto positivo<sup>61</sup>.

---

<sup>57</sup> Si veda ancora M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., in part. p. 125 ss., nonché G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, Giuffrè, 1984, in part. p. 157 ss.; della posizione di Ugo Forti già si è detto; il tema è ritornato in E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, cit., il quale giustamente dubita dell'esistenza di un vero e proprio provvedimento nella fattispecie (cfr. in part. p. 14 ss.); *funditus*, in questa stessa serie, G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, cit., in part. p. 9 ss., per l'evoluzione storica delle opinioni.

<sup>58</sup> Al proposito R. FERRARA, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1985, in part. p. 8 ss.

<sup>59</sup> Osservava già in epoca non sospetta R. FERRARA, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, cit., p. 9, che «le fattispecie di accordo tra i privati e la pubblica amministrazione che si sono progressivamente insediate ed affermate nell'ordinamento positivo, oppure nella prassi politico-amministrativa, portano alla luce un mondo, per così dire, originale e sommerso: quello delle negoziazioni e delle intese, anche di fatto, nelle quali la definizione e la cura del pubblico interesse rappresentano il punto di approdo di un'azione in certo modo eterodossa, e sempre, comunque, di difficile decifrazione e inquadramento sul piano giuridico; ed egualmente non può essere negato, almeno da parte di chi continua ad individuare nella legge formale e nel provvedimento amministrativo autoritativo gli unici strumenti atti a realizzare il perseguimento del pubblico interesse, che le figure di accordo tra i privati e la pubblica amministrazione riescono di non agevole sistemazione concettuale, allorché si voglia tener fermo il nucleo fondativo del pensiero giuspubblicistico tradizionale».

<sup>60</sup> In dottrina, per limitarsi alla produzione monografica, si vedano F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, Padova, Cedam, 1998; E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, cit., in part. p. 37 s.; *adde*, in ogni caso, F. MERUSI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 649, e F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 661; M. IMMORDINO, *Legge sul procedimento amministrativo, accordi e contratti di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 1997, p. 103, e F. LEDDA, *Appunti per uno studio sugli accordi preparatori di provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.* 1996, p. 391; dal punto di vista dei contratti pubblici la questione è approfondita da C. FRANCHINI, *I contratti con la pubblica amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, in C. FRANCHINI (cur.), *I contratti con la pubblica amministrazione*, cit., vol. I, p. 53, e da B. ARGIOLOS-B.G. MATTARELLA, *Attività amministrativa e moduli convenzionali*, cit., p. 73.

<sup>61</sup> Si veda G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, cit., p. 3 ss.