



25 SETTEMBRE 2024

Dall'amministrazione consensuale  
all'amministrazione condivisa: il  
possibile ruolo dell'indennizzo nel  
nuovo paradigma

di Giulia Guglielmi  
Dottorata di ricerca in Diritto privato  
Università degli studi di Pavia



# Dall'amministrazione consensuale all'amministrazione condivisa: il possibile ruolo dell'indennizzo nel nuovo paradigma\*

**di Giulia Guglielmi**

Dottorata di ricerca in Diritto privato  
Università degli studi di Pavia

**Abstract [It]:** Il presente contributo, dopo una breve ricostruzione della possibilità, per la p.a., di esercitare il potere secondo moduli consensuali, si concentra sull'istituto della convenzione di cui all'art. 56 CTS. Lo studio indaga la compatibilità tra la disciplina riguardante l'esercizio del potere consensuale con il nuovo dogma di amministrazione condivisa soffermandosi sul potere della pubblica amministrazione di sciogliere unilateralmente il vincolo convenzionale e sulle relative conseguenze indennitarie di tale scelta.

**Title:** From consensual to shared administration: the possible role of compensation in the new paradigm

**Abstract [En]:** The essay focuses on the relationship between public and private authorities: the government-by-contract model has become a structural feature of public administration since the third sector code settled the basis for a new kind of partnership between administration and private sector. The article wonders if the current legislation is compliant with this new institute and concerns the power of the public administration to unilaterally dissolve the contract and the relative indemnity consequences of such a choice.

**Parole chiave:** Convenzione, terzo settore, amministrazione condivisa, revoca, indennizzo

**Keywords:** Government-by-contract, third sector, indemnity, public administration, contract

**Sommario:** 1. L'esercizio consensuale del potere. 2. Le convenzioni ex art. 56 CTS. 3. Prime riflessioni sulla natura giuridica delle convenzioni. 4. Convenzioni e art. 11 L. 241/90: problemi applicativi. 5. ...segue: uno sguardo particolare all'art. 11 comma 4. 6. Considerazioni conclusive.

## 1. L'esercizio consensuale del potere

Una svolta nei rapporti fra pubblica amministrazione ed enti del terzo settore all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, è avvenuta con l'introduzione del Codice del Terzo Settore<sup>1</sup>, unitamente al nuovo Codice degli appalti<sup>2</sup>, nonché con le conseguenti riforme tra cui la nuova disciplina dei servizi pubblici

---

\* Articolo sottoposto a referaggio.

<sup>1</sup> D. lgs. 3 luglio 2017, n. 117. Da ora in poi indicato con l'acronimo CTS.

<sup>2</sup> D. lgs. 31 marzo 2023, n. 63. Vale la pena notare che il nuovo codice dei contratti pubblici positivizza la piena equiparazione fra i due codici, quello del Terzo Settore e il Codice degli appalti, e non lo fa all'interno delle disposizioni, in materia di appalti esclusi, in una prospettiva di «deroga», ma con una disposizione collocata nell'ambito dei principi del nuovo codice. A questo proposito, l'art. 6 del Codice degli appalti stabilisce che le pubbliche amministrazioni, in luogo delle forme di affidamento concorrenziale di servizi mediante appalti e concessioni, possono utilizzare le forme di partenariato, disciplinate dal CTS, quale disciplina speciale ispirata ai principi di solidarietà e sussidiarietà orizzontale. In merito, si veda anche Corte Cost., 25 luglio 2022, n. 187: con la pronuncia citata la Corte Costituzionale ha avuto l'occasione di ribadire che la configurazione giuridica degli enti del terzo settore (per ciò che riguarda qualificazione, ordinamento e amministrazione, nonché regole essenziali di relazione con gli enti pubblici), ricadendo nell'ordinamento

locali a rilevanza economica, di cui al d.lgs. n. 201/2022<sup>3</sup>. L'operato del legislatore ha prodotto delle rilevanti conseguenze nella già incipiente prassi dell'esercizio consensuale del potere amministrativo derivante dalla riforma del Titolo V della Costituzione e, in particolare, dell'introduzione del principio di sussidiarietà, di cui all'art.118. Il fenomeno dell'esercizio consensuale del potere amministrativo e il successivo sviluppo di più estesi moduli di amministrazione condivisa non può essere inteso se non tenendo in considerazione l'evoluzione del potere amministrativo da situazione giuridica soggettiva esercitabile solo attraverso atti autoritativi a situazione giuridica soggettiva esercitabile anche attraverso atti non autoritativi<sup>4</sup>.

Ciò appare plausibile alla luce del rilevante processo di privatizzazione che ha investito negli ultimi anni la sfera del diritto pubblico, causando profonde modifiche relative alla dimensione autoritativa che, oggi, appare notevolmente attenuata rispetto al passato<sup>5</sup>.

---

civile, è materia di competenza esclusiva statale, dunque non è consentito ad una norma regionale qualificare di diritto alcuni enti (nella specie si trattava di associazioni e società sportive dilettantistiche) come enti del terzo settore.

<sup>3</sup> G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parl. Pol. Cost.*, 1997, n. 117-118, 29; G. ARENA, M. BOMABRADELLI, *L'amministrazione condivisa*, Napoli, 2022. Gli enti del terzo settore, saranno indicati, d'ora in poi con l'acronimo ETS.

<sup>4</sup> Secondo R. VILLATA e M. RAMAJOLI (*Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2019, p. 46), nella categoria degli atti non autoritativi «pare comunque possibile comprendere una serie di atti assai eterogenei tra loro, che vanno dagli atti emessi nell'ambito del rapporto di esecuzione dei contratti agli atti di revoca delle sovvenzioni pubbliche sulla scorta di un preteso inadempimento, da parte del beneficiario, degli obblighi impostigli per legge, agli atti di imposizione e di liquidazione del contributo di urbanizzazione». F. GIGLIONI, A. NERVI, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, 2019, p. 21: gli A. sostengono che «questo approccio avrebbe ricadute radicali perché sommerebbe le forme di responsabilità proprie del diritto pubblico [...] con quelle proprie del diritto privato, ogniquale volta venga meno il carattere autoritario del potere pubblico, ossia nei casi estranei ai provvedimenti di natura imperativa». In realtà, non è detto che questo avvenga in quanto ben può darsi che all'amministrazione venga applicato il regime privatistico *in toto*, sia che svolga attività autoritativa sia che svolga attività non autoritativa.

<sup>5</sup> V. CERULLI IRELLI, *Diritto amministrativo e diritto comune: principi e problemi*, in *Scritti in onore di G. Guarino*, I, Padova, 1998, p. 576: «lo strumento negoziale o comunque la via del consenso deve essere sempre preferito»; M. NIGRO, *Conclusioni*, in A. MASUCCI (a cura di), *L'accordo nell'azione amministrativa*, Roma, 1988, p. 80; l'A. esprimendosi in merito all'opportunità dell'utilizzo del contratto come portato dell'esercizio del potere in forma consensuale, nota che le esigenze dell'interesse pubblico non sarebbero frustrate in quanto «se il potere accetta di obbligarsi ad un certo modo di esercizio» non per ciò «diventa indifferente ai sopravvenuti mutamenti dell'interesse pubblico». Si veda anche V. CERULLI IRELLI, *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa (primo commento alla l. n. 15/2005 recante modifiche e integrazione alla l. n. 241/90)*, reperibile in *astridonline.it*; con riguardo all'art. 1 comma 1bis della L. 241/1990, l'Autore ritiene che la norma assuma rilevanza in un triplice senso: in primo luogo, andrebbe a costituire disciplina per alcuni rapporti che non sono disciplinati da norme di diritto pubblico, in secondo luogo, introdurrebbe un'indicazione per l'amministrazione che, davanti alla scelta tra strumento privatistico e strumento pubblicistico, deve preferire il primo. Infine, la norma servirebbe a stabilire, attraverso un'opera di selezione, quali istituti debbano rimanere disciplinati dalle norme pubblicistiche e quali da quelle privatistiche; lo stesso A., ID., *Osservazioni generali sulla legge di modifica l.n. 241/90 – I parte*, reperibile in *giustamm.it*, ritiene che il comma 1bis dell'art. 1 sancisca un'inversione di tendenza rispetto all'impostazione tradizionale, secondo la quale il diritto pubblico è il diritto normale dell'amministrazione; per A. TRAVI, *Autoritatività e tutela giurisdizionale: quali novità?*, in *Foro amm. TAR*, 6, 2005, p. 22, invece, si tratterebbe solo di una «norma a futura memoria» in quanto la disposizione si rivolgerebbe non tanto all'interprete quanto al legislatore. Sarebbe, pertanto inutile «il nostro ordinamento è lastricato di 'norme a futura memoria' e la loro utilità pratica mi sembra, quasi sempre, irrilevante».

Il rinnovato approccio alla gestione della cosa pubblica derivante dal convincimento che la finalità del pubblico interesse può essere perseguita sia mediante strumenti giuridici di natura privatistica, sia attraverso l’emanazione di provvedimenti amministrativi, pone le basi per l’introduzione di moduli consensuali ai fini dell’esercizio del potere amministrativo<sup>6</sup>.

In altri termini, il riconoscimento della capacità negoziale della p.a. consente di stabilire che l’interesse pubblico possa essere perseguito tanto con un provvedimento amministrativo quanto con un negozio privato, e questo costituisce il presupposto per superare la tradizionale inconciliabilità tra interesse pubblico e suo conseguimento mediante strumenti di matrice privatistica<sup>7</sup>.

La possibilità di curare l’interesse pubblico tramite moduli consensuali risulta evidente anche dalla lettura dell’art. 11 L. 241/1990, che, anch’esso derivante della riforma del 2005<sup>8</sup> alla L. 241/90, ha introdotto l’istituto degli accordi, contribuendo ad eliminare qualsiasi dubbio in merito al riconoscimento della capacità negoziale di diritto pubblico della p.a.<sup>9</sup>. L’introduzione di tale ultima norma e le successive riforme della legge sul procedimento amministrativo hanno, quindi, consentito un’applicazione più significativa delle regole privatistiche in presenza di un pubblico interesse, conducendo all’abbandono definitivo «della concezione di una p.a. assoluta e monolitica, autoritaria e imperativa»<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> Cfr. C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, p. 85, secondo cui «è solo con il riconoscimento dell’autonomia privata in capo alla p.a. che la prospettiva del diritto privato dell’amministrazione viene radicalmente a mutare, poiché l’attività del diritto privato si viene a collocare in una prospettiva non diversa da quella dei soggetti privati». Si veda anche, M.S. GIANNINI, *L’attività amministrativa*, Roma, 1962, p. 9: «un interesse pubblico può essere curato tanto da un negozio privato che con un provvedimento amministrativo [...] la scelta dipende dal diritto positivo e dalla natura tecnica dei fatti». La medesima evoluzione si ritrova anche nella dottrina tedesca in merito alla quale si veda M. ZULEEG, *Die Anwendungsbereiche des öffentlichen Rechts und des Privatrechts*, in *Verv. Arch.*, 1984, 384; W. HOFFMANN-RIEM, E. SCHMIDT ABMANN, *Öffentliches Rechts und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Baden Baden, 1985.

<sup>7</sup> G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., p. 193; F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2002, p. 164.

<sup>8</sup> A parere di alcuni, la norma avrebbe potuto essere scritta in maniera più chiara. Invero, il precedente disegno di legge – disegno di legge AC4504, Commissione Nigro, «Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi» – presentato sul finire degli anni Ottanta, in origine conteneva nell’art. 5, espressamente, il principio di contrattualità dell’azione amministrativa che poi è stato, appunto, cancellato. La mancanza di un’esplicita previsione dimostrerebbe, a parere di questi, la scelta del legislatore di privare le pubbliche amministrazioni di questa opzione; F. GIGLIONI-A. NERVI, *op. cit.*, p. 18, a parere dei quali la norma «non è apparsa di facile interpretazione e, certamente, non si presta a univoche modalità di applicazione».

<sup>9</sup> E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazione e privato*, Milano, 1996, 18; F. MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 21 il quale afferma che «l’art.11 ha segnato il *de profundis* per la teoria dell’atto doppiato o del c.d. doppio grado dell’azione amministrativa, uno pubblicistico e l’altro, necessariamente connesso, privatistico»; F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, cit., pp. 300-301: l’accordo sostitutivo di provvedimento «ha permesso di considerare possibile che un potere unilaterale, idoneo a produrre modificazioni non volute nella sfera giuridica altrui, possa essere esercitato mediante atto consensuale. Se il consenso esclude l’autoritatività dell’atto, nel caso dell’accordo si ha un atto non autoritativo che costituisce esercizio di un potere autoritativo».

<sup>10</sup> In questi termini, M. DE DONNO, *Consensualità e interesse pubblico*, Bologna, 2015, p. 4, la quale prosegue notando come «Riconoscere la negoziabilità delle potestà amministrative ha richiesto infatti soverchiare assiomi tradizionali [...]: l’entrata in vigore della l. n. 241/1990 e, con essa, dell’art. 11, è il frutto di una lunga e lenta evoluzione, da salutare con estremo favore».

Partendo da tali premesse, il presente articolo indaga come il nuovo paradigma di amministrazione sia strettamente connesso all'evolversi di una disciplina, quella del terzo settore, che, negli ultimi anni, ha mostrato una forte spinta verso la collaborazione tra privato e pubblica amministrazione. Il fine ultimo è quello di focalizzare l'attenzione sulle fasi patologiche che talvolta investono il rapporto tra privato ed amministrazione a causa della scarsa collaborazione tra essi.

## 2. Le convenzioni ex art. 56 CTS

All'interno della evoluzione normativa sopra descritta, si inserisce l'istituto della convenzione previsto dall'art. 56 CTS, che promuove la sottoscrizione di convenzioni tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore, finalizzate allo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale, a patto che dette convenzioni siano "più favorevoli" del ricorso al mercato<sup>11</sup>.

La norma rappresenta un punto di snodo nel processo di trasformazione delle modalità di esercizio del potere da parte della P.A.: pur considerando il rilievo che assume il dettato normativo dell'art. 55 CTS<sup>12</sup> in merito alla consensualità dell'azione amministrativa nel rapporto tra P.A. ed enti appartenenti al settore privato, facendo esso esplicito riferimento a principi quali la co-programmazione e la co-progettazione, non può non evidenziarsi la portata innovativa del successivo art. 56 che, introducendo lo strumento giuridico della convenzione, arricchisce il ventaglio di soluzioni operative a disposizione del soggetto pubblico. Quanto detto vale pur considerando che la norma da ultimo citata investe un ambito applicativo più ristretto (e speciale) rispetto al precedente art. 55, tanto in un'ottica soggettiva, quanto in un'ottica oggettiva. Da un lato, l'art. 56 si rivolge alle sole organizzazioni di volontariato e alle associazioni di promozione sociale (e non a tutti gli ETS); dall'altro, la norma citata riguarda solamente attività o servizi sociali di interesse generale (e non tutte le attività di interesse generale individuate dall'art. 5 CTS)<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Si ricorda che, ai sensi dell'art. 6 del nuovo Codice dei contratti, non rientrano nel campo di applicazione del medesimo gli istituti disciplinati dal Titolo VII del codice del Terzo settore, di cui al decreto legislativo n. 117 del 2017. In merito la Corte Cost. 131/2020 pur pronunciandosi solo sull'art. 55 CTS, rispetto al quadro generale ha ritenuto che: «il modello configurato [...] non si basa sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi della parte pubblica a quella privata, ma sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico».

<sup>12</sup> Si riporta il testo dell'art. 55 co. 1 CTS: «In attuazione dei principi di sussidiarietà, cooperazione, efficacia, efficienza ed economicità, omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità ed unicità dell'amministrazione, autonomia organizzativa e regolamentare, le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di attività di cui all'articolo 5, assicurano il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore, attraverso forme di co-programmazione e co-progettazione e accreditamento, poste in essere nel rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché delle norme che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare di quelle relative alla programmazione sociale di zona».

<sup>13</sup> Da un lato, la scelta, a livello soggettivo, si spiega in quanto «si tratta di enti che si avvalgono prevalentemente dell'attività dei propri associati-volontari ed esprimono quindi una connotazione di tipo solidaristico più marcata rispetto agli enti del Terzo Settore»; dall'altro lato si tratta di «un ambito più ristretto rispetto a quello previsto dall'art. 5 CTS, da

La lettura dell'art. 56 CTS conduce, inevitabilmente, ad un'ulteriore riflessione in merito ai metodi – diversi da quello tradizionale – con i quali il soggetto pubblico può esercitare il potere.

Infatti, se negli ultimi decenni, gli sforzi dottrinali si sono concentrati sulla possibilità di un esercizio consensuale del potere, oggi, il nuovo paradigma delineato dal CTS, con particolare riferimento all'art. 56, oltre che dal nuovo Codice degli appalti, pone all'attenzione degli operatori del diritto la necessità di considerare l'ulteriore ampliamento della possibilità di utilizzo di strumenti giuridici di natura privatistica da parte dell'autorità amministrativa. In realtà, non si tratta più di interrogarsi sulle modalità di esercizio consensuale del potere, bensì di guardare all'opportunità di servirsi di strumenti idonei ad esercitare lo stesso potere in modo non solo consensuale, ma condiviso. L'introduzione dell'istituto della convenzione, infatti, consente di ritenere il privato non più mero destinatario dell'azione pubblica, bensì soggetto che sceglie liberamente di operare nella stessa direzione della pubblica amministrazione, individua all'interno dei propri statuti l'interesse generale e configura la propria attività come espressione non solo di autonomia privata, ma anche di “autonomia civica”<sup>14</sup>.

Nel riconoscere il chiaro ampliamento verso la condivisione della potestà amministrativa della P.A. con soggetti privati aventi finalità di pubblico interesse, come posto dall'art. 56 CTS, va considerato quanto l'interpretazione giurisprudenziale maggioritaria ha rilevato circa la possibilità di scelta della P.A. tra il ricorso al mercato o la stipula di convenzioni, per comprendere cosa significhi l'espressione “condizioni più favorevoli rispetto al mercato”.

Secondo tale interpretazione, la formula riportata al comma 1 dell'art. 56 CTS, secondo cui “le amministrazioni pubbliche [...] possono sottoscrivere con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale convenzioni [...] *se più favorevoli rispetto al mercato*” valorizza soprattutto il profilo dell'onere motivazionale. Si chiederebbe, cioè, all'amministrazione pubblica di porre in essere un'operazione puramente discrezionale: questa implicherebbe un'attenta ponderazione tra diversi interessi pubblici, che va al di là del principio di economicità, poiché nella decisione si dovrebbe tener conto anche dell'esigenza di attuare il principio di solidarietà<sup>15</sup>.

---

interpretare sia alla luce del diritto interno (l. n.328/2000), sia nella prospettiva, ben più ampia e comprensiva, tracciata dal diritto dell'Unione europea» ai sensi del d.m. 72/2021. In merito, si veda anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia e, in particolare, CGUE, 7 luglio 2022, C-377/2021 la quale si è interrogata sulla compatibilità tra l'art. 57 CTS – nella misura in cui, facendo riferimento unicamente alle organizzazioni di volontariato, esclude dal suo ambito di applicazione gli enti del terzo settore e tra essi, in particolare, le cooperative sociali – e l'art. 10, lett. h), della direttiva europea 24/2014 cui corrisponde l'art. 17, comma 1, lett. h), de dlgs. 50/2016, che si indirizza, invece, agli enti senza scopo di lucro in genere.

<sup>14</sup> L'espressione è utilizzata da M. BOMBARDELLI, *Il rapporto con il terzo settore e le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in *Istituzioni del federalismo*, 2022, 3, p. 593.

<sup>15</sup> Tar Puglia – Lecce, Sez. II, 30 dicembre 2019, n.2019; Tar Marche, Sez. I, 7 dicembre 2021, n.850. In merito, a parere di alcuni si tratterebbe di un atto discrezionale con una natura molto prossima alla «scelta politica». La distinzione assume rilevanza in punto di giurisdizione in quanto, come ritenuto dalla prevalenza, l'atto politico non è soggetto a

In merito, particolare rilevanza assumono le Linee Guida ministeriali n. 72/2021, secondo cui “la prescrizione induce a ritenere che non si tratti di una mera valutazione economica di riduzione dei costi gravanti sulle pubbliche amministrazioni», bensì anche di una considerazione “dell’effettiva capacità delle convenzioni di conseguire quegli obiettivi di solidarietà, accessibilità e universalità che la giurisprudenza europea ha evidenziato come fondamento della disciplina”. Pertanto, occorre leggere la disposizione in parola come formula sintetica che compendia una valutazione complessiva svolta dall’amministrazione pubblica circa gli effetti del ricorso all’istituto della convenzione, in luogo dell’applicazione della disciplina di diritto comune per l’affidamento dei servizi di interesse sociale<sup>16</sup>.

L’esclusione dal paradigma concorrenziale delle convenzioni (alla condizione sopra vista), di cui al comma 1 dell’art. 56 CTS, riveste un ruolo cruciale nella comprensione della loro *ratio legis* e rappresenta un elemento in grado di guidare l’analisi circa l’individuazione della disciplina applicabile.

### **3. Prime riflessioni sulla natura giuridica delle convenzioni**

Il quesito in merito alla natura giuridica delle convenzioni previste dall’art. 56 CTS impone di interrogarsi sulla loro collocazione all’interno del procedimento amministrativo. Affermare, infatti, che le convenzioni vengano concluse all’interno di tale procedimento conduce all’inevitabile conseguenza che ad esse debbano applicarsi le regole previste dallo stesso.

A questo proposito la lettura degli artt. 55 e 56 CTS sembra confermare il fatto che il legislatore intenda richiamare le regole di cui alla L. 241/1990, ovverosia relative alle norme in materia di procedimento amministrativo. Ed in effetti, ciò appare del tutto evidente riferendosi all’art. 55, in quanto, al comma 1,

---

giurisdizione, dunque, non è sindacabile essendo espressione delle scelte di governo. Il dato normativo di riferimento si rinviene nell’art. 7 comma 1 d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (Codice del processo amministrativo).

In merito, ci si è altresì interrogati riguardo la compatibilità della disciplina di cui all’art. 56 CTS con la direttiva 2014/24/UE e, in particolare, con l’art. 77 di quest’ultima che disciplina le procedure «riservate» ad organizzazioni non lucrative, che soddisfino una serie di condizioni, per l’affidamento di alcune tipologie di servizi sociali, recepito dall’art. 143 del nuovo Codice degli Appalti. Sul punto, si è pronunciata la Corte di Giustizia la quale ha osservato che: «gli articoli 76 e 77 della Direttiva 2014/24/UE devono essere interpretati nel senso che essi non ostano ad una normativa nazionale che riserva agli enti privati senza scopo di lucro la facoltà di concludere, previa procedura di confronto concorrenziale delle loro offerte, accordi in forza dei quali tali enti forniscono servizi sociali di assistenza alla persona, a fronte del rimborso dei costi da essi sostenuti, indipendentemente dal valore stimato di tali servizi, anche se tali enti non soddisfano i requisiti previsti da detto articolo 77, purché, da un lato, il contesto normativo e convenzionale nel cui ambito si svolge l’attività di tali enti contribuisca effettivamente al fine sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà e di efficienza di bilancio su cui tale normativa è fondata e, dall’altro, il principio di trasparenza sia rispettato» (CGUE 14 luglio 2022, causa C-436/20, ASADE).

<sup>16</sup> Ad avviso di B. L. BOSCHETTI, *Per un laboratorio dell’amministrazione condivisa, primi risultati di una ricerca multidisciplinare*, in *Quaderni di Terzjus, Osservatorio di Diritto del terzo settore, della filantropia e dell’impresa sociale*, Napoli, 2024, p. 63: «[...] l’approvazione del Codice del Terzo settore, con l’intero pacchetto di riforme che lo accompagnano, la successiva celeberrima sentenza della Corte Costituzionale n.131/2020, le modifiche apportate al vecchio Codice dei contratti pubblici (e le norme contenute nel nuovo), costituiscono senz’altro passaggi fondamentali, capaci di liberare gli strumenti e i metodi dell’amministrazione condivisa da una serie di vincoli normativi e timori culturali che la costringevano all’angolo e, con essa, il principio di sussidiarietà orizzontale».

esso cita esplicitamente la legge da ultimo richiamata. Diverso, invece, sembra essere il caso dell'art. 56, rispetto al quale non appare scontato interrogarsi circa l'applicazione di tali regole onde comprenderne le conseguenze in termini pratici.

La legge sul procedimento amministrativo, infatti, reca con sé una serie di obblighi per le parti interessate al procedimento e un insieme di tutele a favore del privato coinvolto, che altrimenti non troverebbero spazio.

In merito, nonostante l'art. 56 CTS non faccia espressamente riferimento alla legge 241/1990, non appare del tutto infondato ritenere che ci si trovi comunque in presenza di un procedimento amministrativo.

Il primo argomento a supporto di tale affermazione è di tipo tecnico e riguarda il rapporto esistente tra gli artt. 55 e 56 CTS: affermare che le due norme sono in rapporto di specialità (con riguardo all'ambito applicativo) porta a sostenere che, dovendosi applicare la legge 241/90 per il primo articolo, lo stesso dovrà farsi anche per il secondo, dal momento che non sussiste una deroga espressa.

A tale argomentazione se ne aggiunge una seconda che può cogliersi all'esito di un'attenta lettura dell'art. 56 CTS. Infatti, la norma in parola utilizza termini quali "partecipazione" e "imparzialità", i quali inducono a credere che il legislatore, nel redigere le nuove norme riguardanti le organizzazioni di volontariato e le imprese sociali, abbia voluto riferirsi ad un procedimento amministrativo. D'altra parte, assicurare la partecipazione dei privati è finalità che assume senso soltanto se si immagina un procedimento, non certamente una procedura di conclusione di un contratto, dal momento che nel diritto dei contratti privatistici non si avverte la necessità di tutelare il diritto alla partecipazione: chiunque voglia concludere un contratto può farlo liberamente<sup>17</sup>.

Quest'ultima considerazione conduce ad interessarsi circa la natura giuridica delle convenzioni. L'applicazione delle regole sul procedimento amministrativo unitamente alla valorizzazione dell'esclusione della gara pubblica di cui all'art. 56 CTS, inducono ad eliminare la possibilità di configurare tali convenzioni come contratti pubblici<sup>18</sup> o, come atti consensuali a cui applicare la disciplina del codice

---

<sup>17</sup> A questo proposito, vale la pena precisare che, nell'ambito del diritto amministrativo, come si avrà modo di stabilire nel seguito della trattazione, la presenza del contratto non è incompatibile con l'instaurarsi di un procedimento. Tuttavia, le due fasi, quella contrattuale e quella procedimentale, rimangono due fasi separate che non interferiscono tra di esse. Si veda, in merito, A. MASSERA, *Contratto e pubblica amministrazione*, in V. ROPPO, *Trattato del contratto, Interferenze*, VI (a cura di), Milano, 2022, p. 913. Della struttura della contrattazione pubblica si è di recente e a più riprese occupata anche la giurisprudenza, sia amministrativa che civile. A titolo esemplificativo, si veda Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, in *Giur. it.*, 2018, p. 1983 ss., con nota di G.D. COMPORTI, *Regole di comportamento per un ripensamento della responsabilità dell'amministrazione*; in *Corr. giur.*, 2018, p. 1547 ss., con nota di M. TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità dell'amministrazione per il danno da affidamento nella sentenza dell'adunanza plenaria n. 5 del 2018*; in *Urb. app.*, 2018, p. 639 ss., con nota di GIAGNONI, *Responsabilità precontrattuale della P.A. anche prima dell'aggiudicazione*. Ancora, Cass. civ., sez. un., ord. 28 aprile 2020, n. p. 8236, in *Corr. giur.*, 2020, p. 1025 ss., con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Sulla natura della responsabilità della pubblica amministrazione da lesione dell'affidamento del privato sorto a seguito di comportamento della medesima*.

<sup>18</sup> Si intende i contratti stipulati dalla p.a. nell'esercizio del suo potere autoritativo tramite la procedura di gara delineata nel codice dei contratti pubblici. Dunque, non ci si sta riferendo ai contratti privatistici conclusi dalla p.a. *iure privatorum*.



dei contratti pubblici e, al medesimo tempo, evidenziano l'esclusione delle convenzioni dal paradigma tipico delle norme relative alla concorrenza stante la loro adesione al modello partecipativo.

Con questo non si vuole negare che nella conclusione di un contratto pubblico sia presente una fase procedimentale di natura pubblicistica. Al contrario, la fase procedimentale è presente e, tuttavia, non implica che la convenzione possa inquadrarsi unicamente all'interno del procedimento amministrativo. A questo proposito, si ricorda che, nella conclusione dei contratti della pubblica amministrazione, in prima battuta, il procedimento produce, come esito, un provvedimento amministrativo che è quello dell'aggiudicazione. Solo in un secondo momento interviene il contratto, il quale si identifica come conseguenza della volontà espressa, dalla pubblica amministrazione, per mezzo, appunto, del procedimento.

Inoltre, la convenzione intesa come atto di incontro di due volontà consente di escludere un'ulteriore ipotesi qualificativa dell'istituto in parola: non si tratta infatti di un provvedimento unilaterale emanato dalla pubblica amministrazione, poiché la necessità di consenso da parte del soggetto giuridico che entra in contatto con il soggetto pubblico vale a collocare l'istituto al di fuori dall'area dello strumento tradizionalmente utilizzato dall'amministrazione.

In merito, va precisato che se è vero che all'interno del procedimento amministrativo è assicurata la partecipazione del privato (destinatario del provvedimento cui il procedimento è orientato), tramite una molteplicità di istituti quali, ad esempio, l'obbligo di comunicazione di inizio del procedimento, non è men vero che il consenso del privato non assume solitamente rilevanza rispetto all'esercizio del potere, tanto che, nonostante la partecipazione al procedimento, lo stesso può essere destinatario di un provvedimento a sé sfavorevole (come, ad esempio, un provvedimento di esproprio).

Vi è, peraltro, un'ulteriore ragione che induce a escludere la natura di atto provvedimentale della convenzione rinvenibile nella logica stessa sottesa alla cosiddetta amministrazione condivisa, di cui l'art. 56 CTS è espressione. Tale ragione è che l'istituto della convenzione si basa su un impianto collaborativo che poco ha a che fare con la natura imperativa e unilaterale del provvedimento amministrativo.

Appare evidente, dunque, come la ricerca di una chiara definizione della natura della convenzione debba discostarsi dalla considerazione degli istituti classici del contratto e del provvedimento amministrativo. A tal proposito appare opportuno osservare come in dottrina si rilevino differenti punti di vista, sintetizzabili in due correnti di pensiero: coloro che ritengono che la convenzione possa richiamare l'istituto degli accordi, di cui all'art. 11 della legge sul procedimento amministrativo<sup>19</sup>, e coloro, invece, che la assimilano alle convenzioni di cui all'art. 15 della stessa L. 241/1990.

---

<sup>19</sup> F. GIGLIONI, A. NERVI, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 236: «la convenzione non cessa di essere considerata uno strumento alternativo a quello dei contratti, riconducibile nell'alveo degli accordi». Vale la pena notare che una parte di questa dottrina ritiene che gli accordi di cui all'art. 11 L. 241/1990 possano essere conclusi anche fuori

Partendo, in base ad uno schema chiasmico, dalla seconda delle tesi, le amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'art. 15, “possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento di collaborazione di attività di interesse comune”. In particolare, il doppio riferimento contenuto nell'art. 15 L. 241/90 allo “svolgimento in collaborazione di attività” (e non alla determinazione del contenuto discrezionale del provvedimento finale, previsto dall'art. 11) e al perseguimento di un “interesse comune” (e non all'interesse pubblico di cui è portatrice la sola pubblica amministrazione) “sarebbe in grado di dare conto più propriamente della reale natura collaborativa del rapporto tra ETS e pubblica amministrazione”<sup>20</sup>. Si tratterebbe, in altri termini, di valorizzare il movimento congiunto e parallelo volto alla cura di un interesse condiviso.

Peraltro, si aggiunge, l'art. 15, comma 2, fa quasi interamente riferimento all'art. 11 e, dunque, non vi sarebbero importanti ripercussioni sulla disciplina concretamente applicabile alla fattispecie<sup>21</sup>.

La soluzione presenta, però, un ostacolo testuale, dal momento che l'art. 15 fa esplicito riferimento agli accordi tra pubbliche amministrazioni e dunque esclude, dal suo ambito applicativo, la presenza di soggetti privati, quali gli enti del terzo settore<sup>22</sup>.

I fautori di tale orientamento, consapevoli di tale criticità nella loro ricostruzione, propongono due alternative, al fine di superarla. Per alcuni, sarebbe opportuno intervenire sul testo di legge per inserire, all'interno dell'ambito oggettivo della norma, anche gli enti privati<sup>23</sup>. Altri, invece, promuovono una

---

e prima del provvedimento. A parere di questi, l'accordo costituirebbe una terza via di esercizio dell'attività amministrativa, differente sia dal provvedimento che dal contratto: come se fosse una terza categoria, generale, sotto l'ombrello della quale possono essere ricomprese diverse fattispecie, tra cui le convenzioni di cui all'art. 56. Dall'affermazione di tale natura discenderebbe che la stessa possa trovare applicazione anche fuori dal procedimento amministrativo.

<sup>20</sup> Ad avviso di questa tesi, nei rapporti disciplinati dal Titolo VII CTS non vi sarebbe una compartecipazione dei privati alla funzione amministrativa, bensì un inserimento «organizzativo» di questi ultimi nell'attività di programmazione, progettazione e realizzazione dei servizi ad oggetto sociale, fenomeno equiparabile a quello della co-amministrazione fra amministrazioni o dell'autoproduzione.

<sup>21</sup> Cfr. N. BERTI, B. BOSCHETTI, *Per un laboratorio dell'amministrazione condivisa, primi risultati di una ricerca multidisciplinare* cit., 136; in merito, il mancato rinvio ai commi 1 e 1bis dell'art. 11 si spiegherebbe in ragione della differente natura soggettiva dei soggetti coinvolti, mentre quello dei commi 4 e 4bis sarebbe comunque surrogato dall'applicazione delle disposizioni generali.

<sup>22</sup> Si precisa che i fautori della tesi descritta, ritengono che tale elemento formale, sebbene inequivocabile, possa essere superato. In merito, a parere di alcuni, basterebbe utilizzare una concezione «oggettivata» della nozione di pubblica amministrazione che ricomprende tutti quei soggetti che, pur non essendo soggetti pubblici, svolgono attività di cura dell'interesse pubblico. Si veda, al riguardo, F. BENVENUTI, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. Trim. sc. amm.*, 1978, 1; G. PASTORI, *Pubblico e privato nei settori sociali*, in E. BALBONI, B. BARONI, A. MATTIONI, G. PASTORI (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali*, Milano, 2007, p. 75; ID, *Tendenze recenti della pubblica amministrazione italiana*, in *Annuario Aida* 2009, Milano, 2010, p. 361: secondo gli autori, l'art. 118 comma 4 Cost. favorisce l'immedesimazione dei cittadini nel compimento di attività amministrative ovvero nel perseguimento di finalità di interesse generale. Il dettato costituzionale apre la prospettiva di un'amministrazione diffusa nella società.

<sup>23</sup> Al riguardo, si veda A. BERRETTINI, *La co-progettazione alla luce del Codice del terzo settore e nella penombra del Codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 2022, p. 45. D'altra parte, ad avviso di tale orientamento, le convenzioni di cui all'art. 56 CTS non possono neanche essere ricostruite in termini di partenariato pubblico-privato in quanto il d.lgs. n. 36/2023, come visto, esclude espressamente gli istituti del Titolo VII CTS dall'ambito applicativo del codice dei contratti pubblici, imponendo contestualmente l'applicazione delle disposizioni della legge generale sul procedimento amministrativo.

lettura estensiva della nozione di pubblica amministrazione. In quest’ottica, per pubblica amministrazione dovrebbe intendersi qualunque soggetto che svolga un’attività amministrativa, a prescindere dalla sua qualifica formale. Secondo quest’orientamento, dunque, gli enti privati ai quali viene ceduta, nell’ottica di un’amministrazione condivisa, la possibilità di realizzare un interesse di rilevanza collettiva – non egoistico – rientrerebbero nella definizione di pubblica amministrazione<sup>24</sup>.

Nonostante i correttivi proposti, la tesi è ancora passibile di rilievi critici.

Da un lato, modificare il dato normativo sembra un’operazione piuttosto ambiziosa, poco attinente al compito dell’interprete e decisamente al di là rispetto all’espressa volontà legislativa. Dall’altro lato, anche la soluzione di intendere in senso ampio la nozione di “pubblica amministrazione” dà adito ad un dubbio di natura sostanziale che riguarda il paradigma, già descritto, su cui si basano le convenzioni in analisi: se, negli ultimi anni, ci si è mossi da un’idea di amministrazione consensuale ad un’idea di amministrazione condivisa, affinché quest’ultima abbia senso è necessario che, all’interno dell’accordo, una delle due parti sia un privato. D’altra parte, la struttura decisionale che coinvolge almeno due pubbliche amministrazioni è già oggetto di altre norme all’interno della L. 241/90, come, per esempio, l’art. 14 (e, dunque, non comporta la necessità di ricercare diverse disposizioni applicabili al caso concreto).

In altri termini, eliminare dal rapporto convenzionale il privato – anche se lo si fa con il (meritevole) fine di individuare una disciplina adeguata – equivale a non considerare il senso più profondo dell’amministrazione condivisa. D’altra parte, in tale ottica, particolare pregnanza è assunta dalla progressiva valorizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all’art. 118 Cost. che, appunto, impone un’evoluzione del modello di amministrazione consensuale per dirigersi verso il coinvolgimento dei privati quali soggetti corresponsabili dell’attività amministrativa e autentici collaboratori della pubblica amministrazione, in quanto co-interessati allo svolgimento delle iniziative programmate e al perseguimento del medesimo interesse<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> La tesi fa riferimento al concetto di pubblica amministrazione «a geometria variabile» elaborato dalla giurisprudenza europea. In particolare, la nozione di soggetto pubblico condivisa a livello europeo non dovrebbe essere intesa come categoria unitaria. Infatti, al fine di definire il soggetto «pubblica amministrazione» non dovrebbe essere utilizzato il parametro formale, bensì quello sostanziale che valorizza la sottoposizione di un ente a dominanza pubblica di carattere funzionale o strutturale. Si veda, in merito, CGUE, 10 settembre 2014, in causa C- 270/13 – Iraklis Haralambidis; Cons. Stato, Sez. VI, 3 giugno 2013, n. 2843; Stato, Sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660.

<sup>25</sup> M. BOMBARDELLI, *Il rapporto con il terzo settore e le trasformazioni dell’organizzazione amministrativa*, in *Istituzioni del federalismo*, 2022, 3, p. 583: «le parti non assumo più la posizione, stabile, di destinatari passivi dell’esercizio del potere pubblico, ma quella molto più dinamica e difficile da collocare, di centri attivi nel perseguimento di finalità sociali che come tali, pur mantenendo la distinzione dei ruoli, possono oggettivamente veder convergere i propri interventi con quelli affidati alle competenze dell’amministrazione. Diventa così possibile configurare il rapporto fra pubblico e privato non come rapporto fra un interno ed un esterno rispetto all’organizzazione amministrativa, ma come rapporto fra due modi di operare, sul piano oggettivo di tale organizzazione, per il perseguimento dell’interesse generale». L’A. ritiene che per valorizzare adeguatamente il ruolo del terzo settore occorra fuoriuscire, andare oltre, il modello tradizionale nel quale il rapporto tra pubblica amministrazione e privato è ancora incardinato, secondo uno schema tipicamente bipolare, all’interno del quale la cura dell’interesse pubblico spetta ancora solo all’amministrazione.

#### 4. Convenzioni e art. 11 L. 241/90: problemi applicativi

Le critiche mosse alla tesi sopra citata consentono di ritenere preferibile, per la prevalenza degli studiosi, l'inquadramento delle convenzioni come ipotesi di accordi ai sensi dell'art. 11 L. 241/90.

Alla luce di ciò, ben si comprende il motivo di tale assimilazione: le convenzioni sono identificabili come degli accordi stipulati all'esito di un procedimento amministrativo, basato su logiche di partecipazione e trasparenza, così come stabilito dall'art. 56, comma 3, CTS<sup>26</sup>.

Per la precisione, l'art. 11 L. 241/90 prevede due fattispecie di accordi, di cui la prima è quella degli accordi c.d. integrativi, finalizzati a stabilire il contenuto del successivo provvedimento che verrà emanato dall'amministrazione precedente, mentre la seconda riguarda gli accordi c.d. sostitutivi, che si caratterizzano per il fatto di sostituire, appunto, il provvedimento amministrativo<sup>27</sup>.

Come è facile dedurre, l'istituto degli accordi rappresenta una figura piuttosto ambigua che, sin dal momento del suo inserimento nella L. 241/90, ha dato luogo a dibattito in ordine alla sua natura. Essa, infatti, si colloca in un campo che è a metà tra i canoni privatistici e quelli pubblicistici. Tuttavia, incardinare tali accordi nelle maglie del diritto amministrativo o in quelle del diritto privato non è cosa di

---

<sup>26</sup> Per chi sostiene che si tratti di accordi, si veda la nota n. 20. Per la verità, in merito, c'è chi ritiene che l'assimilazione tra art. 11 L. 241/1990 e convenzioni non sia corretta. Si veda, a titolo esemplificativo, L. GALLI, *La coprogrammazione e la coprogettazione dei servizi di integrazione dei migranti*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2020, 113. L'A. sostiene che sia innegabile che «l'istituto in parola nella sua costruzione tradizionale – ossia quella con cui è stato concepito – sia espressamente un modello amministrativo differente rispetto all'amministrazione condivisa. Così strutturato, infatti, l'accordo è strumento di amministrazione consensuale, costruito attorno ad una negoziazione sinallagmatica tra pubblico e privato ove le parti, attraverso reciproche concessioni, possono giungere ad un soddisfacimento degli interessi di cui sono portatrici migliore rispetto a quello che potrebbe ottenere tramite il solo esercizio unilaterale del potere da parte dell'amministrazione», inoltre, l'A. sostiene che da questo modello non si può fuoriuscire «finché i soggetti pubblici e quelli privati avviano il proprio confronto da una base di partenza costituita da interessi confliggenti e mirino ad un punto di arrivo che sia una compensazione delle iniziali posizioni contrapposte, frutto di vicendevoli rinunce». In merito, si veda anche D. PALAZZO, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale*, Torino, 2022, 415, il quale ritiene che «[n]elle convenzioni ex artt. 56 e 57 CT, ciò che manca rispetto alla figura dell'accordo amministrativo è l'oggetto, ossia un potere amministrativo discrezionale, esercitato ordinariamente in via unilaterale. La convenzione, infatti, non integra né sostituisce un (inesistente) provvedimento amministrativo con cui l'amministrazione sarebbe abilitata a imporre al privato (in particolare all'ente di volontariato) la prestazione di un determinato servizio sociale. Non solo tale provvedimento non esiste, ma neppure potrebbe esistere, ostando ad esso il principio di libertà e autonomia (privata) in cui si radica il Terzo settore». Si veda in merito anche A. BERRETTINI, *La co-progettazione alla luce del Codice del terzo settore e nella penombra del Codice dei contratti pubblici*, 27 ad avviso del quale «appare contraddittorio il richiamo agli accordi ex art. 11, l. n. 241/1990 [...] non comprendendosi quale provvedimento l'accordo di co-progettazione debba sostituire o integrare e in quali termini».

<sup>27</sup> A parere di alcuni, le due tipologie di accordi dovrebbero essere considerate come facenti parte di una categoria unitaria, in quanto, in entrambi i casi, il contenuto del provvedimento viene determinato in base ad un incontro delle due volontà, quella dell'amministrazione e quella del privato. Si guardi, in merito, E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992, p. 56; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997, p. 176. Di opinione contraria è chi, invece, ritiene che esista tra i due tipi di accordo una profonda differenza in considerazione del fatto che nel caso di accordi integrativi, per quanto il contenuto sia prestabilito in comune tra privato e amministrazione, è solo con il successivo provvedimento che si producono gli effetti desiderati; al contrario, nell'altra fattispecie, l'accordo è da solo produttivo di effetti. Si veda, in merito, F.G. COCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 42; R. FERRARA, voce *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, in *Digesto Disc. Pubbl.*, VIII, Torino, 1993, 554 ss.

poco conto dal momento che, a seconda della tesi che si sceglie di seguire, gli effetti giuridici che ne conseguono sono differenti, dovendosi, nel primo caso, applicare le regole del codice civile, mentre, nel secondo caso, quelle che riguardano i provvedimenti amministrativi.

Alla luce di ciò, vale la pena soffermarsi su alcuni degli aspetti regolati dall'art. 11, i quali possono fondare l'orientamento che sostiene la natura privatistica<sup>28</sup>.

Senza dubbio sono presenti indici che portano a sostenere che si sia in presenza di contratti: in primo luogo agli accordi si applicano, in quanto compatibili, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti; inoltre, il comma 4 dell'art. 11 prevede la possibilità di recesso dell'amministrazione pubblica e dunque utilizza uno strumento tipico del diritto contrattuale.

Tuttavia, ben più convincenti sono gli argomenti a sostegno della tesi della natura pubblicistica di tale istituto.

In primo luogo, il comma 3 dell'art. 11, in merito alla disciplina dei controlli, equipara l'accordo sostitutivo del provvedimento al provvedimento amministrativo, così come deve rilevarsi il ruolo centrale della *motivazione*, che deve essere presente negli accordi, come nel provvedimento.

Ancora, gli stessi devono essere conclusi per l'esclusivo soddisfacimento dell'interesse pubblico: non prevedono, cioè che il contenuto riveli le diverse volontà dei compartecipi, né il soddisfacimento di tutti gli interessi in gioco.

Non solo. A sostegno della medesima tesi è possibile muovere rilievi critici agli argomenti della tesi opposta: con riguardo all'applicazione dei principi del codice civile, questi trovano applicazione, non in via generale, ma solo ad una duplice condizione, che non sia diversamente previsto e che siano compatibili, rispetto al caso concreto.

## 5. ... segue: uno sguardo particolare all'art. 11 comma 4

Inoltre, non è pacifico che l'istituto previsto dal comma 4 dell'art. 11 sia un vero e proprio recesso, inteso in senso privatistico.

In effetti, con riguardo a tale ultimo elemento, la sua corretta interpretazione rappresenta un punto critico nella comprensione della ragione giustificativa dell'intero istituto degli accordi.

Più nello specifico, il comma 4 dell'art. 11 prevede che "Per sopravvenuti motivi di interesse pubblico l'amministrazione recede unilateralmente dall'accordo, salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione ai pregiudizi verificatisi in danno del privato".

---

<sup>28</sup> G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001, p. 91; a parare dell'A., l'inciso «in quanto compatibile» deve essere inteso in senso restrittivo come riferito esclusivamente alla compatibilità delle norme civilistiche con la disciplina contenuta nello stesso art. 11 (ad esempio, in materia di recesso) e non anche con altri principi di matrice pubblicistica. Si guardi anche, F. TRIMARCHI BANFI, *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in *Pol. Dir.*, 2003, 124; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, cit. 179.

In merito, un primo orientamento<sup>29</sup> vede nella possibilità per la p.a. di sciogliere l'accordo al sopravvenire di un interesse pubblico, una vera e propria forma di recesso e, d'altra parte, il dato letterale rappresenta un solido argomento per sostenere la natura di tale potestà. In particolare, si tratterebbe di un recesso *ad nutum*, previsto per un tempo illimitato a favore di una sola delle parti dell'accordo.

Tali peculiarità, ad avviso di questa dottrina, non dovrebbero però impressionare chi ritiene che l'istituto del recesso, nella sistematica civilistica, abbia caratteristiche diverse: in genere, le parti contraenti non sono legittimate a recedere unilateralmente dal contratto poiché quest'ultimo ha "forza di legge" tra loro, ai sensi dell'art. 1372, comma 1, c.c. Di norma, infatti, il recesso è attribuito ad entrambe le parti (costituendo un'eccezione che tale diritto potestativo sia attribuito solo ad uno dei contraenti) e, di norma, prevede un corrispettivo<sup>30</sup>.

Tuttavia, alla luce dell'evoluzione del diritto dei contratti, ben possono esistere forme di recesso non corrispondenti all'istituto generale previsto dall'art. 1373 c.c., fra le quali, sicuramente, spicca il recesso di pentimento previsto dal codice del consumo, volto a tutelare la parte debole. Quest'ultima, infatti, si vede investita della possibilità di sciogliere il vincolo contrattuale senza fornire alcuna giustificazione (appunto, sulla base del solo pentimento all'acquisto del bene di consumo) e anche qualora l'esecuzione del contratto sia già iniziata, per di più, con effetto retroattivo (restituzione del bene e del prezzo)<sup>31</sup>.

Ma non solo: si pensi al secondo comma dello stesso art. 1373 c.c., che "ammette in termini sostanzialmente illimitati il potere di recesso dai contratti ad esecuzione continuata o periodica". Inoltre, tale osservazione troverebbe conforto nella disciplina specifica di taluni tipi contrattuali, rispetto ai quali opererebbe un ampio riconoscimento del potere di recesso unilaterale, come, per esempio, accadrebbe nel caso di mandato<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> Si tratta della dottrina che sposa la tesi della natura privatistica degli accordi, di cui alla nota precedente.

<sup>30</sup> A questo proposito, il recesso è efficace soltanto se l'accordo o la legge specificamente attribuiscono a una di esse o a entrambe le parti il potere di compierlo che si qualifica come un vero e proprio diritto potestativo. Si veda, in merito, M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto III*, Milano, 2019, p. 695. Si veda, inoltre, P. SIRENA, *I recessi unilaterali*, in M. COSTANZA (a cura di), *Trattato del contratto, Effetti III*, Milano, 2023, p. 126.

<sup>31</sup> Al riguardo, si parla di recesso di pentimento quando la legge dà ad una parte la possibilità di sciogliere unilateralmente il vincolo contrattuale, senza legare tale diritto potestativo ad alcun presupposto, di solito, in una logica di tutela della parte ritenuta debole. Con particolare attenzione al recesso del consumatore, questo, non solo è immotivato ma non prevede neanche un prezzo: il consumatore recedente non è tenuto a pagare nulla a fronte del suo recesso. Questo, a parere della prevalente dottrina V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA e P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2013, p. 522: «infligge al vincolo un colpo molto più duro di quello portato da un recesso immotivato ma oneroso». Si veda anche, M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto, Vol. I, Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, artt. 1372-1373, in F. D. BUSNELLI (a cura di), *Il Codice Civile, Commentario*, Milano, 2013, p. 336. Al fine di completezza, si nota che una dottrina piuttosto minoritaria ritiene che le norme che disciplinano il recesso di pentimento del consumatore non gli riconoscerebbero un vero e proprio diritto di recesso ma individuerebbero un peculiare procedimento di formazione del contratto: il vincolo dovrebbe considerarsi perfezionato solo se, entro il termine stabilito dalla legge, il consumatore non manifesti la propria volontà contrattuale. Si veda, in merito D. VALENTINO, *Recesso e vendite aggressive*, Milano, 1996, p. 155.

<sup>32</sup> Così sostenuto da F. GIGLIONI, A. NERVI, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, 2019, p. 75. Si veda anche M. DELLACASA, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*,

In quest'ottica, una forma di scioglimento “asimmetrica” del vincolo, all'interno di figure consensuali, non dovrebbe scandalizzare, tanto più se giustificata – come nel caso dell'art. 11 L. 241/90 – dal sopravvenire di un interesse pubblico, dunque, di un interesse più significativo di quello privato.

Inoltre, sposare una simile interpretazione, che sostiene la natura civilistica della figura in oggetto, eliminerebbe la necessità di giustificare il permanere, in capo alla p.a., del potere di autotutela (nella forma della revoca), quintessenza della tradizionale figura di amministrazione pubblica autrice di atti unilaterali e imperativi.

Sebbene tali considerazioni siano pregevoli, si ritiene che esse possano essere superate proprio muovendo da una diversa lettura dell'art. 11 comma 4: nonostante quest'ultimo letteralmente si riferisca all'istituto del recesso, a ben guardare, la formulazione normativa risulta più puntualmente riconducibile all'istituto della revoca di cui all'art. 21-*quinques* L. 241/90<sup>33</sup>.

Infatti, si tratta della possibilità di sottrarsi al vincolo su decisione del tutto unilaterale dell'amministrazione per sopravvenuti motivi di interesse pubblico. In sostanza, è una potestà riconosciuta in capo all'amministrazione pubblica che avrebbe poco a vedere con l'istituto del recesso, almeno nella sua forma tradizionale. A tale proposito, solitamente, il diritto di recesso deve essere concordato dalle parti e, di solito, come detto, prevede un prezzo che deve essere pagato, dal recedente, come controprestazione del diritto a lui riconosciuto. In questo caso, invece, non è presente alcuno dei due aspetti appena citati.

A parere di questa tesi, con riguardo a quest'ultimo punto, apparirebbe criticabile anche la considerazione per cui l'obbligo di indennizzo addossato alla pubblica amministrazione dall'art. 11 possa fare le veci del prezzo del recesso così da uniformare la fattispecie amministrativa a quella civilistica<sup>34</sup>.

---

Torino, 2013, p. 23 ss.; P. SIRENA, *I recessi unilaterali*, cit., 128; ma v. già G. GABRIELLI, F. PADOVINI, voce *Il recesso (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 27 ss., spec. 36 ss.

In merito al recesso unilaterale di pentimento, infine, si precisa che quello del consumatore è solo un esempio, infatti, anche nella disciplina codicistica sono previste ipotesi di recesso unilaterale. Sul punto, si è anche di recente pronunciata la CGUE: si veda, a titolo esemplificativo, CGUE 24 febbraio 2022, n. 536 (causa C-536/20); CGUE 31 marzo 2022, n. 238 (C-96/21).

<sup>33</sup> Si tratterebbe di un'ipotesi di revoca alla quale l'amministrazione può determinarsi in omaggio al principio di inesauribilità del potere amministrativo. Si veda, in merito, V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2006, p. 396, il quale ritiene che si sarebbe in presenza di una forma di autotutela decisoria che, sotto il profilo della causa, può esercitarsi solo per sopravvenuti motivi di interesse pubblico, e, sotto il profilo degli effetti, comporta l'obbligo di indennizzare i pregiudizi causati al privato. Il legislatore avrebbe scelto una «via di mezzo» tra il regime civilistico puro e quello pubblicistico che consente sempre, seppure a certe condizioni, di riesaminare un provvedimento di primo grado. Con riguardo alla giurisprudenza: Tar Marche 19 settembre 2013, n. 1015; Cons. Stato, Sez. IV, 4 febbraio 2014, 390.

<sup>34</sup> A. CANDIAN e A. GAMBARO (*Le convenzioni urbanistiche*, Milano, 1992, p. 127) ritengono che la previsione dell'indennizzo, per un verso, attesti la contrattualizzazione del rapporto negoziale, ma, per altro verso, denoti una deviazione rispetto ai principi del diritto civile. L'intenzione è probabilmente quella di limitare l'indennizzo al solo danno emergente, con esclusione del lucro cessante. In questo modo, tuttavia, il legislatore si è rifiutato di raffrontare il profitto atteso dal privato con la libertà di apprezzamento dell'interesse pubblico ad opera della pubblica amministrazione; se quest'ultima esercita tale libertà, il primo elemento (l'aspettativa di profitto) viene del tutto sacrificato. In tal modo viene

Al contrario, la presenza dell'obbligo di indennizzo a vantaggio del privato non fa che assecondare l'idea secondo la quale si è, in realtà, in presenza di un potere di revoca, essendo lo stesso indennizzo previsto nella disposizione di cui al 21-*quinques*<sup>35</sup>. Un ulteriore elemento a sostegno della differenza tra il recesso in senso civilistico e quello previsto dall'art. 11 comma 4 risiede nella caratteristica della doverosità del secondo (rivelata, sotto il profilo letterale, dall'utilizzo del verbo "recedere" all'indicativo presente e comunque conseguenza necessitata del vincolo di scopo, quello dell'interesse pubblico).

Detto altrimenti, ad avviso del secondo orientamento, il comma 4 dell'art. 11 è, ancora una volta, espressione di un potere unilaterale che colloca la pubblica amministrazione in una posizione privilegiata rispetto al privato, in capo al quale, tale potestà non è riconosciuta.

Tale visione unilaterale, di un'amministrazione unica detentrica del potere di sciogliere il vincolo assunto con il privato, è ancora più evidente se si pone mente alla specifica figura della revoca all'interno della categoria dell'autotutela di cui è *species*. Infatti, mentre l'annullamento d'ufficio, di cui all'art. 21-*nonies* L. 241/1990, interviene su un provvedimento illegittimo ed è circondato da una serie di tutele a favore del privato<sup>36</sup>, la revoca ritrova il suo raggio d'azione rispetto ad un atto del tutto legittimo ed è concessa alla pubblica amministrazione anche in caso di pentimento della scelta presa in precedenza.

---

meno uno dei vincoli fondamentali in un'economia di mercato, perché la relativa stabilità del vincolo non consente al contraente privato di fare affidamento sul termine contrattuale sotto il profilo del lucro che si attende dall'affare. Come noto, l'indennizzo condivide con il risarcimento la natura compensatoria, tuttavia, le due figure, a parere della prevalenza, si differenziano in quanto con l'istituto dell'indennizzo «ordinamento non reagisce a un danno da risarcire ma alla modificazione reciproca e tendenzialmente permanente della sfera giuridica di due soggetti con incremento dell'una a carico dell'altra. L'obbligazione indennitaria discende dunque dall'esigenza – secondo quello che è un principio generale in tema di spostamento patrimoniale – di garantire un giusto corrispettivo al soggetto la cui sfera giuridica sia stata ristretta», cfr., C. SALVI, *La responsabilità civile*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2019, p. 273. Con riguardo alla difficoltà di definire la categoria dell'indennizzo per poterlo contrapporre al risarcimento, si veda anche P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 1062, al quale deve attribuirsi l'acustica espressione di «ginepraio semantico»; G. TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, Milano, 1964, p. 153 ss.: rilevata la varietà di accezioni con cui il legislatore di riferisce al termine ed esclusa la sussistenza nell'ordinamento giuridico di un «preconcetto ispiratore unico».

<sup>35</sup> F. GIGLIONI, A. NERVI, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 82: «È sufficiente osservare che una analoga previsione in punto di indennizzo è contenuta nel già citato art. 21 *quinques* legge 241/1990 in relazione alla revoca del provvedimento amministrativo; vi si colgono lievi differenze terminologiche, ma in entrambi i casi si trova affermato il principio secondo cui la pubblica amministrazione è tenuta ad indennizzare il pregiudizio arrecato al soggetto privato, sia esso parte dell'accordo da cui si recede, sia esso destinatario del provvedimento oggetto di revoca». D'altra parte, a parere di altri, l'indennizzo che assume carattere reintegrativo in quanto finalizzato a limitare il pregiudizio subito dal privato, non presenta i tratti distintivi del corrispettivo (inteso quale controvalore economico), dovuto invece in caso di recesso civilistico. Si veda, in merito, V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2023, p. 1654 secondo cui, il legislatore avrebbe scelto una «via di mezzo» tra il regime civilistico puro e quello pubblicistico, che consente sempre, seppure a certe condizioni, un riesame del provvedimento di primo grado.

<sup>36</sup> Si precisa, a tal proposito, che ai sensi dell'art. 21-*nonies* L. 241/90, al fine di procedere all'annullamento d'ufficio del provvedimento illegittimo, è necessario che ricorrano determinati presupposti. In primo luogo, deve sussistere un interesse pubblico all'annullamento, diverso dal mero ripristino della legittimità violata; in secondo luogo, l'annullamento deve avvenire all'interno di un arco temporale ragionevole ed entro un massimo di 12 mesi; in terzo luogo, l'amministrazione deve tenere in debita considerazione gli interessi dei destinatari del provvedimento e dei controinteressati. Si veda, in merito, R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 621; R. GAROFALO, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Molfetta, 2023, p. 1150.



In altri termini, si vuole soffermare l'attenzione su una circostanza piuttosto rilevante: se, da un lato, il legislatore, con l'introduzione dell'art. 11, ha voluto puntare ad un'amministrazione più vicina al cittadino, dall'altro, l'ambiguità della norma mette in mostra tutta l'incertezza del legislatore stesso. Quest'ultimo, nella formulazione dell'articolo, inserisce dei riferimenti che non riflettono l'intento di avvicinamento delle due parti del rapporto<sup>37</sup>.

Tali considerazioni, in merito alla natura del comma 4 dell'art. 11 L. 241/1990, rivestono un'importanza cruciale nella qualificazione delle convenzioni di cui all'art. 56 CTS, dal momento che, come sopra accennato, la dottrina prevalente riconduce tali convenzioni agli accordi di cui all'art. 11.

E se, da un lato, come visto, ben si comprende il motivo di tale assimilazione, dall'altro lato, sussistono dubbi relativi alla compatibilità tra i due istituti (quello delle convenzioni e quello degli accordi): la maggiore perplessità riguarda la *ratio* sottesa alla normativa del terzo settore e, quindi, alle convenzioni che della stessa sono espressione.

Più nello specifico, le convenzioni trovano la loro naturale collocazione nella collaborazione tra privato e pubblica amministrazione per il soddisfacimento – non dell'interesse pubblico di cui la pubblica amministrazione è portatrice, bensì – dell'interesse comune a entrambe le parti. Quindi, quando viene in gioco una norma come l'art. 56 CTS, l'ottica dell'unilateralità e dell'imperatività dell'azione amministrativa viene messa fuori gioco per lasciare spazio ad un terreno di comune azione tra pubblico e privato.

D'altra parte, non potrebbe essere diversamente: gli enti del terzo settore come le associazioni di volontariato e le imprese sociali rispondono ad una mancanza nell'operato della pubblica amministrazione, dal momento che si occupano di soddisfare dei bisogni della collettività a cui la prima non riesce a dare risposta.

Ne deriva una modifica del ruolo del soggetto pubblico: questo non è più il destinatario delle richieste del privato e titolare del potere di scegliere in merito ad esse. Al contrario, in un'ottica quasi contrapposta rispetto al passato, è la p.a. stessa che si rivolge al privato per colmare le lacune dell'azione amministrativa. Ciò non stupisce: i privati e, nel caso specifico, gli enti del terzo settore sono solitamente bene radicati nella società e godono di una posizione di osservatori privilegiati rispetto ai bisogni della collettività, posseggono maggiori informazioni rispetto alla pubblica amministrazione e spesso possono vantare anche un'organizzazione più efficiente. Tali caratteristiche mostrano come assolutamente conveniente, per l'amministrazione, una collaborazione con gli stessi.

Da un lato, dunque, gli accordi fin qui descritti – quelli dell'art. 11 – cristallizzano il principio di amministrazione consensuale, mentre, dall'altro, le convenzioni previste dal CTS, inserendosi nel nuovo modello dell'amministrazione delineato dal CTS realizzano una condivisione di potere: è come se il

---

<sup>37</sup> Vedi nota 10, in merito alle criticità della norma in parola.

soggetto pubblico cedesse parte delle proprie competenze a quegli enti a cui è riconosciuta una specifica attitudine a partecipare alla realizzazione dell'interesse pubblico e condivide con essi l'amministrazione di determinati settori<sup>38</sup>.

Ma se quella descritta fin qui è la logica che sostiene e regge, in generale, la disciplina del terzo settore, e, in particolare, le convenzioni della cui natura si sta trattando, è evidente l'attrito tra tale logica e l'art. 11 L. 241/90 cui le convenzioni medesime vengono ricondotte.

Il punto di crisi si coglie nel potere dell'amministrazione di sciogliere l'accordo convenzionale unilateralmente, nei termini sopra delineati. Diventa, infatti, arduo giustificare una simile potestà davanti ad un accordo di collaborazione il quale – è bene ribadire – mira al raggiungimento di un interesse comune e non dell'interesse pubblico individuato dalla sola pubblica amministrazione.

Gli argomenti di critica possono rinvenirsi a prescindere che si sposi la tesi della natura pubblicistica oppure di quella privatistica di tale potestà.

La tesi della natura pubblicistica, ritenendo che si sia in presenza di un potere di revoca, non fa che accentuare l'esistenza di un modello di amministrazione pubblica titolare di una sorta di monopolio nella cura dell'interesse pubblico.

La tesi della natura privatistica del potere di cui all'art. 11 comma 4, da parte sua, sebbene sembri cogliere nel segno – non foss'altro che per il dato letterale, il quale fa espressamente riferimento ad un potere di recesso e non ad un potere di revoca – non riesce a giustificare la possibilità per uno solo dei contraenti di sciogliere il vincolo. In altri termini, pur qualificando l'istituto secondo l'ottica privatistica del recesso, questa figura non è del tutto equiparabile alle forme di recesso particolari previste nella sistematica civilistica, prima fra tutte il recesso del consumatore.

Diversamente da quanto avviene in quest'ultimo caso, nell'ipotesi contemplata dall'art. 11 L. 241/90, il recesso non trova alcun limite né sotto il profilo della giustificazione, né sotto il profilo temporale. Tali caratteristiche conducono dunque a pensare che, così come accadrebbe se si sposasse la tesi della natura di revoca di tale diritto potestativo, anche accogliendo la tesi della natura di recesso la conseguenza – inevitabile – sarebbe quella di dare vita ad un rapporto iniquo.

Detto altrimenti, ammettere che si tratti di un recesso e non di una revoca non aiuta a superare la circostanza, vista sopra, per cui, in effetti, una parte, la pubblica amministrazione, può sciogliere il vincolo contrattuale al sopravvenire di un interesse pubblico, da lei stessa valutabile, con buona pace del principio del *pacta sunt servanda* e del nuovo modello di amministrazione orientata al dialogo con il privato e alla

---

<sup>38</sup> È lo stesso Consiglio di Stato che, nella relazione di accompagnamento allo schema di riforma del vigente Codice dei contratti pubblici ha ricondotto il rapporto pubblico – ETS andrebbe ricondotto ad un modello alternativo a quello del mercato, che, a prescindere dalla connotazione soggettiva dell'ente *partner*, si rivolga alla realizzazione di attività di interesse comune in assenza di un rapporto sinallagmatico, in quanto fondato sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse.

valorizzazione del principio solidaristico, tramite il coinvolgimento di enti che condividono con l'amministrazione pubblica l'interesse da perseguire<sup>39</sup>.

## 6. Considerazioni conclusive

Il nodo della questione resta, dunque, quello di giungere a definire se sia sufficiente, per definire la disciplina applicabile, inquadrare l'istituto della convenzione all'interno dei canoni di cui all'art. 11 L. 241/90. In altri termini, occorre comprendere se lo schema descritto dalla norma citata, riferito al paradigma dell'amministrazione consensuale, possa essere conciliabile con un tipo di accordo, qual è, appunto, quello della convenzione, inquadrabile all'interno della fattispecie dell'amministrazione condivisa.

Alla luce di ciò, va considerato che elemento sostanziale dell'amministrazione condivisa è la finalità solidaristica, del tutto alternativa rispetto a scopi miranti al solo conseguimento di un profitto ed è in tal senso che va inquadrato l'istituto della convenzione.

In merito, fermo restando che il dato letterale è inequivoco nel prevedere la possibilità di scioglimento del vincolo da parte della sola pubblica amministrazione, non pare possibile pensare ad una soluzione che implichi l'eliminazione di tale potestà, né la limitazione della stessa. Infatti, davanti ad una lettera così chiara, mancherebbe un dato normativo che possa fungere da base per sostenere la tesi contraria.

Tuttavia, come visto, la disposizione di cui al comma 4 dell'art. 11 non si limita a prevedere lo scioglimento unilaterale del vincolo, bensì aggiunge l'obbligo di indennizzo da parte della pubblica amministrazione.

Sebbene anche tale previsione non manchi di ingenerare perplessità<sup>40</sup>, forse è proprio il rimedio obbligatorio che potrebbe rappresentare il perno attorno al quale individuare una soluzione che tenga conto della posizione dell'ente privato e dell'interesse che reca con sé: non un "semplice" privato portatore di un interesse egoistico, bensì un privato portatore di un interesse ben più ampio, che coinvolge l'intera collettività. In altre parole, non essendo possibile individuare una disciplina diversa, lo

---

<sup>39</sup> Intervento di L. ANTONINI al convegno «*Per un laboratorio dell'amministrazione condivisa*», tenutosi presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore l'11.03.2024 in occasione della presentazione del libro *Per un laboratorio dell'amministrazione condivisa. Primi risultati di una ricerca multidisciplinare* a cura di B. BOSCHETTI, *Collana Quaderni Terzjus 4*, Napoli, 2024. Sul punto, si veda *Amministrazione condivisa: l'unica via per un welfare sociale personalistico*, in *Vita, pol. pubb.*, 6 maggio 2024 (testo reperibile online sul sito della rivista: *Vita*). Ad avviso dell'A. si tratta di un tipo di amministrazione «che tende a considerare il cittadino, prima che un controllato della P.A., come una risorsa della collettività; infine considera l'interesse generale (cioè il bene comune) non più come monopolio esclusivo del potere pubblico, ma come un'auspicata prospettiva dell'agire privato». Intervento di L. ANTONINI al convegno «*Per un laboratorio dell'amministrazione condivisa*», tenutosi presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore l'11.03.2024 in occasione della presentazione del libro *Per un laboratorio dell'amministrazione condivisa. Primi risultati di una ricerca multidisciplinare* a cura di B. BOSCHETTI, *Collana Quaderni Terzjus 4*, Napoli, 2024.

<sup>40</sup> *Supra* paragrafo 5.

scarto qualitativo tra i due interessi e la dimensione condivisa – non consensuale – dell’attività da svolgere potrebbe emergere proprio nell’utilizzo orientato dello strumento dell’indennizzo.

In via generale, il legislatore, all’art. 11, comma 4, si è limitato a stabilire che la sua quantificazione deve essere commisurata ai pregiudizi sofferti dalla controparte dell’accordo, non indicando parametri certi ai quali ancorarne l’ammontare. Alla luce di ciò, attesa la natura non risarcitoria del meccanismo reintegrativo appena richiamato, l’indennizzo dovrebbe coprire le spese e i costi sostenuti, ossia le perdite patrimoniali del privato. Perciò, senza dubbio, sarebbe oggetto di ristoro il danno emergente, derivato dal recesso stesso, mentre il lucro cessante sarebbe generalmente escluso<sup>41</sup>, in quanto lo scioglimento unilaterale del vincolo risponde – legittimamente – a ragioni sopravvenute di interesse pubblico<sup>42</sup>. D’altra parte, secondo coloro che sostengono quanto più sopra descritto, la soluzione di esclusione del mancato guadagno sarebbe dettata anche dal paragone con l’art. 21-*quinquies* L. 241/90, che disciplina, appunto, la revoca del provvedimento. Infatti, il comma 1-*bis* della norma da ultimo citata prevede, per la revoca di un atto amministrativo che incida su rapporti negoziali, che l’indennizzo sia parametrato “al solo danno emergente e tenga conto sia dell’eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell’atto amministrativo oggetto della revoca all’interesse pubblico, sia dell’eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all’erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l’interesse pubblico”<sup>43</sup>.

Pertanto, occorre domandarsi se all’istituto degli accordi debbano applicarsi le limitazioni previste per l’indennizzo di cui all’art. 21-*quinquies*. A tal proposito, a parere di coloro che ritengono che il comma 4 sia un’ipotesi speciale di revoca, per quanto non espressamente stabilito dalla fattispecie speciale (quella dell’art. 11), va applicata la disciplina generale (quella dell’art. 21-*quinquies*). Altro orientamento, invece, ritiene che all’indennizzo di cui all’art. 11 non sarebbero applicabili le limitazioni di cui all’art. 21-*quinquies* per una duplice ragione: la prima risiede nella lettura del testo normativo dell’art. 11, all’interno del quale non vi è traccia di tali limitazioni, a prova della mancata volontà del legislatore di imporle; la seconda riguarda, invece, la natura negoziale del recesso di cui all’art. 11, che spinge a evitare la completa

---

<sup>41</sup> E. BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblici* (Voce), in *Enc. Dir.*, Agg. V, 2001, p. 22.

<sup>42</sup> Ben diversa naturalmente sarebbe l’ipotesi in cui essendo il potere di recesso esercitato illegittimamente, il privato sperimenta il differente rimedio risarcitorio, di certo, idoneo a consentire il ristoro integrale del danno.

<sup>43</sup> A fini di completezza, si precisa che tale scelta legislativa è stata ampiamente criticata: da un lato, il privato verrebbe accomunato all’amministrazione nelle scelte di merito relative alla cura concreta dell’interesse pubblico, dall’altro lato, non si comprende la ragione per cui il destinatario della revoca debba subire una diminuzione della misura dell’indennizzo qualora sia stato un terzo a concorrere, con la propria attività, alla produzione del danno. Si vedano, in merito, D. SORACE, *Diritto delle pubbliche amministrazioni*, Bologna, 2000, p. 108; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2016, p. 226; G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, p. 152; M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, Torino, 2015, p. 356.

assimilazione ad un istituto, quello della revoca, prettamente pubblicistico, per preferire, invece, l'applicazione della disciplina generale in materia di obbligazioni e contratti<sup>44</sup>.

Inoltre, anche a voler applicare quanto stabilito in tema di revoca, non si riuscirebbe a valorizzare la prospettiva di condivisione che caratterizza l'istituto delle convenzioni, dal momento che ci si ritroverebbe, ancora una volta, nella prospettiva della consensualità dell'esercizio del potere.

In via alternativa, la soluzione potrebbe risiedere nel fare leva proprio sulla natura bivalente degli accordi e quindi delle convenzioni di cui all'art. 56 CTS. In altri termini, una volta giunti a dire che la natura delle convenzioni è quella degli accordi di cui all'art. 11 L. 241/90, non può farsi a meno di soffermarsi sulla possibilità di applicare i principi generali previsti in materia di obbligazioni e contratti.

Tale considerazione costituirebbe un'ulteriore argomentazione da cui muovere per tenere conto di criteri diversi da quelli previsti dall'art. 21-*quinques*, in tema di liquidazione dell'indennizzo.

A questo proposito, ci si potrebbe interrogare sull'elemento del lucro cessante e quindi del mancato guadagno. Questo perché, se da un lato, l'analisi riguarda convenzioni stipulate da enti – come le organizzazioni di volontariato – che, in generale, operano senza scopo di lucro; dall'altro lato, come notato dalla più recente giurisprudenza, nell'ambito del terzo settore, sarebbe bene non confondere la gratuità con la non lucratività. Si intende dire che la mancanza di uno scopo di lucro non integra necessariamente la gratuità della prestazione dovuta dall'ente (nella prestazione del servizio). È ben possibile che tali enti mirino al lucro solo oggettivo: questo può dedursi dalla lettura dell'art. 8 CTS che sembra ammettere una forma di lucro oggettivo purché gli utili e i proventi siano destinati allo “svolgimento dell'attività statutaria ai fini dell'esclusivo perseguimento di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale”<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> F. GIGLIONI, A. NERVI, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 83.

<sup>45</sup> Corte Cost. 131/2020: «Del resto, lo stesso diritto dell'Unione – anche secondo le recenti direttive 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, nonché in base alla relativa giurisprudenza della Corte di giustizia (in particolare Corte di giustizia dell'Unione europea, quinta sezione, sentenza 28 gennaio 2016, in causa C-50/14, CASTA e a. e Corte di giustizia dell'Unione europea, quinta sezione, sentenza 11 dicembre 2014, in causa C-113/13, Azienda sanitaria locale n. 5 'Spezzino' e a., che tendono a smorzare la dicotomia conflittuale fra i valori della concorrenza e quelli della solidarietà) – mantiene, a ben vedere, in capo agli Stati membri la possibilità di apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, un modello organizzativo ispirato non al principio di concorrenza ma a quello di solidarietà». Con riguardo alla giurisprudenza nazionale, si veda Tar Campania, Sez. V, 1 aprile 2021, n. 2227: “la deroga al principio di concorrenza, conseguente al *favor* attribuito alle associazioni di volontariato riservatarie degli affidamenti *de quibus*, non consegue affatto all'esclusione di qualsivoglia corrispettivo (dal che, secondo la ricostruzione di parte ricorrente, solo sarebbe giustificata la nozione di “gratuità”) ma, come chiaramente enunciato nelle sentenze “Spezzino” e “Casta”, piuttosto dall'assenza di “utili” e dalla sostanziale natura di “rimborsi” dei previsti corrispettivi”. Si veda anche TAR Piemonte, Sez. I, 29 agosto 2022, n. 719; Cons. Stato, Sez. III, 25 agosto 2020, n. 5199. *Contra*, si veda Cons. Stato, Sez. III, 23 febbraio 2023, n. 1887 a mente del quale “non può non rilevarsi che la rilevanza del criterio di selezione di carattere economico è necessariamente attenuata laddove, come nella specie, la procedura comparativa sia aperta alla partecipazione dei soli soggetti istituzionalmente non perseguiti lo scopo di lucro, con la conseguente sterilizzazione del confronto concorrenziale sull'offerta economica, rispondente a soli criteri di rimborso dei costi sostenuti”.

Muovendo dunque dalla consapevolezza che non è possibile ridurre la gratuità alla non lucratività, si impone la necessità di supportare tali enti, da un punto di vista economico, anche nella fase patologica del rapporto: così, in primo luogo, potrebbe tenersi conto, nella quantificazione dell'indennizzo, della voce relativa al mancato guadagno.

In secondo luogo, in sede di stipula della convenzione, potrebbe essere introdotta una clausola che disciplini il prezzo del recesso: costo che andrebbe a sostituirsi all'indennizzo. In questo modo, si riuscirebbe a rispettare il dettato normativo sotto un duplice aspetto, dal momento che, da un lato, di certo, si rispetterebbe l'obbligo di versare un indennizzo a favore del privato; dall'altro lato, si potrebbero applicare i principi previsti in materia di obbligazioni e contratti, valutando una clausola di recesso in sede di stipulazione dell'accordo. Con questa si dovrà fare particolare attenzione alla circostanza per cui il bene che viene sacrificato, con lo scioglimento del vincolo, non è un interesse particolare e personale del privato, ma una finalità comune all'intera collettività<sup>46</sup>.

Maggiormente problematica potrebbe rivelarsi l'ipotesi in cui le parti nulla concordano in sede di conclusione della convenzione. In tale caso, la valorizzazione del paradigma della condivisione delle scelte amministrative tra ETS e soggetto pubblico, in sede di eventuale ricorso avente ad oggetto l'ammontare dell'indennizzo, è affidata al giudice, il quale, nel valutare il pregiudizio subito dall'ente privato, dovrà considerare l'ente medesimo come portatore di un interesse, non soltanto proprio, ma dell'intera collettività e, dunque dovrà optare per la condanna, della p.a., al pagamento di una somma maggiore (rispetto a quella che sarebbe individuata davanti al sacrificio di un interesse egoistico del privato).

Alla luce di ciò il piano dell'analisi si deve dunque spostare sui possibili criteri utilizzabili dal giudice, al fine di quantificare l'indennizzo e, in particolare, la maggior somma spettante per diversificare quanto dovuto in caso di amministrazione condivisa.

Assodato che, a parere della dottrina maggioritaria, deve essere considerato anche il mancato guadagno nel calcolare la somma spettante all'ente, la questione ruota attorno alle regole di cui il giudice deve tenere conto e, non essendo presente alcun indice normativo specifico<sup>47</sup>, sembra opportuno interrogarsi sulla possibilità di applicare, in via analogica, regole contenute in altri luoghi dell'ordinamento.

---

<sup>46</sup> G. PASTORI, *Pubblico e privato nei settori sociali*, in E. BALBONI, B. BARONI, A. MATTIONI, G. PASTORI, *Tendenze recenti della pubblica amministrazione italiana*, in *Annuario Aida 2009*, Milano, 2010, p. 361: «Tradizionalmente in passato si è soprattutto guardato alla contrapposizione tra governo e società, considerando che il privato fosse eminentemente rivolto alla cura dell'interesse particolare e della convenienza economica personale. È noto, invece, che vi sono altre tradizioni culturali e civili ispirate all'idea di libertà sociale, quindi di una libertà-responsabilità, nell'esercizio della quale il privato si fa carico delle finalità comuni».

<sup>47</sup> A meno che non si voglia sposare la tesi, minoritaria, secondo la quale devono essere applicati direttamente i criteri di cui all'art. 21 *quinques*.

Il quesito non può trovare risposta senza, prima, qualificare la fattispecie in analisi: è possibile affermare che si tratti di un'ipotesi di *atto lecito dannoso*<sup>48</sup> dal momento che, da un lato, lo scioglimento del vincolo da parte dell'amministrazione è senz'altro lecito essendo espressamente previsto dall'art. 11 L. 241/90, ma, dall'altro lato, l'ETS subisce un danno derivante dalla lesione del suo interesse positivo a portare avanti un accordo nel quale ha investito tempo e risorse. Inoltre, è la stessa legge che prevede a favore di quest'ultimo e a carico dell'amministrazione un'indennità che ristori il privato<sup>49</sup>.

Sulla scorta di tale qualificazione, in primo luogo, escluso il ricorso all'art. 1223 c.c.<sup>50</sup>, si potrebbe considerare il criterio dell'equità come bussola per il giudice nel quantificare l'indennizzo: d'altra parte, l'art. 1226 c.c. si presenta come clausola generale e pertanto applicabile a tutti quei casi in cui il danno non può essere provato «nel suo preciso ammontare»<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> Cfr. C. BONAURO, *Responsabilità da atto lecito dannoso*, in P. CENDON (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 2012, 560; G. TUCCI, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, cit., pp. 229-231.

<sup>49</sup> Con questo non vuole dirsi che la categoria degli atti leciti dannosi corrisponda alle ipotesi in cui il legislatore preveda un indennizzo. In merito, C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei "danni punitivi"*, Padova, 2019, pp. 106-108. Con altrettanta prudenza, R. SCOGNAMIGLIO, voce *Indennità*, in Enc. dir., Milano, 1971, XXI, p. 594; G. TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, cit., p. 149 ss., il quale sottolinea coerentemente che «l'argomento terminologico non prova niente ai fini della individuazione della natura giuridica del fatto che genera l'indennità, dato che l'uso di tale termine non è ispirato da un concetto tecnico avente carattere ben definito». Così, anche C. BONAURO, *Responsabilità da atto lecito dannoso*, cit., p. 8, che definisce questo atteggiamento del legislatore in grado di aumentare i profili di «confusione, disorientamento, sconcerto ed allarme semantico». Si veda anche M. FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, II ed., Milano, 2010, p. 1251. *Contra*, A. MOLARI, *Profili dello stato di necessità*, Padova, 1964, p. 154, secondo il quale il nostro ordinamento «mostra di far uso del termine indennità con piena consapevolezza di rigore tecnico [...]».

<sup>50</sup> C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei "danni punitivi"*, cit., p. 113 ss.

<sup>51</sup> Si veda, in merito, Cass. 21 aprile 2021, n. 10579, in N. giur. civ. comm., 2021, I, p. 798 secondo cui: «Quale fattispecie, l'art. 1226 richiede sia che risulti obiettivamente impossibile, o particolarmente difficile, la prova del danno nel suo ammontare, sia che risulti assolto l'onere della parte di dimostrare la sussistenza e l'entità materiale del danno medesimo. Quale clausola generale, l'art. 1226 definisce il contenuto del potere del giudice nei termini di «valutazione equitativa». Per un'articolata (e recente) ricostruzione sulla valutazione equitativa del danno, v., però, F. MEZZANOTTE, *La valutazione equitativa del danno*, Torino, 2022, p. 15 ss.

*Prima facie*, si potrebbe pensare che, nella quantificazione dell'indennizzo, l'ipotesi in analisi possa essere assimilata all'art. 2047 comma 2 c.c. il quale prevede, a fronte del fatto compiuto dall'incapace, un'indennità valutata, dal giudice, sulla base del criterio dell'equità: la similitudine si coglierebbe nel fatto che, come l'amministrazione, anche l'incapace non può essere ritenuto responsabile del danno cagionato; perciò, si giustificerebbe la previsione di un'indennità e, conseguentemente, il criterio imposto al giudice, per quantificare il danno causato all'ETS e per valorizzare il bene collettivo sacrificato, sarebbe quello dell'equità. Secondo M. COMPORTI (*Fatti illeciti: le responsabilità presunte, Artt. 2044-2048*, in F.D. BUSNELLI (a cura di), *Il codice civile, commentario*, Milano, 2012, 202), infatti, «la norma di cui al 2° comma dell'art. 2047 [...] sembra determinata dal principio equitativo di voler far ottenere comunque, ed indipendentemente dalle regole di diritto, una certa riparazione al danneggiato: in virtù dell'equità richiamata espressamente sia dalla norma, che dalla Relazione al codice». Lo stesso Autore (ID., *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Napoli, 2014, 236 ss.) – nel rievocare il pensiero, tra gli altri, di P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, p. 94 – rinviene il fondamento dell'art. 2047 c.c. (così come dell'art. 2045 c.c.) nell'equità: questa «introduce infatti in queste fattispecie una vera e propria deviazione dai principi generali, sia perché viene stabilita la possibilità di indennizzo senza che a rigore ricorrano i presupposti dell'obbligazione risarcitoria, sia perché tale riparazione non è totale, come nel caso del vero e proprio risarcimento, ma viene determinata in via equitativa dal giudice». Quest'ipotesi ricostruttiva presenta, però, criticità che ne impediscono l'assimilazione con la fattispecie dell'art. 2047 c.c. In particolare, se, da un lato, è vero che l'incapace non può essere ritenuto responsabile, tanto quanto l'amministrazione pubblica; non è men vero che il motivo per cui è assente tale responsabilità non riguarda la liceità del fatto. Più chiaramente, il fatto dell'incapace rimane illecito,

L'impostazione ora descritta potrebbe essere sottoposta ad una critica attinente alla presenza del soggetto pubblico all'interno della fattispecie in analisi. Infatti, consentire al giudice di rideterminare l'ammontare dell'indennizzo, stabilito dall'amministrazione, e di soppesare l'importanza dell'interesse – collettivo – sacrificato (con l'atto di scioglimento del vincolo) espone al rischio che il giudice stesso invada le prerogative dell'amministrazione pubblica, con grave pregiudizio del principio di separazione dei poteri<sup>52</sup>. Invero, a tale critica può essere mossa una duplice osservazione: la prima attiene al dato letterale dell'art. 133, lett. a), n. 2 c.p.a., laddove espressamente si prevede la giurisdizione del giudice amministrativo (in via esclusiva) per tutto ciò che attiene alla “formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo”. Alla luce di ciò, non si vede perché il giudice non debba potersi interessare della quantificazione dell'indennizzo offerto al privato.

In secondo luogo, nonostante si ritenga fondamentale tutelare il principio di separazione dei poteri e dunque mantenere ben distinta l'opera del giudice dal merito amministrativo, la fattispecie che ci occupa vede un'amministrazione che, come più volte accennato, non riveste una posizione di monopolio di cura dell'interesse pubblico, bensì condivide l'individuazione, la progettazione e l'attuazione di taluni progetti (utili alla collettività) con altri soggetti, cedendo parte delle proprie competenze. Tale considerazione consentirebbe di immaginare un ruolo più incisivo del giudice, in materia di quantificazione dell'indennizzo.

Infine, sempre nell'ottica di fornire al giudice criteri all'interno dei quali muoversi nella sua valutazione, non può farsi a meno di guardare alle ipotesi, presenti nel codice, in cui una delle parti decida di sciogliere il vincolo contrattuale in via unilaterale.

Un esempio può cogliersi nell'art. 1671 c.c. il quale prevede, in merito al recesso unilaterale dal contratto di appalto, che il recedente mantenga indenne controparte “delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno”<sup>53</sup>.

---

ma lo stesso non viene punito, perché mancano gli altri criteri di individuazione della responsabilità, primo fra tutti, l'imputabilità del soggetto incapace. Dunque, non si è in presenza di un atto lecito dannoso.

<sup>52</sup> C. BONAURO, *Responsabilità da atto lecito dannoso*, cit., p. 634: «equità voleva dire comparare gli interessi dell'Amministrazione revocante [o recedente] con quelli del privato revocato e, poi, cercare un punto di equilibrio. Risolvendosi tale giudizio in una comparazione di interessi pubblici e privati, erano chiare, dunque, le connessioni con un'indagine sul merito amministrativo».

<sup>53</sup> A parere di molti, tale ipotesi è ritenuta una fattispecie di atto lecito dannoso. Si veda, in merito M.A. MAZZOLA, *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*, in P. CENDON (a cura di), *Il diritto privato oggi*, Milano, 2007, p. 255. Secondo l'A., nella quantificazione dell'indennizzo, deve tenersi conto, non solo del danno emergente ma anche del lucro cessante. Inoltre, ad avviso dello stesso, sarebbe applicabili i normali principi e, in particolare, la possibilità di una valutazione equitativa. A parere di diversa ricostruzione, l'ipotesi integrerebbe una fattispecie risarcitoria G. TUCCI, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, cit., p. 242, ne sancisce la natura pacificamente risarcitoria; così, anche G. BELLÌ, *L'atto lecito dannoso: un comune illecito aquiliano o una speciale forma di responsabilità?*, in *Resp. civ.*, 2012, p. 67. In giurisprudenza v. la recente Cass. 8 gennaio 2003, n. 77, in *Giust. civ. mass.*, 2003, p. 22, la quale – in continuità con l'indirizzo inaugurato da Cass. 17 novembre 1980, n. 6132, in *Giust. civ. mass.*, 1980 – ha ribadito «la natura risarcitoria del detto indennizzo, in considerazione del significato etimologico - lessicale dell'espressione 'tenga indenne', ed applicando il principio per il quale al danneggiato incolpevole vanno risarciti anche i danni derivanti dalle altrui attività lecite». In F. CARROCCIA,



Ulteriore esempio può essere rappresentato dal diritto di recesso dai contratti pubblici di cui all'art. 123 del Nuovo Codice degli appalti. In merito, è vero che l'art. 6 del Nuovo Codice degli appalti esclude dal suo ambito di applicazione gli istituti di cui al titolo VII del CTS, però per comprendere correttamente tale esclusione ci si deve interrogare sulla sua *ratio*. La ragione giuridica della limitazione del raggio applicativo del Nuovo codice degli appalti risiede nella scelta del legislatore di sottrarre gli ETS al circuito concorrenziale e alle regole della gara pubblica. Questo non vuol dire però che non si possa guardare alle regole che presiedono – non alla conclusione del contratto tramite gara pubblica, ma – all'esecuzione del contratto, dal momento che in tale fase riprendono vigore i canoni paritari. A tal proposito, l'art. 123 dispone che “la stazione appaltante può recedere dal contratto in qualunque momento purché tenga indenne l'appaltatore mediante pagamento dei lavori eseguiti o delle prestazioni relative ai servizi e alle forniture eseguiti nonché del valore dei materiali utili esistenti in cantiere nel caso di lavori o in magazzino nel caso di forniture, oltre al decimo dell'importo delle opere, dei servizi o delle forniture non eseguite calcolate secondo quanto previsto nell'allegato 11.14.”.

La norma da ultimo citata ben potrebbe adattarsi alla fattispecie in analisi dal momento che considera, sebbene in termini percentuali, anche l'importo che l'ente avrebbe guadagnato se le opere, i servizi e le forniture fossero state eseguite. Anche in quest'ottica, rimane, però, il dubbio circa l'opportunità di servirsi di schemi che richiamano un modello di amministrazione diverso da quello contemplato dal titolo VII del CTS: in proposito, si pensi alla circostanza per cui lo stesso art. 123 sopra citato non stabilisce limiti temporali, né causali, alla possibilità di recesso dal contratto da parte dell'amministrazione pubblica. Le perplessità sopra rappresentate conducono a soffermarsi su parametri differenti che consentano al giudice di orientarsi nello stabilire, secondo equità, quale possa essere il *quantum* di indennizzo idoneo a valorizzare la prospettiva di amministrazione condivisa.

---

*Libro IV – Titolo III: Dei singoli contratti, in Commentario del codice civile*, diretto da E. GABRIELLI, a cura di D. VALENTINO, Milano, 2011, 1671, l'art. 1671 c.c. configurerebbe una fattispecie di atto lecito che dà luogo al risarcimento del danno. È, altresì, opportuno notare che la norma in parola è riconducibile al paradigma della *locatio operis* (insieme agli artt. 1685, 2227, 2237 c.c.) all'interno del quale è previsto un recesso discrezionale, per così dire, asimmetrico, dal momento che è legittimato a recedere solo il committente. Tale caratteristica si presenta come ipotesi eccezionale rispetto al valore del vincolo contrattuale e, per tale ragione, la dottrina si è a lungo interrogata sulle ragioni che giustificano tale previsione. In merito, si veda, per tutti, M. DELLACASA, *Adempimento e risarcimento nei contratti di scambio*, cit., 54 ss. Ad avviso dell'A. la previsione del diritto di recesso riposa su un fondamento oggettivo. In particolare, in questi particolari tipi contrattuali, la previsione dello *ius poenitendi* risponderebbe «all'esigenza di evitare che l'attuazione coattiva del programma contrattuale si traduca in uno spreco di risorse». Più nello specifico «il contraente pentito è legittimato a sciogliere il contratto solo quando precludendo alla controparte di portare a termine la prestazione è possibile evitare uno spreco di risorse». In quest'ottica, la previsione legislativa non risponde «a un orientamento legislativo di favore per una delle parti, alla connotazione fiduciaria del rapporto o alla preminenza dell'interesse del contraente legittimato, ma soddisfa obiettive esigenze di razionalità economica». In conseguenza di ciò, «il recesso discrezionale non è invece previsto allorché – secondo una valutazione compiuta 'in astratto' dal legislatore – interrompendo la prestazione non è possibile limitare sensibilmente i costi di esecuzione».

Ancora una volta, vale la pena sottolineare la necessità di bilanciare due interessi, per alcuni versi, contrapposti: da un lato, la facoltà della pubblica amministrazione di abbandonare lecitamente il vincolo convenzionale, dall'altro lato, la presenza di un interesse della collettività di cui l'ETS si fa portatore e il cui soddisfacimento merita di essere incoraggiato (non foss'altro che per la natura dell'interesse medesimo).

In tal senso va osservato che, per quanto sia acclarata la liceità dello scioglimento del vincolo convenzionale da parte della P.A., la finalità sostanziale della stessa è quella di tutelare l'interesse generale garantito mediante l'istituto della convenzione. Per cui, ove dovessero sopraggiungere fondati motivi che inducano allo scioglimento di tale vincolo, la P.A. dovrebbe considerare le ricadute negative in termini di tutela dell'interesse generale che tale scioglimento comporterebbe, ponendosi, per così dire, in un'ottica dualistica, stante l'obbligo, ad essa spettante, di tutelare l'interesse generale sia in ordine alla necessità di sciogliere la convenzione, sia per quel che concerne la tutela dell'interesse generale connesso al servizio offerto per il tramite dell'ETS.

Essendo marginale ai fini della presente trattazione il primo aspetto, occorre ipotizzare concrete modalità di tutela dell'interesse generale – non certo egoistico – di cui l'ETS è esponente. Sempre con le lenti di una valorizzazione del paradigma condiviso, tali modalità non possono che sostanziarsi nella quantificazione di adeguata contropartita ad integrazione di quanto già spettante, laddove si trattasse di amministrazione consensuale. Occorre, insomma, considerare una somma ulteriore, in termini di indennizzo, che, sia pur non potendosi caratterizzare come risarcimento del danno, abbia d'altro canto adeguata consistenza, se non altro per evitare effetti perversi derivanti dalla perdita di interesse da parte di enti privati a stipulare convenzioni con la P.A. Contestualmente, occorrerebbe definire ragionevoli criteri di quantificazione dell'indennizzo. In tal senso, una possibilità potrebbe essere quella di prevedere una sorta di ultrattività sul piano obbligatorio della convenzione: la valutazione equitativa del giudice dovrebbe, cioè, orientarsi tenendo conto dell'arco temporale entro cui la convenzione avrebbe dovuto restare in vigore. Si renderebbe, dunque, opportuno definire il limite temporale corrispondente all'indennizzo, onde evitare sbilanciamenti in favore dei privati<sup>54</sup>.

A questo proposito, la somma corrisposta all'ente non potrebbe certo coprire l'intero danno sofferto dallo stesso, fino allo scadere naturale della convenzione: si rischierebbe altrimenti di cadere in un'ipotesi risarcitoria vera e propria, con funzione compensativa.

---

<sup>54</sup> A titolo esemplificativo, se la convenzione fosse stata stipulata per un arco temporale di dieci anni e l'amministrazione avesse optato per il suo scioglimento allo scadere del quinto anno, la valutazione dell'indennizzo dovrebbe essere differente dal caso in cui, invece, il soggetto pubblico abbia deciso di sciogliere il vincolo allo scadere dell'ottavo anno. Nel secondo caso, infatti, il danno provocato all'ETS e, per suo tramite, all'interesse generale di cui è portatore, sarebbe, certamente, inferiore.



Conseguentemente, potrebbe considerarsi opportuno valutare, ai fini della quantificazione dell'indennizzo ulteriore, il tempo restante dal momento della deliberazione della revoca della convenzione fino al momento della sua naturale scadenza, definendo proporzionalmente, il *quantum* da corrispondere all'ETS.

In ogni caso, al di là della definizione di specifici criteri di indennizzo ed in considerazione dell'ampia diffusione che ha avuto in anni recenti il paradigma dell'amministrazione condivisa ai fini della gestione di servizi di pubblico interesse, appare indispensabile la ricerca di soluzioni normative (*de jure condendo*) che garantiscano un'equa contropartita in caso di scioglimento delle convenzioni da parte dell'amministrazione pubblica.

Infine, resterebbe ferma, sia al fine di ridurre eventuale contenzioso, sia al fine di estendere le basi del concetto di cooperazione connesso all'istituto dell'amministrazione condivisa, l'opportunità di concordare, tra le parti, *ex ante*, clausole da applicarsi in caso di dissolvimento del rapporto.