

L'obbligo di rinegoziazione degli accordi amministrativi. Due modelli a confronto

Sofia Grandolini

SOMMARIO: 1. L'emergenza pandemica. Soluzioni possibili agli squilibri contrattuali. – 2. L'obbligo di rinegoziazione come applicazione congiunta dei principi di buona fede oggettiva e di conservazione del contratto. – 3. La possibile estensione dell'obbligo di rinegoziazione agli accordi amministrativi. – 4. I patti di collaborazione. La rinegoziazione informale. – 5. Gli accordi contrattuali in campo sanitario. L'obbligo di rinegoziazione di origine legale. – 6. Conclusioni.

1. *L'emergenza pandemica. Soluzioni possibili agli squilibri contrattuali*

L'emergenza pandemica che ci ha travolti lascia dietro di sé un'economia rivoluzionata e da riorganizzare su fondamenta nuove. Il diritto è uno degli strumenti che consentiranno di dare forma a un rinnovato approccio ai rapporti economici.

Hanno subito le ripercussioni della pandemia e delle misure adottate per farvi fronte quei negozi sinallagmatici in cui una delle due obbligazioni, o entrambe, sono divenute finanziariamente non sostenibili o materialmente irrealizzabili¹. Per far fronte a questa evenienza si è soliti fare ricorso alla risoluzione del contratto, ma una soluzione demolitoria dei rapporti in essere, soprattutto con riguardo a quelli a esecuzione non istantanea, potrebbe vulnerare gravemente il tessuto socio-economico del Paese. Per queste ragioni è di grande attualità il tema della rinegoziazione dei contratti di durata. Infatti, le riflessioni dottrinali e giuri-

¹ Dalla relazione ISTAT del 15 giugno 2021, Situazione e prospettive delle imprese nell'emergenza sanitaria Covid-19, emerge che «[o]ltre la metà delle imprese (37,8% di occupati) prevede una mancanza di liquidità per far fronte alle spese che si presenteranno fino alla fine del 2020. Il 38,0% (con il 27,1% di occupati) segnala rischi operativi e di sostenibilità della propria attività e il 42,8% ha richiesto il sostegno per liquidità e credito (DL 18/2020 e DL 23/2020). Riorganizzazione di spazi e processi (23,2% delle imprese) e modifica o ampliamento dei metodi di fornitura dei prodotti/servizi (13,6%) le principali opzioni adottate per far fronte alla crisi».

sprudenziali sul punto² hanno ricevuto nuova linfa dall'improvvisa comparsa del Covid-19, che rappresenta la sopravvenienza per eccellenza.

A lungo si è discusso circa la portata del principio *rebus sic stantibus*³, come fondamento della possibilità di imporre ai contraenti un dovere di rivedere convenzionalmente le proprie posizioni negoziali al mutare delle condizioni di fatto. Un terremoto giuridico così profondo e inaspettato come quello vissuto a partire dai primi mesi del 2020 pone in primo piano il bisogno di conservazione e, contemporaneamente, di riequilibrio dei rapporti contrattuali.

Invero, gli eventi, hanno fatto spesso ricadere soltanto su una delle due parti del contratto il peso dell'emergenza, aggravandone enormemente l'obbligo di adempimento. Da ciò, e dalla necessità di non eliminare dal mondo giuridico tutti quei rapporti che, anche quando squilibrati, costituiscono il motore della ripartenza, nasce l'esigenza di adeguare le conseguenze delle sopravvenienze al nuovo quadro fattuale.

Tale riflessione genuinamente civilistica sul tema può estendersi altresì all'attività di natura consensuale della pubblica amministrazione e, in particolare, anche agli accordi amministrativi, dato che essi mutuano la propria disciplina dai principi di diritto civile, in quanto compatibili⁴.

² *Ex multis*, R. Sacco, in R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, Torino, 2016, 1708; F. Gambino, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004; G. Sicchiero, *La rinegoziazione*, in *Contratto e impresa*, 2002, 774; F. Macario, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 63; Id., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, 21, il quale osserva che «il problema della gestione del rischio contrattuale e, più precisamente, dell'individuazione dei criteri della sua distribuzione fra le parti è sempre quello più spinoso» e si interroga dunque sulla modificabilità del contratto di durata e sulle modalità per le parti e per il giudice di realizzare tale risultato.

³ Sul tema, tra gli altri, R. Grisafi, *Soprapvenienze, squilibri contrattuali e ruolo della presupposizione*, Milano, 2016, 168, osserva che la clausola *rebus sic stantibus* è «portatrice di una naturale equità» e ricostruisce la sua origine nelle opere filosofiche di Tommaso d'Aquino, quale temperamento alla rigidità degli impegni assunti; G. Villanacci, *Interessi e sopravvenienze contrattuali*, in *Pers. merc.*, 2015, 3, 59; E. Gabrielli, *Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2013; E. Al Mureden, *Le sopravvenienze contrattuali tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*, Padova, 2004; P. Gallo, *Soprapvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992; T. Galletto, *Clausola rebus sic stantibus* (voce), in *Dig. IV, Disc. priv. – Sez. civ.*, 2, Torino, 1988, 383; G. Osti, *Appunti per una teoria della sopravvenienza*, in *Riv. dir. civ.*, 1913, 495; Id., *La così detta clausola «rebus sic stantibus» nel suo sviluppo storico*, in *Riv. dir. civ.*, 1912.

⁴ Alcuni autori hanno riflettuto sul tema della compatibilità, in relazione all'ingresso dei principi di diritto civile nella disciplina degli accordi amministrativi: *ex multis*, G. Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, 101, osserva che l'art. 11 della l. n. 241/1990 contiene un rinvio «pilatesco», in quanto la legge non chiarisce quale sia il punto di riferimento della compatibilità; Id., *Il regime degli accordi pubblicistici*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa, Atti del XLVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 2002, 161; E. Bruti Liberati, *Accordi pubblici* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 2001, 19, oltre a *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, 1996 e altresì G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984. Sul tema di recente, cfr. M. Ramajoli, *Gli accordi tra amministrazione e privati ovvero della costruzione di una disciplina tipizzata*, in *Dir. amm.*, 2019, 4, 684, ove si coglie come conseguenza della clausola di compatibilità il fatto che la disciplina dell'istituto è stata modellata dal legislatore, prima, e dal giudice amministrativo, poi, attraverso la mescolanza tra diritto pubblico e diritto privato.

L'amministrazione ricopre nella maggior parte dei casi il ruolo di contraente forte all'interno dei negozi che conclude, in ragione degli strumenti di natura pubblicistica di cui dispone durante l'esecuzione degli accordi. In quale misura le recenti posizioni circa gli obblighi di rinegoziazione dei contratti squilibrati possono trovare applicazione agli accordi amministrativi?

Il Covid-19 è un banco di prova per testare in che modo i principi in tema di sopravvenienze, come declinati nell'attualità, siano compatibili con l'assetto degli accordi amministrativi. Per realizzare tale verifica si prenderanno in esame, in particolare, due peculiari tipologie di accordo: gli accordi contrattuali necessari a svolgere prestazioni sanitarie a carico del SSN e i patti di collaborazione.

2. *L'obbligo di rinegoziazione come applicazione congiunta dei principi di buona fede oggettiva e di conservazione del contratto*

Attualmente il codice civile dedica alle sopravvenienze *in executivis* gli artt. 1463 e 1467, che contemplano due ipotesi di possibile risoluzione del contratto a fronte di un mutamento della realtà tale da rendere impossibile o eccessivamente oneroso l'adempimento del contratto, come originariamente determinato.

L'art. 1467, comma 3, c.c. apre la strada, inoltre, a un'«equa modificazione delle condizioni», che costituisce una facoltà della parte a cui viene domandata la risoluzione. Si tratterebbe di un rimedio secondario ed eventuale offerto dal legislatore al fine di conservare il vincolo negoziale squilibrato⁵. La proposta di rinegoziazione è, inoltre, proponibile dalla parte avvantaggiata dallo squilibrio e dunque quella che, teoricamente, avrebbe meno interesse alla modifica delle condizioni contrattuali originarie⁶.

Nei casi previsti dall'art. 1467 c.c. ci troviamo di fronte a un avvenimento «straordinario e imprevedibile» che stravolge la proporzione tra una prestazione e l'altra e che rende almeno una delle due prestazioni economicamente insostenibile e, dunque, soggettivamente, di impossibile adempimento⁷.

⁵ La norma di cui all'art. 1467 c.c. è stata presentata nella Relazione al Re del Ministro Guardasigilli al Codice Civile come mezzo attraverso il quale «si introduce in modo espresso e in via generale il principio dell'implicita soggezione dei contratti con prestazioni corrispettive alla clausola *rebus sic stantibus*».

⁶ Sulla questione se l'art. 1467 c.c. introduca esclusivamente un rimedio risolutorio al rapporto squilibrato o se sia fonte di un vero e proprio diritto alla rinegoziazione riflette A. Riccio, *Eccessiva onerosità*, in F. Galgano (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna, 2010, 23.

⁷ Sul punto, A. Gentili, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, in *Giustiziacivile.com*, 2020 e U. Salanitro, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, in *Giustiziacivile.com*, 2020, ritengono che, a fronte delle caratteristiche dell'emergenza in corso, il rimedio offerto dal codice civile per l'eccessiva onerosità sopravvenuta non sia il più appropriato.

Questa parziale apertura del legislatore alla tutela del contraente svantaggiato soffre però il contrasto con due principi fondamentali del nostro ordinamento: il principio di conservazione del contratto e il principio di buona fede.

Sarebbe infatti possibile applicare al caso di una sopravvenienza inattesa e sconvolgente il principio di buona fede oggettiva e richiedere alla parte divenuta “più forte” all’interno del negozio di andare incontro alle esigenze di controparte e di verificare la possibilità di modificare l’accordo “come se” avesse avuto conoscenza degli eventi inaspettatamente sopraggiunti già al momento dell’originaria stipulazione del contratto.

L’obbligo di riaprire le negoziazioni non trascenderebbe nell’obbligo a stipulare la revisione del contratto, in quanto la buona fede contrattuale non può travalicare i confini della correttezza reciproca e recare, come contropartita, uno svantaggio alla parte inizialmente avvantaggiata al solo fine perequativo.

Se l’obbligo di rinegoziare si tramutasse in un obbligo alla stipula della revisione del contratto ne risulterebbe d’altronde lesa anche la libertà contrattuale delle parti e la tutela del contraente svantaggiato lascerebbe il posto a una insensata compressione delle facoltà di controparte. La rinegoziazione richiede, però, che il soggetto avvantaggiato sia tenuto, da un lato, a non sottrarsi alle negoziazioni e, dall’altro, a contrattare con correttezza e lealtà e non soltanto attraverso una trattativa “di facciata”. Ciò che è necessario garantire alla parte indebolita dalla sopravvenienza è che, seguendo il dettato dell’art. 1371 c.c., la rimodulazione delle prestazioni avvenga secondo il criterio dell’«equo contemperamento degli interessi delle parti»⁸.

È innegabile che questa propensione a intendere la buona fede nell’esecuzione del contratto in maniera funzionale al principio di conservazione tenga conto anche di aspetti socio-economici, che travalicano la sola interpretazione giuridica. L’adesione a questa teoria è, tra l’altro, espressione della logica anglosassone dello “*sharing and cooperation*”, che, applicata ai contratti di durata, costituisce il superamento della logica egoistica dell’“*advantage taking*”⁹.

D’altra parte, anche l’applicazione dogmatica e letterale della disciplina civilistica sul punto porterebbe a frustrare l’autonomia privata, fornendo ai contraenti un’unica via d’uscita, per di più demolitoria, allo squilibrio del contratto.

⁸ In questo senso anche A.A. Dolmetta, *Il problema della rinegoziazione (ai tempi del coronavirus)*, *Giustiziavivile.com*, 2020. Se non fosse così la «rinegoziazione dell’emergenza sanitaria somigli[erebbe] a qualsiasi negoziazione, in cui vince il più forte», dice D. Maffei in *Problemi dei contratti nell’emergenza epidemiologica da Covid-19*, in *Giustiziavivile.com*, 2020.

⁹ Cfr. F. Macario, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giustizia Civile Riv. Trim.*, 2014, 3, 827, ove si adotta una prospettiva caratterizzata da un approccio socio-economico ai problemi giuridici per corroborare l’ipotesi di rinegoziazione del contratto di durata, facendo leva sull’art. 1366 c.c..

Facendo leva proprio sulla c.d. buona fede integrativa¹⁰, in passato, la giurisprudenza di merito, nella definizione di controversie civilistiche, ad esempio in tema di contratti di locazione e di contratti di mutuo, è giunta alla conclusione della sussistenza di un vero e proprio obbligo, derivante dalla clausola generale di buona fede e correttezza, di ricontrattare le condizioni economiche del negozio¹¹.

È in questo senso che la Cassazione, tramite la relazione n. 56 dell'8 luglio 2020 ha aperto alla possibilità di imporre un obbligo di rinegoziazione del contratto a fronte di un disequilibrio tra le prestazioni determinato da eventi occorsi in un momento successivo alla stipulazione, ritenendo «la rinegoziazione [...] un passaggio obbligato, che serve a conservare il piano di costi e ricavi originariamente pattuito, con la conseguenza che chi si sottrae all'obbligo di ripristinarlo commette una grave violazione del regolamento contrattuale». La conseguenza della violazione dell'obbligo di rinegoziazione sarebbe, stando alle parole della Suprema Corte, l'inadempimento contrattuale, che consente, ai sensi dell'art. 1453 c.c., al contraente debole, che abbia inutilmente richiesto la revisione dell'accordo, di scegliere tra la richiesta di adempimento e la risoluzione del contratto.

Anche i giudici di merito hanno applicato tale orientamento nelle loro più recenti pronunce. Per esempio, il Tribunale civile di Roma, il 27 agosto 2020, ha adottato un'ordinanza dalla quale si evince che «qualora si ravvisi una sopravvenienza nel sostrato fattuale e giuridico che costituisce il presupposto della convenzione negoziale, quale quella determinata dalla pandemia del Covid-19, la parte che riceverebbe uno svantaggio dal protrarsi della esecuzione del contratto alle stesse condizioni pattuite inizialmente deve poter avere la possibilità di rinegoziarne il contenuto, in base al dovere generale di buona fede oggettiva (o correttezza) nella fase esecutiva del contratto (art. 1375 c.c.)»¹².

Tale principio ha applicazione esclusivamente in caso di rapporti di durata e costituisce l'altro lato della medaglia del principio *rebus sic stantibus*, che impo-

¹⁰ Il nostro ordinamento conosce due forme di buona fede oggettiva: integrativa (art. 1375 c.c.) e valutativa (art. 1460, comma 2, c.c.).

¹¹ Sull'obbligo di rinegoziazione del contratto, in base alle clausole di equità e buona fede, già C. Castrovino, S. Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo*, 2, Milano, 2007, 531. Nel primo caso si tratterebbe di un'integrazione del contratto secondo una *ratio* equitativa; nel secondo caso si immagina la contemporanea sussistenza del diritto della parte avvantaggiata alla prosecuzione del rapporto e di un obbligo a trattare le nuove condizioni alla parte svantaggiata, in ragione del fatto che la mancata regolazione del rischio, a cui le parti rinunciano nei contratti di durata, in virtù della "natura dell'affare", comporterebbe un obbligo a negoziare in vista del ripristino della corrispondenza del contratto alla realtà nel frattempo mutata.

¹² Ancor più di recente, hanno ritenuto esistente un obbligo di rinegoziazione anche il Tribunale di Roma, sez. VI civ., con sent. n. 9457 del 21 maggio 2021 e il Tribunale di Palermo, sez. II civ., con sent. n. 2435 del 9 giugno 2021. In senso contrario invece il Tribunale di Roma, sez. VI civ., sent. 15 gennaio 2021, che ritiene che «non sussist[a], nel nostro ordinamento, un obbligo di rinegoziazione dei contratti divenuti svantaggiosi per taluna delle parti, ancorché in conseguenza di eventi eccezionali e imprevedibili, né un potere del giudice di modificare i regolamenti contrattuali concordati dalle parti nell'esercizio della loro autonomia contrattuale, al di là delle ipotesi espressamente previste dalla legge».

ne ai contraenti di rispettare gli impegni presi sino a quando rimangono immutate le condizioni e i presupposti di fatto sussistenti al momento della stipula del contratto¹³.

Se, dunque, *in executivis* viene ad esistenza una sperequazione tra le posizioni soggettive delle due parti contrattuali, non causata e non prevedibile al momento della stipula del contratto, e non ascrivibile alla normale alea contrattuale, i principi di solidarietà sociale, nella forma della buona fede oggettiva devono andare in soccorso al soggetto che viene pregiudicato dagli eventi¹⁴.

La Suprema Corte, attraverso l'applicazione congiunta di alcuni dei più fondamentali principi del diritto civile, trae la conclusione che, in ossequio al principio di buona fede, sorge tra le parti un obbligo di rinegoziazione del contratto al variare delle condizioni di fatto che hanno portato alla stipulazione dello stesso. Tale obbligo di rinegoziazione viene astrattamente in soccorso di entrambe le parti e consente di conservare l'efficacia del contratto e, quindi, raggiungere gli obiettivi giuridici voluti al momento della stipulazione.

3. *La possibile estensione dell'obbligo di rinegoziazione agli accordi amministrativi*

Il fatto che questo approdo interpretativo sia l'applicazione di principi desumibili dal codice civile e non di uno specifico articolo ci consente di pensare che i medesimi principi possano trovare applicazione anche agli accordi amministrativi sostitutivi e integrativi del provvedimento *ex art.* 11, l. 7 agosto 1990, n. 241¹⁵.

¹³ Per Cass. civ., sez. II, sent. 11 novembre 1986, n. 6584, in *Foro italiano*, 1987, 1, 2177, un rapporto giuridico patrimoniale non può essere mantenuto in essere quando siano venute meno le condizioni di equilibrio sulle quali esso è sorto.

¹⁴ In tal senso, in riferimento ai rapporti concessori, F. Cintioli, *Le conseguenze della pandemia da Covid-19 sulle concessioni di servizi e sull'equilibrio economico e finanziario*, in *Il Diritto dell'economia*, 2020, 3, ritiene che «[i]l concessionario deve assumersi un'alea che corrisponde al rischio operativo. Tuttavia, egli non è tenuto a subire le conseguenze negative dovute ad eventi non prevedibili ed a sé non riconducibili. Quando eventi di questo tipo reagiscono sul rapporto sino a modificare l'equilibrio del piano economico finanziario si «può» far luogo alla sua revisione in modo da rideterminare le condizioni di equilibrio». L'autore, riflettendo sulle norme del codice dei contratti pubblici, prima, e del codice civile, poi, dedicate alle sopravvenienze, conclude per l'esistenza di un «diritto del concessionario ad un ragionevole riequilibrio economico finanziario, mediante adeguate forme di ristoro economico, tra le quali sicuramente si può supporre l'intervento di erogazioni finanziarie e quindi maggiori corrispettivi da parte del concedente», esclusa l'ipotesi della rinegoziazione per via degli obblighi di evidenza pubblica, che non consentono la modifica del contratto in corso d'opera.

¹⁵ Sugli accordi tra amministrazione e privati in generale cfr.: M. Ramajoli, *Gli accordi tra amministrazioni e privati ovvero della costruzione di una disciplina tipizzata*, in *Dir. amm.*, 2019, 4, 674; F. Tigano, *Gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 655; M.C. Romano, *Accordi tra privati e Pubblica Amministrazione nel Procedimento*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 398; G. Greco, *op. cit.*; G. Manfredi, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001; E. Bruti Liberati, *Accordi pubblici, cit.*; Id., *Consenso e funzione nei con-*

A tali accordi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili¹⁶. Sia che si voglia aderire alla corrente in base alla quale l'uso del termine "principi" non è altro che una sineddoche per consentire l'applicazione dell'intera disciplina civilistica¹⁷, se compatibile, sia che, al contrario, si ritenga di voler dare un peso specifico all'espressione "principi" usata dalla norma¹⁸, è possibile ritenere che l'obbligo di rinegoziazione, frutto dell'applicazione congiunta dei principi fondamentali del diritto civile sopra richiamati, sia estensibile anche agli accordi amministrativi.

Per di più è comune che gli accordi amministrativi *ex art. 11* siano negozi di durata e prevedano un'esecuzione continuata nel tempo.

Quanto al rispetto della duplice clausola di compatibilità di cui al comma 2 dell'art. 11 si può ritenere che non vi sia, innanzitutto, una specifica disposizione contraria o speciale rispetto all'obbligo di rinegoziazione, quale effetto dell'applicazione congiunta dei principi di buona fede e di conservazione del contratto.

Invero, l'ordinamento consente all'amministrazione per «sopravvenuti motivi di interesse pubblico» di recedere dall'accordo, previa corresponsione di una somma al privato a titolo di indennizzo. Questa fattispecie ha alla propria base sì delle sopravvenienze, ma sopravvenienze che incidono non sull'equilibrio concreto delle prestazioni oggetto del negozio, bensì sulla sopravvivenza dell'interesse pubblico al risultato dell'accordo. Per questa ragione l'ipotesi di recesso dall'accordo non è sovrapponibile a quella di emersione di sopravvenienze di fatto che squilibrano le posizioni delle parti interne all'accordo e non pregiudica, pertanto, l'estensione dell'obbligo di rinegoziazione agli accordi.

Non ci sono, inoltre, ragioni di incompatibilità all'applicazione del principio di buona fede alla pubblica amministrazione, ma anzi, secondo un ormai consoli-

tratti di diritto pubblico, Milano, 1996; I. Franco, *Strumenti nuovi di tutela: accordi procedurali e tempi del procedimento*, in I. Franco, *Strumenti di tutela del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Padova, 1999; P.L. Portaluri, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, 1998; R. Ferrara, *Gli accordi tra privati e pubblica amministrazione*, Milano, 1985.

¹⁶ La doppia clausola di compatibilità viene interpretata da F. Cintioli, *op. cit.*, 23, come «necessario adattamento che dipende dalla «immanente presenza dell'esercizio di potestà pubbliche» e dalle «finalità di pubblico interesse cui le stesse sono teleologicamente orientate».

¹⁷ Così M. Renna, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2010, 1, 30, ma anche G. Greco, *op. cit.*, 151, che ritiene «che il richiamo dei principi del codice civile non possa ricomprendere tutte le norme generali riferentesi alle obbligazioni e ai contratti», arrivando al risultato di dare applicazione a tutta la disciplina del codice civile, dei titoli II e II del libro IV del codice civile.

¹⁸ Sulla differenza tra "principi" e "norme", G. Alpa, *Il contratto in generale. Fonti, teorie e metodi*, 1, Milano, 2014, 422.

dato indirizzo giurisprudenziale¹⁹ e dottrinale²⁰, la clausola generale di buona fede trova fondamento nel principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 della Costituzione e, dunque, trova necessariamente applicazione all'azione amministrativa²¹.

Non è d'altronde nuovo al diritto amministrativo l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale, in tema di convenzioni urbanistiche, e genericamente di accordi amministrativi, il soggetto pubblico non è in grado di modificare unilateralmente il contenuto dell'accordo il cui esatto adempimento sia divenuto impossibile (o eccessivamente oneroso), ma sussiste un obbligo bilateralmente azionabile di rinegoziazione dell'accordo²².

Sul punto si è espressa in più occasioni la giurisprudenza di merito, che ha ritenuto che «laddove il riequilibrio delle previsioni della convenzione accessoria si renda necessario al fine di assicurare il rispetto delle disposizioni normative sopravvenute, non può avvenire sulla base di un intervento unilaterale e autoritativo dell'Amministrazione, bensì soltanto in esito alla rinegoziazione tra le parti, secondo buona fede, delle prestazioni oggetto delle obbligazioni che non possano più essere adem-

¹⁹ Corte cost., ord. 2 aprile 2014, n. 77, ma anche Cass., ss.uu., sent. 15 novembre 2007, n. 23726, in *Foro italiano* e altre.

²⁰ *Ex multis*, M. Pennasilico, *Interpretazione e integrazione dei contratti nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, in *Rass. Dir. civ.*, 2017, 196; D. Achille, *La funzione ermeneutica della causa concreta del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 48, il quale rileva che non deve essere attribuita alla buona fede una funzione conformativa della libertà negoziale al rispetto del dovere di solidarietà e genericamente di valori, che seppur di rango costituzionale, sono esterni al contratto, ma che il richiamo all'art. 2 della Costituzione deve essere inteso nel senso di introdurre un solidarismo contrattuale che «si traduce nel non alterare il significato che si è fatto credere debba essere attribuito al regolamento contrattuale».

²¹ Cfr. F.G. Scoca, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica amministrazione contrario alla buona fede*, in L. Garofalo (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, *Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, 3, Padova, 2003, 474; E. Casetta, *Buona fede e diritto amministrativo*, in *Dir. Economia*, 2001, 317, ma anche F. Manganaro, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995, 172, il quale rileva che «[i]l dovere di buona fede, inteso come obbligo di non recare danno all'interesse altrui nell'esercizio dei propri diritti, è una regola di comportamento delle parti del rapporto amministrativo, anche quando l'amministrazione esercita un potere discrezionale con mezzi autoritativi». Addirittura, A. Pioggia, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, 2004, 223, ritiene che la buona fede sia «uno dei possibili modi di configurare nel concreto comportamenti rispettosi del buon andamento, dell'imparzialità, della ragionevolezza nell'esercizio del potere». Sulla compatibilità del principio di buona fede con gli accordi amministrativi anche G. Conte, *La formazione del contratto*, Milano, 2018, 200. In giurisprudenza, inoltre, è da ricordare la sentenza Cons. Stato, Ad. plen., sent. 4 maggio 2018, n. 5, in *giustizia-amministrativa.it.*, in cui si legge che «i doveri di correttezza, lealtà e buona fede hanno un ampio campo applicativo, anche rispetto all'attività procedimentalizzata dell'amministrazione, operando pure nei procedimenti non finalizzati alla conclusione di un contratto con un privato».

²² In giurisprudenza T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, sent. 23 giugno 2020, n. 1166; Id., sent. 10 febbraio 2017, n. 346; Id., sent. 26 luglio 2016, n. 1507, in *giustizia-amministrativa.it*. In dottrina A.A. Dolmetta, *op. cit.*, ritiene possa essere un obbligo azionabile tramite l'art. 2932 c.c.; Già F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, 293, rilevava che l'obbligo di rinegoziazione del contratto, ricostruito ex art. 1375 c.c., fosse sanzionabile in forma specifica.

piute nel modo originariamente convenuto»²³. Ben prima, dunque, delle recenti determinazioni della Cassazione, c'erano state delle aperture all'obbligo di rinegoziazione come corollario dell'obbligo di collaborazione in tema di accordi²⁴.

Ciò in quanto l'amministrazione non costituisce una controparte negoziale qualunque, ma è un soggetto nei confronti del quale il privato nutre una particolare fiducia. In altre parole, l'amministrazione, non essendo guidata dall'interesse egoistico proprio delle parti private, ma essendo portatrice di un interesse generale in tutta la sua attività, genera in coloro che vi si interfacciano una legittima aspettativa di buona fede. Non vi è dubbio che si applichi anche all'amministrazione il principio di buona fede in fase precontrattuale, durante la quale, anche nei procedimenti funzionali alla conclusione di un contratto di diritto privato, l'amministrazione rimane guidata dalla cura del pubblico interesse²⁵. Tanto più allora che negli accordi amministrativi, a differenza dei contratti, anche la fase esecutiva è connotata dalla costante presenza dell'interesse pubblico come guida dell'azione dell'amministrazione, non può negarsi il necessario rispetto del canone di buona fede.

Ancor di più questa argomentazione è sostenibile in quanto il legislatore, con l'art. 12 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, ha, proprio di recente, novellato la legge dedicata al procedimento amministrativo disponendo che «i rapporti tra i cittadini e l'amministrazione sono improntati al principio di collaborazione e di buona fede». Questo inciso consente di leggere l'attività amministrativa che coinvolga i privati come un'azione realmente condivisa e di rafforzare la visione di una amministrazione sempre più aperta e attenta agli apporti dei cittadini e ai loro interessi²⁶. Il riverbero del principio di collaborazione rispetto alle sopravvenien-

²³ Così T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, sent. 10 febbraio 2017, n. 346; Id., sent. 26 luglio 2016, n. 1507; Id., sent. 17 marzo 2016, n. 517, in *giustizia-amministrativa.it*.

²⁴ Sul punto, ad esempio, A. Rallo, *Appunti in tema di rinegoziazione degli accordi amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 298. In riferimento specificamente agli accordi ex art. 15, invece, R. Ferrara, *Gli accordi fra le amministrazioni pubbliche*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 788, giunge alla conclusione per cui, per via della posizione di parioridazione delle parti negli accordi tra amministrazioni, l'unico modo per sfuggire agli obblighi dell'accordo in caso di sopravvenienze non possa essere una determinazione unilaterale, ma una «rinegoziazione e ripermetrazione dell'accordo medesimo [...] senza che possano profilarsi soluzioni di tipo autoritativo».

²⁵ L'amministrazione è responsabile delle conseguenze della propria azione, anche quando questa assume natura negoziale. Si veda a riguardo V. Cerulli Irelli, *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2008, 17 e A. Romano, *Introduzione*, in L. Mazaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 1, 21. Con particolare riferimento alla responsabilità precontrattuale, A. Carbone, *Responsabilità precontrattuale della P.A. che non adempie l'obbligazione ex lege di comportarsi secondo buona fede*, in *Danno e resp.*, 2016, 1058; G. Bevivino, *Affidamenti precontrattuali e regole di responsabilità*, Napoli, 2016, 247; E.M. Barbieri, *Appalti pubblici e responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. app.*, 2013, 311; G. Chinè, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione nell'era della risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Foro amm. - Tar*, 2003, 797; G.M. Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000, 198.

²⁶ Interessi dei cittadini che non sono qualitativamente differenti da quelli di cui è portatrice la pubblica amministrazione, ma che, come esaustivamente ricostruito da A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e dirit-*

ze che squilibrano le posizioni delle parti nell'accordo diventerebbe allora proprio l'obbligo di tentare una nuova negoziazione che consenta un più equo equilibrio delle obbligazioni contratte²⁷.

Per verificare se sia concretamente possibile stabilire per le parti un obbligo di rinegoziazione dell'accordo divenuto squilibrato è utile prendere ad esempio due tipologie di accordi molto distanti tra loro, ma che hanno entrambe subito delle ripercussioni dalle conseguenze della pandemia.

Le due tipologie di accordi amministrativi scelti per verificare nel concreto la possibilità di stabilire un obbligo di rinegoziazione sono i patti di collaborazione, cioè accordi che i Comuni concludono insieme ai privati per la gestione condivisa dei beni comuni, e i c.d. "accordi contrattuali" di cui all'art. 8-*quinquies* del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, stipulati dalle Regioni o dalle ASL con privati accreditati (e non)²⁸.

Queste due classi di accordi, così diverse tra loro per oggetto e anche per il procedimento che porta all'incontro di volontà, saranno oggetto di trattazione in ragione del fatto e nella misura in cui entrambi sono stati travolti dalle conseguenze dell'emergenza pandemica da Covid-19.

Per ciò che concerne gli accordi conclusi con soggetti privati per lo svolgimento di attività sanitarie a carico del Servizio Sanitario Nazionale, questi hanno subito conseguenze diverse a causa del Covid-19: infatti se, da un lato, è aumentata vertiginosamente la domanda di alcune prestazioni di natura sanitaria, dall'altro, alcune attività sono state sospese. A causa della scarsità di alcuni presidi sanitari indispensabili, è stato altresì oggetto di fluttuazioni rilevanti anche il prezzo di alcuni strumenti necessari al corretto svolgimento delle prestazioni sanitarie. Può osservarsi allora come la nuova realtà pandemica abbia plasmato le condizioni degli accordi contrattuali attraverso la rinegoziazione degli stessi oppure la modifica dei termini temporali degli accordi in corso di esecuzione.

to privato, Napoli, 2016, 92, si differenziano per essere realizzati attraverso l'esercizio di un diritto tra privati e non mediante l'esplicazione del potere pubblico.

²⁷ In riferimento alla diversa categoria delle concessioni, già le linee guida ANAC n. 9, adottate con la delibera n. 318 del 28 marzo 2018, hanno riconosciuto all'impresa concessionaria il diritto alla revisione del piano economico-finanziario relativo ai rapporti concessori, nel caso si presentino «eventi di forza maggiore tali da rendere oggettivamente impossibile o eccessivamente oneroso, in tutto o in parte, l'adempimento delle obbligazioni contrattuali» e, tra questi, «[...] e) epidemie e contagi». Seppur le concessioni debbano essere tenute separate dagli accordi amministrativi *ex art.* 11, l. n. 241/1990, è possibile ravvisare un parallelismo in riferimento alla modificazione delle posizioni soggettive all'interno di un rapporto bilaterale che vede l'amministrazione come parte in gioco, a tutela del soggetto divenuto più debole.

²⁸ La normativa emergenziale, e in particolare l'art. 3, comma 2, d.l. n. 18/2020, apre alla conclusione di accordi contrattuali anche con strutture private non accreditate, purché autorizzate, nel caso non sia possibile perseguire gli obiettivi di potenziamento del servizio sanitario per affrontare l'emergenza pandemica mediante i contratti con i soggetti accreditati.

Inoltre, è noto che le misure urgenti intraprese per fronteggiare l'emergenza coronavirus hanno disposto le limitazioni alla circolazione dei cittadini e la chiusura dei luoghi di aggregazione, rendendo impossibili gli spostamenti se non per ragioni di necessità. Ciò ha certamente inciso sulla possibilità di realizzare i progetti e curare i beni comuni oggetto dei patti di collaborazione, rendendo talvolta impossibile, talvolta enormemente gravoso, l'adempimento delle prestazioni assunte nei confronti degli enti pubblici. L'esperienza concreta ha offerto delle soluzioni differenziate alle sopravvenienze.

Si prescinderebbe nell'analisi che segue dalla valutazione dei riflessi che gli approdi della Cassazione potrebbero avere, invece, rispetto alla disciplina dei contratti a evidenza pubblica, in considerazione del fatto che l'esecuzione di tali contratti è regolata interamente dalle norme di diritto privato, integrate dal d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. In particolare, gli artt. 106, per gli appalti pubblici, e 175, per le concessioni, insieme alle regole privatistiche in materia contrattuale, sono la cornice entro la quale verificare in che modo le sopravvenienze possano condurre all'eventuale rinegoziazione delle reciproche obbligazioni contrattuali²⁹.

4. *I patti di collaborazione. La rinegoziazione informale*

L'analisi del dato concreto prende le mosse dai patti di collaborazione, assumendo che gli stessi facciano parte del novero degli accordi amministrativi di cui all'art. 11.

L'interesse nei confronti di questa tipologia di accordi è dovuto al fatto che le attività umane sottese ai patti di collaborazione hanno subito pesanti limitazioni e il loro svolgimento è stato, talvolta, impossibile per coloro che avevano assunto gli impegni nei confronti dei Comuni. Una breve descrizione delle pecu-

²⁹ Ai contratti della pubblica amministrazione troverà applicazione la previsione dell'art. 91 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, attraverso la quale il legislatore ha precisato che, ai fini della valutazione dell'inadempimento delle obbligazioni in generale e della responsabilità del debitore per l'eventuale inadempimento, debba sempre essere oggetto di considerazione il rispetto delle misure di contenimento imposte per frenare la diffusione del virus, che potrebbe aver reso impossibili o eccessivamente difficoltose le prestazioni dovute. Più specificamente, il d.l. 19 maggio 2020, n. 34 ha previsto, all'art. 28-bis, la possibilità di avvio della procedura di revisione del piano economico finanziario (p.e.f.), per i contratti concessione per la somministrazione di alimenti e bevande mediante distributori automatici presso gli istituti scolastici di ogni ordine e grado, università, uffici e amministrazioni pubblici rimasti chiusi durante l'emergenza e, all'art. 216, comma 2, la rideterminazione delle condizioni di equilibrio economico-finanziario originariamente pattuite per le concessioni di impianti sportivi. Inoltre, sempre nell'ambito delle concessioni di impianti sportivi, l'art. 10-ter del d.l. 25 maggio 2021, n. 73 ne ha prorogato la durata fino al 31 dicembre 2021 per le associazioni sportive dilettantistiche. L'art. 1 septies dello stesso decreto, al fine di fronteggiare l'aumento eccezionale dei prezzi dei materiali da costruzione, ha stabilito, altresì, una espressa deroga all'art. 106 del codice dei contratti pubblici, consentendo la compensazione delle somme dovute alla variazione in aumento o in diminuzione dei prezzi dei materiali.

liarità dei patti di collaborazione sarà utile a comprendere le ragioni della scelta di tale istituto nell'analisi delle sopravvenienze determinate dal Covid-19. Invero, le caratteristiche dei patti consentono di tracciare un rapporto nuovo, che merita di essere indagato in relazione ai principi di diritto civile applicabili e, in particolare, il principio di buona fede, con le conseguenze che ne derivano.

L'esperienza dei patti di collaborazione nasce nel 2014 a Bologna, a seguito dell'adozione da parte del Comune del Regolamento sulle forme di collaborazione tra cittadini e amministrazione per la cura, gestione condivisa e la rigenerazione dei beni comuni urbani. Sulla base di questo regolamento vengono stipulati dei peculiari negozi giuridici conclusi tra il Comune e i cittadini privati, singoli o associati, per il recupero e la valorizzazione di beni pubblici comunali. L'esperienza bolognese è stata seguita negli ultimi anni da numerose municipalità e ciò ha consentito ai cittadini di curare attivamente beni di proprietà comunale, che difficilmente sarebbero stati recuperati e valorizzati, al fine di realizzarne una fruizione comune³⁰.

I soggetti pubblici hanno tutto l'interesse a favorire queste iniziative perché vengono sollevati della gestione di alcuni beni che potrebbero non ricevere l'importanza necessaria nei progetti istituzionali e, allo stesso tempo, favoriscono l'autonomia iniziativa dei cittadini allo svolgimento di attività di interesse generale, dando concreta applicazione alle previsioni costituzionali³¹.

I patti di collaborazione rappresentano una modalità innovativa ed efficace di attuare il principio di sussidiarietà orizzontale e di far confluire in progetti di interesse generale le energie, risorse e competenze delle comunità³². Questa

³⁰ Per una esaustiva ricostruzione dell'istituto dei patti di collaborazione e delle esperienze che di esso vi sono state fino ad oggi, si veda F. Gigliani, *I Regolamenti comunali per la gestione dei beni comuni urbani come laboratorio per un nuovo diritto delle città*, in *Munus*, 2016, 2, 27 e ss. e P. Michiara, *I patti di collaborazione e il regolamento per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani. L'esperienza del Comune di Bologna*, in *Aedon*, 2016, 2.

³¹ M. Magri, *Gli accordi con i privati nella formazione dei piani urbanistici strutturali*, in *Riv. giur. urb.*, 2004, 2, 562, che individua il vantaggio che l'amministrazione trae dalla stipulazione degli accordi in generale, non tanto in una controprestazione meramente patrimoniale, ma nelle ricadute che le iniziative dei privati hanno sulla comunità locale. Anche G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., 252, evidenzia come alcuni interessi pubblici possono essere perseguiti unicamente tramite l'intervento dei privati e che dunque la loro partecipazione debba essere sollecitata. Sul punto anche E. Bruti Liberati, *Accordi pubblici*, cit., 2. Secondo G. Berti, *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, 74, secondo il quale la modalità con cui l'interesse pubblico viene perseguito tramite gli accordi non è identica a quella realizzabile attraverso l'intervento unilaterale dell'amministrazione, ma si arricchisce nel concorso con l'interesse privato. P.L. Portaluri, in *Potere amministrativo e procedimenti consensuali*, cit., 314, individua quali ambiti in cui emerge in maniera preminente l'esigenza di collaborazione quelli della trasformazione del territorio e della gestione dei servizi pubblici.

³² In passato il nostro ordinamento aveva conosciuto singole ipotesi di partecipazione della cittadinanza, singola o organizzata, alla cura del patrimonio pubblico, ad esempio l'art. 23 del d.l. n. 185/2008 dedicato alla detassazione dei microprogetti di arredo urbano e di interesse locale; l'art. 24 del d.lgs. n. 133/2014, poi sostituito dall'art. 190 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, a partire dal quale alcuni Comuni hanno intrapreso delle iniziative di c.d. "baratto amministrativo"; l'art. 4 della l. n. 10/2013 riguardante la gestione del verde urba-

particolare forma di collaborazione è sintomo di un avvicinamento del cittadino alla vita pubblica, infatti, egli non partecipa semplicemente a un procedimento che coinvolge i suoi interessi, in quanto singolo, ma agisce attivamente affiancando l'amministrazione nella cura dei beni comuni e a vantaggio di tutti i consociati³³. Si guarda al cittadino non soltanto come un portatore di interessi singolari e, talvolta, contrapposti a quelli dell'amministrazione, ma come un soggetto dotato di risorse utili alla gestione della cosa pubblica³⁴. Si tratta allora di una singolare alleanza tra soggetti privati ed enti pubblici, che supera qualsiasi forma di partenariato in precedenza conosciuto dal nostro ordinamento e che mette in rete le risorse diffuse della cittadinanza.

Invero, la causa dei patti di collaborazione ha due orizzonti: da un lato, i patti sono funzionali alla cura dei beni pubblici, dall'altro, assumono rilevanza sociale e politica, perché convocano la cittadinanza alla gestione dei beni comuni, su un piano di parità, restituendo ai consociati protagonismo civico. Attraverso i patti di collaborazione il Comune si appropria di un'area di cura dell'interesse pubblico, che sembrava dimenticata e ridistribuisce ai propri cittadini centralità nelle scelte, anche di natura politica, che coinvolgono la comunità.

Il fulcro dei patti di collaborazione sono i c.d. "beni comuni urbani", che vengono definiti dal Regolamento del Comune di Milano come «i beni, materiali e immateriali, che, indipendentemente dalla titolarità, i cittadini e l'Amministrazione riconoscono essere strumentalmente collegati alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini»³⁵. L'individuazione di questi beni, lungi dall'essere deter-

no. Tutte queste ipotesi sono attualmente abrogate. Inoltre, l'art. 55 del codice del Terzo settore (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117) prevede espressamente che in attuazione dei principi di sussidiarietà, cooperazione, efficacia, efficienza ed economicità, omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità e unicità dell'amministrazione, autonomia organizzativa e regolamentare, le amministrazioni pubbliche, nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di attività di interesse generale, come ricostruite ai sensi dell'art. 5 del medesimo codice, 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 l. 7 agosto 1990, n. 241.

³³ G. Arena usa il termine "amministrazione condivisa" in *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1997, 117/118.

³⁴ In quest'ottica i patti di collaborazione rappresentano piena esplicazione della demarchia "benvenutiana", in quanto consentono la partecipazione attiva e costruttiva della cittadinanza all'esercizio del potere pubblico. Proprio F. Benvenuti, in *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996, 295 parla di una «società aperta, o come meglio si deve dire, diffusa», come diffusa diventa la partecipazione della cittadinanza alle funzioni dello Stato. In argomento, anche G. Manfredi, *op. cit.*, 39, rileva come il rapporto tra amministrazione e privati non possa essere letto esclusivamente come una contrapposizione, ma anche come una convergenza. Sul punto, anche A. Pajno, *Gli enti locali e gli strumenti del diritto privato*, in *Dir. amm.*, 2010, 558 e P.L. Portaluri, *Sugli accordi di diritto amministrativo*, in *Riv. giur. ed.*, 2015, 158.

³⁵ Si sono occupati di gestione collettiva dei "beni comuni urbani" già S. Vaccari, *Sulla concessione in comodato di beni pubblici a enti del terzo settore*, in *Diritto Amministrativo*, 2020, II, 427; F. Gaspari, *Crisi economica, "human divide" e beni comuni urbani: il ruolo dei pubblici poteri*, in *Pol. dir.*, 2019, 2, 443; A. Putini, *Beni comuni urbani. Soggetti, pratiche e retoriche della città condivisa*, Milano, 2019; G. Micciarelli, *Commoning. Beni comuni urbani come nuove istituzioni. Materiali per una teoria dell'autorganizzazione*, Napoli, 2018; F. Di

minata *a priori*, avviene in ragione della loro possibile funzionalizzazione all'interesse della comunità³⁶. La genesi della qualifica come bene comune ha allora una natura "relazionale"³⁷, in quanto discende dal rapporto che il bene ha con la cittadinanza di riferimento e l'individuazione dei beni comuni ha carattere dichiarativo e non costitutivo³⁸. Oggetto di cura sono sia dei beni materiali, quali un'aiuola o un giardino comunale, sia beni immateriali. Il Comune di Milano, ad esempio, ha attivato dei patti di collaborazione per il monitoraggio dell'acqua e dell'aria del fiume Lambro. In questi ultimi casi ciò che diventa oggetto di cura è una conoscenza condivisa, da preservare attraverso l'impegno congiunto delle istituzioni e dei privati.

L'istituto dei patti di collaborazione costituisce una forma di amministrazione collaborativa della cosa pubblica che può assumere il contenuto e le forme più variegate, essendo la categoria dei beni comuni urbani un insieme aperto e flessibile ed essendo infinite le possibili controparti della pubblica amministrazione, come singole o organizzate in formazioni sociali.

Per consentire uno studio sistematico dell'argomento è utile delineare quale sia il contenitore giuridico che possa rispettare tutte le sfumature dei patti di collaborazione. La natura giuridica dei patti di collaborazione è tuttora incerta, tanto che la loro disciplina viene definita "a geometria variabile"³⁹. Questa incertezza

Lascio, F. Giglioni, *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle città*, Bologna, 2017; C. Iaione, *La città come bene comune*, in *Aedon*, n. 1/2013 e G. Arena, C. Iaione (a cura di), *L'età della condivisione. La collaborazione fra cittadini e amministrazione per i beni comuni*, Roma, 2012, 51, in cui gli autori prendono ad esempio l'esperienza del Comune di Bologna, analizzando le scelte di politica economica a essa sottese e sottolineando il passaggio da una programmazione urbanistica negoziata a una "collaborata".

³⁶ Per una trattazione esaustiva del dibattito intorno all'individuazione dei beni comuni C. Micchichè, *Beni comuni: risorse per lo sviluppo sostenibile*, Napoli, 2018, il quale rintraccia una pluralità di caratteri che consentono di identificare i beni comuni, tra i quali la dimensione collettiva e solidale e il collegamento funzionale con l'attuazione di diritti fondamentali; F. Cortese, *Che cosa sono i beni comuni?*, in M. Bombardelli (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi*, Napoli, 2016, 37; U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2011, 53, che ritiene che i beni comuni siano tali non per presunte caratteristiche ontologiche, oggettive o meccaniche, ma dal rapporto che con gli stessi intrattiene la comunità; M. Renna, *Le prospettive di riforma delle norme del codice civile sui beni pubblici*, in G. Colombini (a cura di), *I beni pubblici tra regole di mercato e interessi generali. Profili di diritto interno e internazionale*, Napoli, 2009, 29, il quale sottolinea la difficoltà della distinzione tra beni comuni, i c.d. *commons*, ad appartenenza pubblica e i "beni ad appartenenza pubblica necessaria".

³⁷ In questi termini, C. Iaone, *Città e beni comuni*, in G. Arena, C. Iaone (a cura di), *L'Italia dei beni comuni*, Roma, 2012, 112.

³⁸ A riguardo, A. Giusti, *La rigenerazione Urbana. Temi, questioni e approcci nell'urbanistica di nuova generazione*, Napoli, 2018, 154, rileva che l'individuazione dei beni comuni urbani ad opera delle amministrazioni sia una attività meramente accertativa e tesa a rendere noto alla cittadinanza un elenco di beni che possano essere oggetto di proposte di collaborazione.

³⁹ Così P. Michiara, *I patti di collaborazione e il regolamento per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani. L'esperienza del Comune di Bologna*, in *Aedon*, 2016, 2, il quale ritiene che l'individuazione della natura dei patti debba essere demandata a un'analisi da effettuarsi caso per caso e che anche i principi di collaborazione e buona fede possano essere applicati in maniera differenziata a seconda del tipo di rapporto e dai soggetti coinvolti.

definitoria deriva sia dal fatto che i patti di collaborazione sono un istituto molto recente nell'esperienza giuridica, sia dalla circostanza che gli stessi nascono "dal basso", cioè dallo spirito di genuina collaborazione della cittadinanza alla cura della cosa pubblica. Non essendo dunque una forma giuridica introdotta dal legislatore nazionale, ma generata dalla realtà stessa, non c'è ancora stata una definizione univoca dei patti di collaborazione che assumono di volta in volta una forma e un contenuto differente, stabiliti nei loro tratti fondamentali da un regolamento comunale.

Si contrappongono sul punto le tesi di chi ritiene che i patti di collaborazione debbano far parte degli accordi sostitutivi del provvedimento e di chi li accomuna ai contratti di diritto comune⁴⁰.

Sposare la tesi secondo cui i patti di collaborazione sono accordi amministrativi discende dal fatto che oggetto dei patti rimane pur sempre la cura dell'interesse generale e che l'amministrazione, anche dopo la conclusione del fatto, rimane "custode" del bene. Corrispondenti a questo interesse generale in capo all'amministrazione residuano dei poteri di carattere pubblicistico, che risultano incompatibili con il contratto di diritto privato⁴¹. Anche la tesi in base al quale i patti di collaborazione possono essere accostati ai rapporti di cortesia non coglie nel segno laddove il rapporto tra i soggetti che fanno parte del patto è ispirato alla fiducia reciproca nella realizzazione di un progetto di interesse comune.

Non aderire alla tesi per cui i patti di collaborazione fanno parte degli accordi amministrativi significherebbe aprire la strada al riconoscimento di un *tertium genus*, il cui fondamento normativo sarebbe esclusivamente il principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, comma 4, della Costituzione, in mancanza di una norma di rango primario dedicata ai patti.

Considerando, invece, i patti di collaborazione, pur nelle loro differenze e singolarità, parte del *genus* degli accordi amministrativi, sarebbe possibile ritenere che gli stessi siano sottoposti alla disciplina derivante dall'art. 11 della l. n. 241/1990 e che poi, di volta in volta, debbano rispettare le previsioni speciali fissate da ciascun regolamento comunale. Come avviene usualmente per gli accordi sostitutivi e integrativi del provvedimento, anche i patti di collaborazione vengono conclusi al termine di un procedimento che vede la partecipazione dei privati interessati, variamente organizzati, secondo le modalità previste dal singolo rego-

⁴⁰ Cfr. G. Arena, *Democrazia partecipativa e amministrazione condivisa*, in A. Valastro (a cura di), *Le regole locali della democrazia partecipativa. Tendenze e prospettive dei regolamenti comunali*, Napoli, 2016, 236; A. Giusti, *op. cit.*, 145, che arriva a questa conclusione anche attraverso l'analisi della nota sentenza delle Sezioni Unite di Cassazione civile, 14 febbraio 2011, n. 3655, in *Foro italiano*, sulle valli da pesca della laguna di Venezia.

⁴¹ In molti regolamenti comunali o singoli patti di collaborazione è previsto il potere dell'amministrazione di risolvere il negozio per motivi di interesse pubblico, potere questo assimilabile alla revoca del provvedimento e alla peculiare forma di recesso di cui all'art. 11, comma 4, l. n. 241/1990.

lamento e, eventualmente, in maniera differenziata a seconda che si tratti di collaborazioni c.d. ordinarie o straordinarie⁴².

Le obbligazioni dedotte all'interno del patto di collaborazione vengono dettagliatamente concordate tra le parti e devono essere portate a compimento con diligenza. La mancata realizzazione della prestazione a cui il privato si è obbligato potrebbe dare vita a una responsabilità simile a quella di natura contrattuale. Infatti, l'amministrazione può pretendere la realizzazione del comportamento dovuto in maniera puntuale e completa da parte del privato in applicazione dei principi di diritto civile in tema di adempimento⁴³, che trovano applicazione agli accordi in forza del richiamo di cui all'art. 11, comma 2, l. n. 241/1990.

Al pari di quanto avvenuto per una buona parte dei rapporti negoziali in essere al momento dell'avvento del Covid-19, anche gli obblighi derivanti dai patti di collaborazione sono stati condizionati dalle limitazioni agli spostamenti, oltre che dagli squilibri economici che le misure di contrasto all'emergenza hanno comportato.

Per valutare le ricadute sui patti di collaborazione delle sopravvenienze derivanti dalla pandemia è possibile prendere in considerazione le vicende che hanno coinvolto i patti di collaborazione del Comune di Milano.

A seguito dell'emergenza pandemica, i patti di collaborazione già in essere sono stati rimodulati nei contenuti e, talvolta, rinnovati, alla loro scadenza, senza modificare gli obiettivi che venivano prefissati, ma posticipandoli. Queste operazioni, che hanno avuto una ricaduta concreta sulla possibilità di portare a termine le opere oggetto dei patti, si sono svolte senza formalità, attraverso un dialogo collaborativo tra le parti.

Nonostante il Regolamento del Comune di Milano, infatti, preveda all'art. 7, comma 4, lett. o), la possibilità per l'amministrazione di ottenere una "rivalsa" sulla controparte privata in caso di inadempienza, i rapporti che scaturiscono dai patti sono ispirati alla fiducia reciproca. Le ipotesi di inadempimento in grado di dare avvio a questo meccanismo "sanzionatorio" si caratterizzerebbero per la volontaria sottrazione ai propri obblighi, realizzata dal privato in mala fede. Questi casi non corrispondono certamente alle vicende scaturite dall'emergenza pandemica nata nel 2020.

⁴² Il Comune di Macerata, con Regolamento comunale n. 27 del 12 aprile 2016, ha predisposto una tipologia di collaborazione ordinaria, in cui l'oggetto della proposta di collaborazione viene deliberato dalla Giunta comunale, e una di collaborazione straordinaria, in cui i singoli cittadini presentano al Sindaco le proposte di collaborazione che solo successivamente saranno oggetto di delibera della Giunta.

⁴³ Come ci dice M. Renna, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, cit., 70, una volta "cristallizzato" il potere tramite la conclusione dell'accordo, le parti sono titolari di diritti soggettivi all'adempimento delle rispettive prestazioni e la potestà amministrativa si è esaurita. In tal senso, «ragioni di interesse pubblico sopravvenute potranno in genere legittimare l'amministrazione ad agire in via unilaterale soltanto, se del caso, per esercitare la speciale potestà di recesso ad essa eccezionalmente attribuita». Se così non fosse, sarebbe, infatti, leso l'affidamento del privato alla stabilità degli impegni presi dall'amministrazione.

La rinegoziazione in questo caso non assume neppure a oggetto di un obbligo giuridico, ma deriva dalla natura stessa del rapporto tra le parti, che, nello spirito di piena cooperazione e lealtà reciproca, si ritrovano spontaneamente a rimettere in discussione le condizioni di realizzazione del progetto iniziale in presenza di sopravvenienze.

Astraendo dalla vicenda concreta, sarebbe consentito comunque applicare anche al caso dei patti di collaborazione, il principio in base al quale, al sopravvenire di fatti nuovi e imprevedibili, che rendano insostenibile almeno una delle prestazioni in gioco, sussista un diritto della controparte “debole” ad ottenere la rinegoziazione.

Infatti, proprio i patti di collaborazione sono, nella loro fisiologia, la piena esplicazione di quei principi di buona fede e collaborazione reciproca, da cui la Corte di Cassazione ha dedotto l'obbligo di rinegoziazione. In aggiunta, gli obiettivi posti alla base dei singoli patti sono generalmente degli interessi pubblici rilevanti per la comunità di riferimento e, per questo, è facile che trovi applicazione anche il principio di conservazione del negozio giuridico, al fine di veder realizzata l'utilità generale.

D'altronde, impedire eventualmente ai privati di invocare la possibilità di rinegoziare i patti, a fronte di un possibile obbligo risarcitorio (seppur *sui generis*, in quanto considerato più precisamente un “ristoro”), in caso di inadempimento, sarebbe una grave violazione di quel principio collaborativo che sta alla base degli stessi patti.

5. *Gli accordi contrattuali in campo sanitario. L'obbligo di rinegoziazione di origine legale*

La seconda tipologia di accordi dal punto di vista dei quali si vuole guardare all'obbligo di rinegoziazione della pubblica amministrazione sono gli accordi contrattuali, disciplinati dall'art. 8-*quinquies* del d.lgs. n. 502/1992, che vengono conclusi dalle Regioni e dalle aziende sanitarie locali con soggetti privati accreditati per la determinazione del volume, della qualità e della remunerazione delle prestazioni che le strutture accreditate saranno chiamate a svolgere in nome e per conto del Servizio Sanitario Nazionale. Tali accordi indicano gli obiettivi di salute e i programmi di integrazione dei servizi, oltre al volume massimo di prestazioni da assicurare.

La scelta di prendere in considerazione tale tipologia di accordi deriva dal fatto che gli stessi hanno subito le conseguenze della pandemia in modo del tutto peculiare. Infatti, se da una parte, al pari di quanto avvenuto per un grande

numero di attività umane, alcune attività oggetto degli accordi contrattuali sono state sospese a causa della diffusione del virus, altra parte di queste sono improvvisamente divenute di primaria necessità. La richiesta di prestazioni direttamente legate al trattamento sanitario dei malati o dei possibili contagiati da Covid-19 è incrementata vertiginosamente nel giro di poche settimane e di conseguenza i soggetti privati si sono dovuti adattare, non senza implicazioni economiche, dovute al maggior carico di lavoro e alle maggiori precauzioni da prestare in costanza di una pandemia.

In relazione a questa particolare categoria di accordi è possibile focalizzare l'attenzione sul principio di conservazione del contratto, in considerazione del fatto che una modifica delle condizioni dell'accordo, in favore del soggetto privato, ha consentito il mantenimento degli accordi contrattuali in essere e ha garantito il soddisfacimento dei bisogni più urgenti del sistema sanitario durante l'emergenza pandemica.

Per comprendere meglio i rapporti tra i soggetti privati e le amministrazioni coinvolte e i loro possibili sviluppi, è utile un breve *excursus* circa la nascita e le principali caratteristiche degli accordi contrattuali.

Nel 1987, agli albori del Servizio Sanitario Nazionale, si è dovuto affrontare il tema delle modalità attraverso le quali regolare l'esercizio di attività di rilevanza sanitaria da parte dei privati. Il primo strumento messo a punto dal legislatore sono state le convenzioni tra medici singoli o strutture private più complesse e le unità sanitarie locali⁴⁴. L'istituto delle convenzioni, nato nell'ambito del sistema degli enti mutualistici e successivamente recepito dalla l. 23 dicembre 1978, n. 833, considerava l'apporto dei privati al servizio sanitario soltanto sussidiario e secondario, in quanto "di norma" le prestazioni di assistenza dovevano essere realizzate in prima battuta dalle USL.

Successivamente alle riforme degli anni Novanta del secolo scorso, il sistema delle convenzioni è stato sostituito da quello dell'accreditamento e degli accordi contrattuali⁴⁵.

⁴⁴ Cfr. G.D. Falcon, *Convenzioni e accordi amministrativi. Convenzioni in materia ospedaliera*, in *Enc. Giur. Treccani*, 9, Roma, 1998; P. Santinello, *Sanitario convenzionato*, in *D. disc. pubbl.*, 13, Torino, 1997; F. Trimarchi Banfi, *Pubblico e privato nella sanità. Autorizzazioni e convenzioni nel sistema della riforma sanitaria*, Milano, 1990, 57, la quale ricorda come, anche nel precedente sistema, l'amministrazione non affidasse la gestione di un servizio al privato attraverso le convenzioni, ma acquistasse soltanto singole prestazioni; A. Quaranta, *Casi di cura private*, in M.S. Giannini, G. De Cesare, *Dizionario di diritto sanitario*, Milano, 1984, 105; F. G. Scoca, *La medicina convenzionata*, in *Ragiusan*, 1984, 1, 112, che considerava le convenzioni degli atti concessori di natura negoziale; L. Acquarone, *Gli strumenti convenzionali nella riforma sanitaria*, in *Il servizio sanitario nazionale. Atti del Convegno sulla legge n. 883/1978*, Parma, 22-23 giugno 1979, Milano, 1981, 91.

⁴⁵ Sulla tema della trasformazione del sistema sanitario, tra gli altri E. Jorio, *L'accreditamento istituzionale e il ruolo del privato nell'organizzazione della salute*, in *San. pub.*, 2004, 151; G. Barcellona, *L'evoluzione dell'assetto organizzativo per l'erogazione delle prestazioni assistenziali sanitarie: dal sistema delle convenzioni a*

In particolare, la riforma attuata tramite il d.lgs. n. 502/1992, prima, e il d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229, poi, dà vita a una costruzione giuridica complessa e del tutto innovativa. Il sistema attuale viene definito “delle 3 A” perché imperniato sulla triade autorizzazione-accreditamento-accordo⁴⁶.

L'autorizzazione è un provvedimento necessario sia alla costruzione di una struttura sanitaria o alla conversione di un edificio precedente allo svolgimento di attività di natura sanitaria, sia anche all'esercizio dell'attività stessa. Soltanto una volta accertata la sussistenza dei requisiti minimi, strutturali, tecnologici e organizzativi richiesti e verificata la compatibilità del progetto in rapporto al fabbisogno complessivo e alla localizzazione territoriale delle strutture presenti in ambito regionale, l'amministrazione comunicherà l'autorizzazione al privato.

L'autorizzazione è «prerequisito fondamentale»⁴⁷ per l'accREDITAMENTO, ma per ottenere quest'ultimo sono necessari dei requisiti «ulteriori di qualificazione, alla loro funzionalità rispetto agli indirizzi di programmazione regionale e alla verifica positiva dell'attività svolta e dei risultati raggiunti». La Regione gode allora, nel procedimento prodromico all'eventuale accREDITAMENTO, di una discrezionalità c.d. mista, perché applica delle valutazioni tecniche nell'apprezzamento dei requisiti qualitativi, ma è dotata di discrezionalità “pura” nella verifica di funzionalità rispetto alla programmazione regionale.

Il sistema dell'accREDITAMENTO ha scardinato il meccanismo precedente rendendo equivalente per l'utente la scelta di rivolgersi al soggetto pubblico o al soggetto privato, che, in quanto accREDITATO, aveva dimostrato di possedere dei requisiti di qualità necessari allo svolgimento del servizio.

L'ultimo anello della catena necessaria all'esercizio di attività sanitarie a carico del SSN sono gli accordi contrattuali, che sono atti negoziali conclusi tra i privati accREDITATI e le Regioni o le unità sanitarie locali, aventi ad oggetto gli obiettivi di salute da raggiungere, il volume massimo di prestazioni da assicurare, i requisiti del servizio e il corrispettivo alle attività indicate.

Non è possibile stipulare un accordo contrattuale in mancanza di accREDITAMENTO, ma a seguito dell'accREDITAMENTO non sorge nella sfera giuridica del privato alcun diritto alla successiva stipulazione dell'accordo, in quanto anche la scel-

quello dell'accREDITAMENTO, in *San. pub.*, 1998, 113; F. Liguori, *Impresa privata a servizio sociale nella sanità riformata*, Napoli, 1996.

⁴⁶ L'evoluzione del sistema che ha portato all'assetto attuale è efficacemente ricostruita in F. Spanicciati, *Pubblico e privato nell'accREDITAMENTO sanitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 676, che rileva come l'accREDITAMENTO, inizialmente costruito come un istituto funzionale non solo all'amministrazione che sovrintende il settore sanitario, ma posto anche a garanzia dell'utenza, sia divenuto gradualmente sempre più subordinato alle sole necessità pubbliche. Allo stesso tempo, secondo l'autore, la gestione del rapporto con i privati ha assunto nel tempo carattere maggiormente discrezionale, sollevando dubbi in merito alla concorrenzialità del sistema, che si espone al rischio di un eccesso di libertà delle amministrazioni.

⁴⁷ Cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, sent. 17 novembre 2009, n. 1782 e T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, sent. 16 giugno 2011, n. 916, in *giustizia-amministrativa.it*.

ta circa l'opportunità di concludere accordi contrattuali, tenuto conto degli indirizzi di programmazione, rimane nella discrezionalità dell'amministrazione⁴⁸. Il contenuto dell'accordo è, inoltre, per la maggior parte, predisposto unilateralmente dall'amministrazione, che individua il numero massimo di prestazioni, il territorio di riferimento e la tipologia di prestazioni⁴⁹.

Anche in questo caso un tema controverso è la qualificazione giuridica degli accordi contrattuali, che taluni commentatori ritengono di dover assimilare a dei veri e propri contratti di diritto privato, mentre altri considerano far parte della variegata famiglia degli accordi amministrativi.

Il primo dato rilevante preso in considerazione da chi aderisce al primo filone interpretativo è il fatto che gli accordi aventi ad oggetto prestazioni sanitarie vengono conclusi con il nome di "accordi" qualora siano stipulati tra due soggetti entrambi pubblici, mentre prendono il nome di "contratti" qualora la controparte della Regione o della USL sia un soggetto privato. Questa tesi ritiene allora che la fase pubblicistica del procedimento di accesso all'attività sanitaria a carico del SSN si esaurisca con l'accreditamento e che l'accordo sia espressione della capacità di diritto privato della pubblica amministrazione, che con questo regola le sole questioni economiche del rapporto.

La sola distinzione lessicale non è però sufficiente a fondare la corretta individuazione della natura degli accordi contrattuali⁵⁰, anche perché, a fronte di un nome differente, gli "accordi" con altri soggetti pubblici e i "contratti" con i privati vengono sottoposti alla medesima disciplina⁵¹.

Non è comunque possibile ricondurre gli accordi *ex art. 8-quinquies* alla normativa specifica sui contratti pubblici di matrice europea, in quanto gli accor-

⁴⁸ C'è chi in dottrina, in particolare G. Bocale, *Sulla "natura" giuridica dell'accreditamento sanitario*, in *Federalismi.it*, 2018, 10 e M. Conticelli, *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, in *Saggi di diritto amministrativo*, (collana diretta da) S. Cassese, Milano, 2012, 189, sostiene che sussista un obbligo di stipulazione degli accordi contrattuali, in ragione del fatto che, a seguito di alcune modifiche apportate all'art. 8-quinquies del d.lgs. n. 502/1992 dal d.l. n. 112/2008, convertito in legge n. 133/2008, è ora previsto che in caso di mancata stipula dell'accordo contrattuale, anche l'accreditamento venga sospeso. Ritenendo che tale sospensione costituisca una misura sanzionatoria, dovrebbe esistere nell'ordinamento un dovere di stipulare l'accordo. Tale interpretazione è smentita da altra parte della dottrina, che ritiene l'accreditamento una condizione necessaria, ma non sufficiente alla stipulazione dell'accordo: *ex multis*, F. Giglioni, A. Nervi, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, in P. Perlinger (diretto da), *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, 2019, 219.

⁴⁹ Per approfondire il tema della remunerazione delle prestazioni, M. D'Angelosante, *Strumenti di controllo della spesa e concorrenza nell'organizzazione del servizio sanitario in Italia*, Rimini, 2012, che riflette sulle principali misure per il contenimento della spesa sanitaria, tra cui il meccanismo dei tetti di spesa, i piani di rientro e gli istituti introdotti in funzione della c.d. *spending review*.

⁵⁰ Fa una approfondita analisi lessicale sul tema A. Fioritto, *L'amministrazione negoziale: modelli di partenariato e problemi di applicazione*, in A. Fioritto (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, Torino, 2017, 72, il quale ci ricorda che «[t]ermini quale accordo, patto, convenzione, contratto possono essere tutti utilizzati per descrivere un unico, originario, fenomeno: l'incontro di volontà di più soggetti».

⁵¹ Cfr. C. Caruso, *L'accreditamento nei sistemi sanitari e socio-sanitari tra esigenze di sistema e prospettive di liberalizzazione*, in *Istituzioni del federalismo*, 2017, 197.

di contrattuali si pongono in discontinuità con gli istituti dell'appalto e della concessione⁵² e sono inseriti nell'ambito della programmazione sanitaria pubblica in modo da essere coordinati con l'erogazione delle prestazioni da parte delle strutture pubbliche, in un sistema del tutto peculiare⁵³.

A sostegno della costruzione in base alla quale gli accordi contrattuali dovrebbero essere ricondotti all'art. 11 della l. n. 241/1990 anche l'orientamento giurisprudenziale prevalente, che li assimila alle concessioni⁵⁴. Le argomentazioni della giurisprudenza sono tutte incentrate sul fatto che l'amministrazione, a seguito della conclusione dell'accordo contrattuale, conserva poteri di autotutela e controllo anche durante la fase esecutiva. Ciò avviene in ragione del fatto che «gli operatori privati accreditati non sono semplici fornitori di servizi, in un ambito puramente contrattualistico, sorretto da principi di massimo profitto e di totale deresponsabilizzazione circa il governo del settore, ma sono soggetti di un complesso sistema pubblico-privato qualificato dal raggiungimento di fini di pubblico interesse di particolare rilevanza costituzionale, quale il diritto alla salute, su cui gravano obblighi di partecipazione e cooperazione nella definizione della stessa pianificazione e programmazione della spesa sanitaria»⁵⁵.

A partire dunque dall'inquadramento degli accordi contrattuali come accordi amministrativi, è necessario valutare in che modo sugli stessi incidano i principi di conservazione del contratto e di buona fede, che, combinati tra di loro, hanno dato vita, nell'interpretazione della Suprema Corte, all'obbligo di rinegoziazione delle clausole contrattuali divenute squilibrate a fronte di sopravvenienze imprevedute che stravolgono le posizioni dei contraenti.

La pandemia è stato un banco di prova anche per questi accordi, che, proprio perché riguardano prestazioni direttamente inerenti al diritto alla salute, sono state più fortemente condizionate dalla comparsa del virus.

Alcuni dei privati accreditati hanno dovuto sospendere le proprie attività in ossequio alle previsioni di legge adottate per far fronte all'emergenza pandemica;

⁵² Sul punto anche il recente schema di linee guida ANAC, recante *Indicazioni in materia di affidamento di servizi sociali*, del 1° ottobre 2021, che considera «esclusa dall'applicazione del codice dei contratti pubblici l'erogazione di servizi sanitari e socio sanitari contemplati dai livelli essenziali di assistenza del servizio sanitario nazionale, effettuata da soggetti esterni accreditati, in forza di convenzioni o accordi contrattuali sottoscritti ai sensi del decreto legislativo 30/12/1992 n. 502».

⁵³ Il Consiglio di Stato si è espresso, tramite la sentenza della sez. III, 10 febbraio 2021, n. 1252, circa la sensibile differenza tra le fattispecie di esternalizzazione di una prestazione sanitaria tramite gara ed esercizio di attività sanitaria da parte di privati "per conto" e "a carico" del Servizio Sanitario Nazionale, giungendo alla conclusione che le due forme di realizzazione della attività non possono essere sottoposte a un medesimo regime giuridico.

⁵⁴ Sul punto, in tema di riparto di giurisdizione *ex multis*, Cass. civ., ss.uu., sent. 28 maggio 2019, n. 14525, in *Foro italiano* e Cons. Stato, sez. III, sent. 11 luglio 2013, n. 3741, in *giustizia-amministrativa.it*. Riconduce gli accordi contrattuali alla disciplina dell'art. 11 della l. n. 241/1990, T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, sent. 18 ottobre 2005, n. 16660, in *giustizia-amministrativa.it*.

⁵⁵ Così Cons. Stato, sez. III, sent. 22 gennaio 2016, n. 207, in *giustizia-amministrativa.it*.

altri hanno invece dovuto riconvertire in tutto o in parte la loro attività alle nuove esigenze emergenti.

Sia in un caso, che nell'altro è lo stesso legislatore che ha previsto dei rimedi agli squilibri economici che si sarebbero potuti presentare nei rapporti tra l'amministrazione e i privati accreditati svolgenti attività sanitarie.

Gli interventi più incisivi sono stati compiuti tramite gli artt. 3 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 e 4 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, come modificati in seguito⁵⁶, oltre che l'art. 26 del d.l. n. 73/2021, dedicato alla materia delle liste d'attesa⁵⁷.

Il legislatore ha innanzitutto previsto che specificamente «al fine di incrementare la dotazione dei posti letto in terapia intensiva e nelle unità operative di pneumologia e di malattie infettive, isolati e allestiti con la dotazione necessaria per il supporto ventilatorio», le Regioni e le aziende sanitarie locali potessero stipulare accordi contrattuali in deroga agli usuali limiti di spesa. Inoltre, ai sensi dell'art. 4, comma 4, d.l. n. 34/2020, i medesimi soggetti pubblici, per la sola durata dell'emergenza, possono riconoscere alle strutture private accreditate con le quali hanno stipulato i suddetti accordi contrattuali «la remunerazione di una specifica funzione assistenziale per i maggiori costi correlati all'allestimento dei reparti e alla gestione dell'emergenza covid-19», oltre a un incremento tariffario per le prestazioni rese ai pazienti affetti da Covid-19.

Questa remunerazione aggiuntiva viene riconosciuta non però attraverso un atto unilaterale dell'amministrazione, ma, secondo la lettera della legge, proprio mediante la rinegoziazione degli accordi contrattuali già in essere. Da questa disposizione traspare che non soltanto quando una modifica delle condizioni contrattuali sia peggiorativa è impossibile che la stessa avvenga in via unilaterale per volontà dell'amministrazione (come più volte riconosciuto dalla giurisprudenza in tema di accordi), ma anche nel caso in cui la variazione sia in positivo per il soggetto privato, è necessario che la stessa consegua a un nuovo incontro di volontà tra le parti.

La legge dispone che la corresponsione di questa somma aggiuntiva possa e non debba essere disposta dall'amministrazione, dunque, dà luogo a una facoltà di rinegoziazione, che però, letta sotto la lente degli approdi della Cassazione di cui si è trattato in precedenza e, in ragione del principio di buona fede, dovrebbe

⁵⁶ In particolare, l'art. 19-ter del d.l. n. 137/2020, prima, e l'art. 8-ter del d.l. n. 183/2020, hanno modificato l'art. 4 del d.l. n. 34/2020.

⁵⁷ Si può rilevare che lo stesso d.l. n. 73/2021, all'art. 4-bis, ha previsto altresì per le stazioni appaltanti, in caso di incremento di spesa di importo superiore al 20 per cento del prezzo indicato nel bando, la possibilità di risolvere i contratti di servizi di pulizia e lavanderia in ambito sanitario e ospedaliero in esecuzione al 31 gennaio 2020, richiamando l'art. 108 del d.lgs. n. 50/2016, e di revocarne l'aggiudicazione prima della stipulazione del contratto.

più correttamente intendersi come un obbligo di rinegoziazione gravante sull'amministrazione.

Ma il legislatore non ha provveduto soltanto a regolare la sorte degli accordi specificamente conclusi per le finalità di potenziamento dell'apparato sanitario di contrasto alla infezione da Covid-19: il comma quinto dell'art. 4 del d.l. n. 34/2020 dispone che le Regioni possano riconoscere alle strutture accreditate che abbiano sospeso la propria attività ordinaria una remunerazione «fino a un massimo del 90 per cento del volume di attività riconosciuto nell'ambito degli accordi e dei contratti di cui all'articolo 8-*quinquies*».

L'art. 4 del d.l. n. 34/2020 accoglie al suo interno due previsioni rivolte a soggetti diversi: i commi dal primo al quarto sono rivolti agli operatori inseriti nei piani adottati ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. b), d.l. n. 18/2020, per il potenziamento delle terapie intensive e delle unità operative di pneumologia e malattie infettive ed espressamente tratta di rinegoziazione, mentre i commi quinto e ss. riguardano tutte le strutture private accreditate che abbiano sospeso le attività ordinarie.

Per questa seconda categoria di soggetti, nonostante la legge non preveda espressamente che il riconoscimento della somma avvenga in base alla rinegoziazione degli accordi già in essere, può comunque ritenersi che, anche in questo caso, il riconoscimento avvenga tramite il nuovo incontro di volontà delle parti. Infatti, il decreto legge utilizza in entrambi i casi l'espressione «riconoscimento di una remunerazione» e dunque non si comprende perché in un caso ciò dovrebbe avvenire a seguito di rinegoziazione, mentre in un altro no.

Al pari di quanto dedotto per gli accordi con le strutture private accreditate incluse nei piani di cui all'art. 3, comma 1, lett. b), d.l. n. 18/2020, anche in tutti questi altri casi, sarebbe possibile affermare che la possibilità conferita alle Regioni dal legislatore non sia altro che un obbligo di rinegoziazione degli accordi.

Gli stessi accordi potrebbero essere oggetto di rinegoziazione anche sulla base dell'art. 26 del d.l. n. 73/2021, dedicato al tema dell'abbattimento delle liste d'attesa, che consente all'amministrazione di «integrare gli acquisti di prestazioni ospedaliere e di specialistica ambulatoriale da privato» di cui proprio «agli accordi contrattuali stipulati per l'anno 2021, ai sensi dell'art. 8-*quinquies*». La rimodulazione dell'accordo sarebbe dunque possibile (e doverosa) anche per l'acquisizione di nuove prestazioni, quale ad esempio l'attività di somministrazione del vaccino, come disposto dall'art. 1, comma 465, l. n. 30 dicembre 2020, n. 178, come modificata dall'art. 34, comma 7, d.l. 25 maggio 2021, n. 72.

Le Regioni e le aziende sanitarie hanno effettivamente, durante l'ultimo anno, concluso dei patti aggiunti agli accordi contrattuali già in essere prima della pandemia, all'interno dei quali sono state concordate le modifiche necessarie al riequilibrio economico degli accordi. Qualora ciò non fosse avvenuto si potreb-

be ritenere che la pretesa a una rinegoziazione dell'accordo, che tenga conto delle perdite di natura economica subite dai privati in costanza dell'emergenza, sarebbe azionabile in giudizio.

6. *Conclusioni*

Le due tipologie di accordi analizzati sono caratterizzate per essere costruite attorno ai due diritti la cui tutela, più di tutte, si è contrapposta durante l'emergenza pandemica: da una parte, il diritto alla salute e, dall'altra, i diritti di libera circolazione, riunione e partecipazione alla cura attiva dell'interesse pubblico.

Nel caso degli accordi contrattuali, è lo stesso legislatore che ha dato il volano per la rinegoziazione dei patti, mostrandosi sensibile al tema dello squilibrio contrattuale, più che per il caso di altre fattispecie di negozi di durata. Il dato testuale offerto dalla legge potrebbe essere comunque integrato delle riflessioni già portate avanti con riguardo ai contratti di durata di diritto privato e che hanno portato la Cassazione a enunciare l'obbligo di rinegoziazione del contratto squilibrato.

Quanto ai patti di collaborazione, a fronte dell'esperienza concreta, che ha portato le amministrazioni a rinegoziare in via informale, quando necessario, le previsioni negoziali, è possibile ritenere che il diritto alla rinegoziazione sia intrinseco nella natura dei patti. Il fatto che i patti di collaborazione siano massima espressione della collaborazione tra amministrazione e cittadini, ci porta a dire che gli stessi non possono che essere ispirati alla buona fede reciproca, che è proprio la radice dell'obbligo di rinegoziazione, per come è stato ricostruito dalla Suprema Corte.

Affermare il contrario significherebbe disconoscere la natura stessa dei patti e lederebbe insanabilmente il rapporto di fiducia, che costituisce il fulcro dell'intero istituto, per come è stato fino ad ora congegnato.

Si può dire, inoltre, che tutti gli accordi amministrativi, qualunque sia il loro contenuto, sono in modo differente manifestazione della partecipazione dei cittadini alla cura dell'interesse pubblico. Da ciò deriva che i principi di collaborazione, fiducia reciproca e lealtà sono, seppur in minor grado rispetto a quanto avviene specificamente per i patti di collaborazione, di ineludibile applicazione alla categoria più generale degli accordi amministrativi.

Alla luce di queste osservazioni, e in mancanza di espresse previsioni contrarie all'interno dei singoli accordi, le considerazioni svolte dalla Cassazione, che hanno portato all'enunciazione di un obbligo di rinegoziazione del contratto squilibrato, sono estensibili a tutti gli accordi che abbiano subito una sperequazione a causa di sopravvenienze inattese.

In ragione del diverso grado di centralità che assume il rapporto fiduciario all'interno dell'accordo, anche l'obbligo di rinegoziazione si colora di differenti sfumature e, dunque, a seconda delle caratteristiche intrinseche di una tipologia di accordo, anche la modalità di applicazione dei principi civilistici muta per adattarsi alle peculiarità della fattispecie.

La violazione dell'obbligo di rinegoziazione, come si è visto dalle parole della Suprema Corte, costituirebbe inadempimento delle obbligazioni assunte e consentirebbe alla parte "debole" di adire l'autorità giurisdizionale per far valere la propria pretesa.

Anche la risposta della giurisprudenza amministrativa, titolare di giurisdizione esclusiva in materia di accordi, potrebbe essere, allora, differenziata a seconda della tipologia di accordo, rispetto al quale è stata negata la rinegoziazione.

Le presenti riflessioni troveranno un banco di prova nella futura esperienza giurisprudenziale oppure potranno essere superate dall'introduzione di una norma generale, sia in campo civilistico, che eventualmente amministrativo, che disciplini puntualmente l'obbligo di rinegoziazione.

L'obbligo di rinegoziazione degli accordi amministrativi. Due modelli a confronto

L'articolo ha ad oggetto l'istituto degli accordi amministrativi e i rimedi esperibili in caso di sopravvenienze che compromettano l'equilibrio tra le prestazioni delle parti. In particolare, viene presa in considerazione la diffusione del Covid-19 come esempio di sopravvenienza di fatto al fine di verificare quali strumenti di diritto civile siano stati utilizzati o potrebbero essere impiegati come rimedi all'eccessiva onerosità sopravvenuta. L'articolo prende ad esempio due categorie di accordi, le cui prestazioni sono state influenzate in modo differente dall'avvento del Covid-19: gli "accordi di collaborazione" e gli "accordi contrattuali" conclusi dalle aziende sanitarie con i privati. Lo studio delle due fattispecie è volto a verificare se per superare il medesimo problema di disequilibrio tra le prestazioni possano essere applicate soluzioni differenziate a seconda della diversa tipologia di accordi.

Obligation to renegotiate administrative agreements. Two models in comparison

The article analyzes the institution of administrative agreements and the remedies available in the event of contingencies that compromise the balance between performances of the parties. In particular, the spread of Covid-19 is taken into consideration as an example of occurrence and it is verified which civil law instruments have been used or can be used as remedies for the hardship. The article takes for examples two categories of agreements, whose performances have been affected in different ways by the advent of Covid-19: "collaboration agreements" and "contract-agreements" concluded by health companies with private individuals. The study of the two cases is aimed at verifying whether differentiated solutions to the same problem of performance imbalance can be prepared for different types of agreement.