

Modelli autoritativi e convenzionali: l'attività amministrativa tra potere e consenso

Autore:

In: Diritto amministrativo

?1. Introduzione - ?2. L'attività paritetica sottoposta al diritto civile - ??3. L'attività paritetica sottoposta a una disciplina speciale di tipo pubblicistico - ?4. I contratti accessivi a provvedimenti amministrativi; struttura, natura giuridica e tutela del contraente privato - ?5. Gli accordi procedurali - ?5.1. La natura giuridica degli accordi procedurali - ?5.2. La tutela del contraente privato - 6. Conclusioni

?

?

1. Introduzione

?

Gli enti pubblici godono della capacità giuridica di diritto privato e dunque possono utilizzare gli strumenti di diritto comune (quindi anche il contratto) per perseguire i propri fini[1].

L'azione amministrativa può espletarsi attraverso diverse modalità: la cura e la gestione dell'interesse pubblico possono infatti avvenire mediante l'impiego di modelli implicanti l'esercizio del potere autoritativo, o, al contrario, mediante strumenti convenzionali di carattere tendenzialmente privatistico.

Si suole tradizionalmente indicare la prima modalità di espletamento dell'attività con l'espressione "attività iure imperii" e la seconda con la contrapposta formula "attività iure privatorum" o "iure gestionis", a voler sottolineare, con questa seconda dicitura, la possibilità di utilizzo ? da parte della pubblica autorità - dei medesimi strumenti negoziali che regolano i rapporti tra soggetti privati.

Alla stregua di tale distinzione l'attività contrattuale della P.A. è stata solitamente considerata specularmente inversa a quella autoritativa funzionale, dipendendo l'agire *iure imperii* o *iure gestionis* dalla posizione di supremazia o meno in cui operasse l'Amministrazione[2].

Con la prima attività si riteneva fossero perseguibili finalità pubblicistiche, mentre alla seconda si riconducevano le finalità privatistiche.

La concezione attuale dell'agire amministrativo sembra aver superato tale distinzione, essendo oramai inopinabile che la P.A. possa perseguire finalità pubbliche anche attraverso lo strumento contrattuale.

L'attività consensuale della P.A. può poi suddividersi in due macrocategorie generali: attività di diritto privato e attività di diritto pubblico mediante strumenti privatistici.

Si distingue, analogamente, tra attività paritetica sottoposta al diritto civile ovvero al diritto comune e attività paritetica sottoposta a una disciplina speciale di tipo pubblicistico[3].

?

?

?

2. L'attività paritetica sottoposta al diritto civile

?

L'attività contrattuale di diritto privato (o attività paritetica sottoposta al diritto civile) posta in essere dalla P.A. vede il soggetto pubblico in una posizione tendenzialmente paritaria rispetto al contraente privato, applicandosi ai rapporti intercorrenti tra le parti la normativa di diritto comune.

Non può sottacersi, in ogni caso, che se ci è vero riguardo allo svolgimento del rapporto contrattuale

instaurato tra soggetto pubblico e soggetto privato, non può affermarsi altrettanto in ordine al procedimento di formazione del contratto, assoggettato sempre ad una disciplina peculiare, quella dell'attività pubblica. Tale espressione viene utilizzata per descrivere il procedimento amministrativo che accompagna la conclusione dei contratti della P.A.: la vicenda procedimentale deve percorrere un iter tale da consentirne il sindacato alla luce del criterio della cura dell'interesse pubblico[4].

L'autonomia contrattuale della P.A., infatti, non può mai dirsi del tutto congruente con l'autonomia contrattuale dei privati, in forza del rilievo che l'agire amministrativo è in ogni caso eterodeterminato, ossia teleologicamente indirizzato al perseguimento del pubblico interesse.

Per tale imprescindibile ragione il procedimento di formazione del contratto è sempre soggetto a regole che assicurano la trasparenza e l'imparzialità della scelta del contraente, nell'ottica della migliore definizione dell'attività volta al perseguimento dell'interesse pubblico.

La fase successiva, quella che attiene allo svolgimento del rapporto contrattuale derivante dalla stipulazione della convenzione con il soggetto privato, è invece regolata dalle norme che regolano i rapporti tra privati.

?

3. L'attività paritetica sottoposta a una disciplina speciale di tipo pubblicistico

?

L'altro ambito di attività convenzionale della P.A. (attività paritetica sottoposta a una disciplina speciale di tipo pubblicistico) è quella che vede il soggetto pubblico in una perdurante posizione di supremazia rispetto al soggetto privato con il quale interviene la stipula dell'accordo: a tal proposito la dottrina amministrativistica dell'Ottocento ha elaborato la teorica del contratto di diritto pubblico.

Esso si differenzia dallo strumento contrattuale privatistico per due caratteristiche peculiari, l'una soggettiva, l'altra oggettiva: sul versante soggettivo si registra la necessaria presenza di un soggetto pubblico tra le parti contraenti, mentre, sul piano oggettivo, l'accordo presenta un contenuto dato da un oggetto nella disponibilità della sola P.A..

La dottrina tradizionale ha suddiviso i contratti di diritto pubblico in due tipologie: i contratti ad oggetto pubblico e i contratti accessivi a provvedimenti.

Si è affermato che con l'espressione "contratto di diritto pubblico" ci si riferisce, generalmente, a contratti destinati a regolare rapporti aventi un oggetto di diritto pubblico (beni funzioni, servizi pubblici), ovvero a regolare rapporti patrimoniali i quali accedono a un provvedimento amministrativo (ad es. concessione)[5].

?

4. I contratti accessivi a provvedimenti amministrativi; struttura, natura giuridica e tutela del contraente privato

?

Per quanto concerne la tipologia dei c.d. "contratti accessivi a provvedimenti", sembra potersi affermare che essi abbiano conservato un certo spazio di autonomia dogmatica e definitoria rispetto agli accordi procedurali di cui alla legge 241/1990.

Tipico esempio di contratto di diritto pubblico *sub specie* di contratto accessivo a provvedimento, è rappresentato dai regolamenti convenzionali che accedono alle concessioni di beni o servizi pubblici.

Si afferma, in tal senso, che la teoria del contratto accessivo è sorta proprio per dare una risposta giuridica ad una specifica situazione, costituita dall'affidamento a privati di beni immobili nella esclusiva disponibilità di Amministrazioni pubbliche ovvero di servizi sui quali la P.A. vuole esercitare un controllo della gestione, garantendone l'esercizio a beneficio della collettività[6].

La fattispecie è quanto di più agevole per la comprensione della natura giuridica del contratto di diritto pubblico: l'attività concessoria della P.A. si compie attraverso due fasi complementari e consequenziali l'una all'altra.

La prima fase presenta una connotazione spiccatamente pubblicistica, mentre il completamento di essa

mostra dei chiari caratteri privatistici.

La prima fase consta infatti di una determinazione provvedimento autoritativa attraverso la quale la P.A. ammette il privato concessionario alla gestione del bene o all'organizzazione del servizio pubblico che costituisce l'oggetto della concessione.

Il detto provvedimento, ampliativo della sfera giuridica del privato richiedente, conferisce a quest'ultimo il potere-dovere di organizzare la gestione di un bene o la erogazione di un servizio di rilevanza pubblica.

La seconda fase del perfezionamento di tal tipologia di contratto di diritto pubblico è rappresentata dalla conclusione di un accordo di carattere privatistico con il quale viene regolato lo svolgimento del rapporto tra P.A. e privato in ordine alla gestione del bene o del servizio: nel contenuto dell'accordo vengono dedotte, ad esempio, le modalità di erogazione del servizio, i compensi patrimoniali a favore del privato concessionario, le eventuali clausole di scioglimento del contratto.

Si può dire che l'atto provvedimento (unilaterale) istituisce il rapporto tra privato e P.A. e il regolamento contrattuale (bilaterale) interviene, successivamente, a disciplinarlo. La situazione descritta delinea la presenza di due rapporti: uno contrattuale, l'altro amministrativo[7].

Quanto alla indagine sulla natura giuridica del contratto di diritto pubblico (quantomeno nella forma del contratto accessivo a provvedimento), essa non può prescindere dall'analisi della sua struttura, che, come visto, è data da due elementi complementari, l'uno con caratteristiche essenzialmente pubblicistiche (il provvedimento di concessione), l'altro con connotati privatistici (il contratto che regola lo svolgimento del rapporto tra P.A. e privato).

La natura del contratto di diritto pubblico sembra quindi potersi definire mista dal momento che è come detto è la struttura dell'accordo è bifasica.

Se la fase provvedimento conferisce al contratto una natura tendenzialmente pubblicistica, non può sottacersi che la parte conclusiva dell'iter formativo del contratto dà al rapporto una qualifica anche privatistica (che attiene ai rapporti patrimoniali tra le parti e alla descrizione complessiva delle reciproche prestazioni).

Ad ogni modo, la particolare natura dell'oggetto contrattuale (costituito dall'interesse pubblico) e del contenuto dell'accordo (costituito dalla gestione del detto interesse), lascia intatta, in capo alla P.A., una posizione di supremazia tale da giustificare, ad alcune condizioni, il recesso unilaterale dal rapporto giuridico instaurato ed il travolgimento di tutti gli effetti da esso derivanti.

La P.A. può ad esempio ritirare in via di autotutela decisoria il provvedimento concessorio, elidendo il contratto ad esso accessivo e con esso tutti gli effetti riconducibili al rapporto giuridico instaurato con la stipula della convenzione. La giurisprudenza amministrativa di legittimità ha qualificato la revoca della concessione come atto a carattere autoritativo incidente su posizioni di interesse legittimo[8].

Tale possibilità denota quindi una immanente ed ineliminabile traccia di potere autoritativo (collegato alla presenza dell'interesse pubblico) che contribuisce a qualificare il contratto tra privato e P.A., guardato nel suo complessivo svolgimento, in termini pubblicistici piuttosto che in termini privatistici.

Nei contratti di diritto pubblico sussiste quindi sempre il potere amministrativo di intervenire unilateralmente per modificare quanto convenuto con il contraente privato, anche al di là delle pregresse pattuizioni. Il suddetto potere spetta esclusivamente alla Amministrazione, in virtù della preminenza dell'interesse pubblico da tutelare, che informa di sé l'intero rapporto[9].

La dottrina prevalente, ponendo in risalto la complessità della struttura dell'accordo, parla di un *tertium genus* di contratti, a metà strada tra il provvedimento amministrativo e il contratto di diritto comune.

Quanto alla posizione giuridica vantata dal privato contraente nei confronti della P.A. stipulante ed alla conseguente tutela giurisdizionale attivabile, bisogna operare una distinzione tra situazioni giuridiche soggettive di matrice provvedimentoale e situazioni derivanti dalla convenzione privatistica che accede al provvedimento.

Per ciò che concerne le prime il privato vanta un interesse legittimo al conseguimento delle *utilitates* connesse alla concessione, sia prima che questa venga adottata, sia quando essa venga, successivamente, revocata o annullata in via amministrativa o giurisdizionale (si pensi alle controversie aventi ad oggetto provvedimenti amministrativi che incidono sul contenuto del rapporto contrattuale). Ne consegue la giurisdizione del giudice amministrativo.

Quanto alle situazioni soggettive derivanti dalla convenzione che accede al provvedimento esse possono dirsi di diritto soggettivo: le norme che regolano lo svolgimento del rapporto tra privato e P.A. sono infatti norme di relazione, che non tollerano conflitti tra posizioni di vantaggio, di tal che? pu? dirsi assente il coefficiente di potere amministrativo connesso alla posizione di supremazia della P.A., funzionale alla cura dell?interesse pubblico. In tal caso la giurisdizione spetta a giudice ordinario.

In ultima analisi pu? dirsi che le controversie aventi ad oggetto le dinamiche dello svolgimento del rapporto contrattuale ?puro? tra privato e soggetto pubblico attengono alla capacit? generale di diritto privato della P.A., donde la possibilit? di ottenere, dinanzi al giudice ordinario, la condanna della P.A. ad adempiere o a subire la risoluzione del contratto e la condanna al risarcimento del danno in caso di inadempimento[10].

Il potere discrezionale si esaurisce nel provvedimento amministrativo di concessione: ci? che segue al provvedimento vede le parti su un piano tendenzialmente paritetico, con diritti e obblighi reciproci, salve le gi? menzionate facolt? di recesso legittimo proprie del soggetto pubblico, connesse, queste ultime, al particolare oggetto del contratto (e collegate, il pi? delle volte, alla corresponsione di un indennizzo riparatorio a favore del privato che perde i benefici della concessione).

?

5. Gli accordi procedurali

?

Come detto, l?attivit? amministrativa pu? estrinsecarsi attraverso diverse modalit?: la finalit? dell?azione amministrativa - che coincide con il perseguimento del pubblico interesse ? pu? infatti essere raggiunta sia tramite un?attivit? autoritativa (tradizionale modulo di esercizio del pubblico potere), sia tramite modelli convenzionali inscrivibili nell?ambito dell?attivit? consensuale della P.A..

Tra gli strumenti convenzionali di perseguimento dell?interesse pubblico possono annoverarsi gli accordi procedurali di cui all?art. 11 della legge 241/1990.

Il sempre crescente utilizzo, nella prassi amministrativa, di strumenti non autoritativi di svolgimento della

funzione, spinse il legislatore dei primi anni '90 a dar corso alla positivizzazione della tendenza consensualistica, prevedendo dei moduli convenzionali che si affiancassero alla tradizionale gestione unilaterale e autoritativa dell'interesse pubblico.

Il trend normativo inaugurato dalla istituzione degli accordi procedurali nella legge fondamentale sull'azione amministrativa è stato stigmatizzato nella recente riforma operata dalla novella del febbraio 2005 (legge n. 11/2005) che ha inserito il comma 1 bis nell'art. 1 della l. 241/1990: "La Pubblica Amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente".

I primi commenti alla nuova disposizione hanno posto in evidenza come, in realtà, il riferimento normativo all'attività non autoritativa non richiama l'attività di mera gestione patrimoniale ma soltanto l'attività negoziale come strumento di azione amministrativa^[11], nel cui alveo possono ricondursi gli accordi procedurali di cui alla legge 241/1990.

Si tratta di convenzioni stipulate tra i privati destinatari dei provvedimenti amministrativi e le Amministrazioni procedenti, nell'ambito di iter procedurali già avviati: dal dato testuale dell'art. 11 della legge 241/1990 emerge infatti che il perseguimento dell'interesse pubblico possa avvenire anche tramite accordi tra privato e P.A. che contribuiscano a determinare il contenuto del provvedimento finale (accordi c.d. integrativi) ovvero lo sostituiscano (accordi c.d. sostitutivi), producendo, in questa seconda ipotesi, gli stessi effetti che avrebbe spiegato la determinazione provvedimento.

Il fondamento della previsione di accordi procedurali che definiscano l'assetto degli interessi configgenti (quello pubblico, di cui è titolare l'Amministrazione procedente e quello privato, di cui è titolare il cittadino destinatario del provvedimento) è rinvenibile nella maggior efficacia dello strumento consensuale rispetto a quello autoritativo; il primo consente una composizione partecipata di eventuali contrasti in ordine alla ponderazione degli interessi compresenti (con non trascurabili effetti di decongestionamento del contenzioso amministrativo) e una evidente e concreta attuazione del principio di buona amministrazione (che impone, nello svolgimento della funzione amministrativa, la tendenza al minor sacrificio possibile degli interessi particolari dei singoli), mentre il secondo implica una determinazione unilaterale più facilmente produttiva di successivi contrasti, perché frutto di una valutazione procedimentale univoca.

Significativa la collocazione della disciplina degli accordi procedurali^[12]: le relative disposizioni sono

contenute nel Capo III della legge 241, intitolato "partecipazione al procedimento amministrativo": nell'ambito di detta partecipazione l'amministrazione procedente può concludere, in accoglimento di osservazioni e proposte formulate dai soggetti interessati, accordi volti a definire il contenuto del provvedimento o a sostituirlo.

?

5.1. La natura giuridica degli accordi procedurali

?

Discussa è la natura giuridica degli accordi procedurali: gli studiosi si dividono tra sostenitori della c.d. tesi privatistica e fautori dell'opposta tesi pubblicistica.

I primi ritengono che gli accordi procedurali siano assimilabili *tout court* alle pattuizioni stipulate tra soggetti privati, in virtù del rinvio operato dal secondo comma dell'art. 11 della legge 241/1990 alla disciplina privatistica: tale disposizione assoggetta gli accordi in esame ai principi del codice civile in materia di contratti e obbligazioni, per quanto compatibili.

L'attività di conclusione degli accordi si concreterebbe in una attività paritetica *sic et simpliciter* assimilabile all'attività negoziale tra privati.

Gli oppositori della tesi privatistica oppongono a tale orientamento una obiezione a loro detta ineludibile: per quanto strutturalmente simili ai negozi tra privati, gli accordi procedurali conservano rispetto a questi ultimi una peculiarità indiscutibile, ravvisabile nel contesto pubblicistico in cui maturano: la particolare finalità da essi perseguita.

Lo svolgimento dell'azione amministrativa è pur sempre alla base dell'agire dell'Amministrazione procedente, e tale agire è funzionalmente indirizzato alla cura del pubblico interesse. L'attività amministrativa, anche se contrattuale o, più in generale, consensuale, non è mai autonoma, ma eterodeterminata nei fini. Il vincolo contrattuale in ambito pubblicistico, per quanto pervaso dalla pregnanza del *pacta sunt servanda* deve pur sempre fare i conti con il fine precipuo dell'azione amministrativa: la cura dell'interesse pubblico[13].

Il fatto che la P.A. possa concludere con i privati degli accordi che integrino o sostituiscano il provvedimento amministrativo, non comporta una perdita del potere discrezionale sotteso alla definizione dell'assetto degli interessi in gioco nella vicenda procedimentale.

Il potere non si consuma nella determinazione partecipata del contenuto del provvedimento in cui è racchiusa la volontà amministrativa, ma perdura e, anzi, può estrinsecarsi, per espressa previsione normativa (art. 11 comma 4 legge 241/1990 che introduce una forma tipizzata di *ius poenitendi* a favore della P.A. stipulante), nel recesso unilaterale della P.A. per sopraggiunti motivi di pubblico interesse.

La positivizzazione degli accordi è segno del riconoscimento della facoltà, riconosciuta dalla legge alla P.A., di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo, se essa si valga di tale facoltà (la quale, tuttavia, presuppone l'esistenza del potere autoritativo: art. 11 della legge n. 241 del 1990)[14].

Va poi sottolineato che, rispetto a quanto originariamente previsto nel progetto di definizione della legge sul procedimento amministrativo elaborato dalla Commissione Nigro (che prevedeva un espresso favor legislativo nei confronti della conclusione degli accordi procedurali) nella formulazione definitiva della legge n. 241/1990 non vi è traccia del principio del detto favor.

La mancanza di un'espressa formulazione del favor per la conclusione di accordi è segno della ricerca di un equilibrio fra la necessità di introdurre nuove modalità dell'azione amministrativa e l'esigenza di salvaguardare in capo all'amministrazione le prerogative sue proprie[15].

E' in base a tali osservazioni che una parte cospicua della dottrina attribuisce agli accordi procedurali natura pubblicistica.

?

5.2. La tutela del contraente privato

?

Dalla diversa natura giuridica attribuita al potere amministrativo in sede di accordo

procedimentale derivano opposte osservazioni circa l'eventuale inadempimento ? da parte della P.A. ? degli impegni assunti negli accordi conclusi. Diverse sono infatti le implicazioni dell'adesione all'una o all'altra tesi, in ordine alle situazioni soggettive vantate dai privati nei confronti della P.A. e alla conseguente tutela giurisdizionale invocabile.

La questione teorica centrale che segna e demarca la reale distanza tra i due filoni interpretativi riposa proprio nella natura giuridica del potere esercitato dall'amministrazione in sede di stipulazione, il che, peraltro, ? circostanza decisiva poich? pone una ipoteca teorica insuperabile in ordine ai problemi della tutela giurisdizionale e, in generale, di regime giuridico della fattispecie nel suo complesso[16].

Se si accede alla opinione della natura ?privatistica? del potere, *rectius*, dell'attiv? posta in essere dall'Amministrazione, infatti, ad un eventuale inadempimento della P.A. si riterranno plausibilmente applicabili i normali rimedi codicistici attivabili in tali ipotesi: invero, qualora si qualifichi l'accordo procedimentale negli ordinari termini negoziali privatistici, l'inadempimento della P.A. comporter? le generali conseguenze connesse all'inosservanza degli obblighi contrattuali.

A fronte dell'adozione di un provvedimento diverso da quello pattuito nell'accordo integrativo maturato all'interno del procedimento, aderendo alla tesi privatistica, si deve ritenere che la P.A. si? renda responsabile di un inadempimento contrattuale: il privato (titolare del diritto soggettivo all'adempimento dell'accordo) potr? disporre di strumenti di attuazione in forma specifica dell'obbligo dell'amministrazione di adottare il provvedimento[17] conforme all'accordo preso (ex art. 2932 c.c.) ovvero agire, a norma dell'art. 1453 c.c., esercitando l'azione di adempimento? oppure l'azione di risoluzione, accompagnate, entrambe, da un eventuale richiesta di risarcimento del danno da responsabilit? contrattuale.

Nel primo caso (azione di adempimento) si tratter? di un risarcimento del danno provocato dal ritardo nell'adozione della corretta determinazione provvedimento (conforme all'accordo), nel secondo caso il ristoro patrimoniale sar? connesso all'inadempimento definitivo.

Per completezza espositiva sembra opportuno precisare che la produzione giurisprudenziale sembra non condividere l'impostazione privatistica: la giurisprudenza amministrativa di legittimit? ha infatti escluso, ad esempio, la esperibilit? del rimedio di cui all'art. 2932 c.c. in quanto si ? ritenuto che l'obbligo di adottare il provvedimento finale non possa essere equiparato all'obbligo di concludere il contratto definitivo[18].

Doverosa, poi, è la precisazione che la volontà legislativa si è mossa nel senso di individuare nel magistrato amministrativo il giudice unico di tutte le controversie che possono sorgere sia in riferimento al venire in essere dell'accordo, sia per ciò che concerne la sua esecuzione[19], sancendo, in materia di accordi procedurali, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 11 comma 5 della legge 241/1990). Ne discende la giurisdizione del g.a. su tutte le controversie innanzi prospettate (che coinvolgono, a tenore della tesi privatistica, posizioni di diritto soggettivo).

Ove, all'opposto, si attribuisca natura pubblicistica agli accordi procedurali, un eventuale inadempimento della P.A. comporterà conseguenze diverse a seconda delle modalità di manifestazione della volontà di non ottemperare agli impegni assunti nell'accordo.

Qualora la P.A. receda unilateralmente per sopravvenienza di motivi di pubblico interesse, *nulla quaestio*: il privato vanterà una posizione di diritto soggettivo al conseguimento del ristoro patrimoniale indennitario previsto dall'art. 11 comma 4 legge 241/1990.

Se, di contro, la P.A. receda illegittimamente dall'accordo bisognerà indagare, come detto, sui mezzi di manifestazione della volontà di recedere.

La P.A. può infatti mantenersi inerte, ovvero emettere un atto di recesso esplicito, ovvero ancora adottare un provvedimento che si discosta dal contenuto dell'accordo stipulato, recedendo implicitamente dalla pattuita convenzione.

Nel caso di inerzia può ritenersi che il privato sia legittimato a proporre innanzi al g.a. un ricorso avverso il silenzio amministrativo ex art. 21 bis legge 1034/1971, con possibilità di ottenere direttamente, secondo la legislazione vigente, il provvedimento conforme all'accordo stipulato nella sede procedimentale.

Il novellato art. 2 della legge 241/1990 (per effetto del recente intervento normativo della legge 80/2005) prevede infatti che il giudice amministrativo possa pronunciarsi direttamente sulla pretesa sostanziale del privato, che si concreta, nel caso di specie, nella richiesta di adozione di un provvedimento conforme al contenuto discrezionale concordato.

Ove la P.A. emetta un provvedimento di recesso (illegittimo perché non sorretto da ragioni di pubblico interesse) esplicito sembra plausibile che il privato possa agire per ottenere, previo annullamento

dell'atto di recesso illegittimo, il risarcimento del danno da responsabilità contrattuale. In questa ipotesi si prospetta in capo al privato la titolarità dell'interesse legittimo all'annullamento del recesso illegittimo e del diritto soggettivo al risarcimento del danno da responsabilità contrattuale conseguente.

Analogamente, in caso di provvedimento amministrativo (immotivato o falsamente motivato) che si discosti dal contenuto dell'accordo realizzato, il privato vanta un interesse legittimo all'annullamento del provvedimento per eccesso di potere (*sub specie* di carente o incongrua motivazione) e, di conseguenza, un diritto soggettivo al risarcimento del danno (da inadempimento contrattuale).

È stata poi prospettata una ulteriore distinzione tra azione di annullamento del provvedimento difforme e azione di accertamento dell'inadempimento da parte della P.A. (cumulabili con la proposizione di una domanda risarcitoria tesa a condannare l'Amministrazione al risarcimento del danno provocato dall'inadempimento contrattuale): si è notato che mentre l'azione di annullamento del provvedimento finale, ove contraddittoriamente adottato in modo difforme rispetto al contenuto dell'accordo, afferisce alla relazione, o contatto, procedimentale di cui il privato contraente è pure sempre parte, l'azione di accertamento, invece, inerisce al rapporto obbligatorio scaturente dalla conclusione di un accordo (quale è quello procedimentale) giuridicamente vincolante ed è finalizzata alla verifica della lesione del diritto di credito a motivo della mancata cooperazione dell'amministrazione nella produzione dell'effetto giuridico dovuto[20].

?

6. Conclusioni

?

La breve analisi qui esposta induce ad una riflessione conclusiva sulla c.d. attività consensuale della P.A.: per quanto i prospettati modelli convenzionali possano dirsi oramai pienamente operanti al fianco del tradizionale modulo autoritativo di esercizio del pubblico potere, essi non possono dirsi del tutto assimilabili alle corrispondenti fattispecie di matrice privatistica, in quanto collocati in un ambito (quello dell'attività amministrativa) che involge il necessario ossequio alla funzione svolta, indirizzata a scopi di rilevanza pubblicistica.

[8] Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 1 dicembre 1997 n. 1471

[9] Cfr., in tal senso, Greco G., *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Diritto Amministrativo*, 3-4, 1999, p. 381

[10] Cfr., a tal proposito, Di Benedetto U., *Attività non autoritativa della P.A.: quali regole, quali finalità, quali tutele?*, in www.giustizia-amministrativa.it

[11] Cfr., al riguardo, Di Benedetto U., *op. cit.*

?

[12] Cfr. Consiglio di Stato, sez. V., sentenza del 20 ottobre 2005 n. 5884, in cui si specifica il nesso strettissimo intercorrente tra gli accordi procedurali e la partecipazione procedimentale, donde anche la peculiare collocazione dell'art. 11 nel Capo III della legge che disciplina le forme di partecipazione all'iter procedimentale ed il suo possibile esito negoziale, eventuale *epilogo di una vicenda partecipativa e comunque di un procedimento già iniziato*

[13] Di Camillo F., *Legge n. 15/2005: l'amministrazione partecipata tra conferme e nuove prospettive*, in *Diritto & Diritti - Rivista giuridica elettronica*, pubblicata su Internet all'indirizzo <https://www.diritto.it>, ISSN 1127-8579, 7 Aprile 2005, pag. https://www.diritto.it/materiali/amministrativo/di_camillo1.pdf

[14] Corte Costituzionale, sentenza del 6 luglio 2004 n. 204

[15] Così si esprime il Consiglio di Stato, sez. VI, nella sentenza del 15 maggio 2002 n. 2636

[16] Monferrante L., *La nuova disciplina degli accordi procedurali: profili di tutela giurisdizionale*, in www.giustizia-amministrativa.it

[17] Caringella F., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2003, pag. 1946

[18] Per una disamina completa dei rimedi esperibili innanzi al giudice amministrativo in caso di inadempimento degli obblighi derivanti dalla conclusione degli accordi procedurali vedi Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza del 15 maggio 2002 n. 2636

?

[19] Mazzaroli L., Pericu G., Romano A., Roversi Monaco F.A.,? Scoca F.G., *op. cit.*, Vol. II, pag. 325

?

[20] Monferrante L., *op. cit.*, in www.giustizia-amministrativa.it

?

<https://www.diritto.it/modelli-autoritativi-e-convenzionali-l-attivita-amministrativa-tra-potere-e-consenso/>