



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
FIRENZE

DOTTORATO DI RICERCA IN  
SCIENZE GIURIDICHE

INDIRIZZO IN DIRITTO PUBBLICO, DIRITTO URBANISTICO E  
DELL'AMBIENTE

CICLO XXVI

COORDINATORE Prof.ssa Vittoria Barsotti

*Consensualità e accordi di programma*

---

Settore Scientifico Disciplinare IUS/10

**Dottoranda**

Dott.ssa (Orlando Tecla)

**Tutore**

Prof. (Marzuoli Carlo)

---

(firma)

---

(firma)

**Coordinatore**

Prof.ssa (Vittoria Barsotti)

---

(firma)

Anni 2011/2013

## CONSENSUALITA' E ACCORDI DI PROGRAMMA

<i>Introduzione</i> .....	1
---------------------------	---

### CAPITOLO I

#### CONSENSUALITA' E ACCORDI TRA PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

1. <i>Nota introduttiva: la scelta delle ipotesi analizzate</i> .....	4
2. <i>Le relazioni tra la forma e la sostanza nella materia tutela del paesaggio</i> .....	5
2.1 <i>Il bene oggetto di tutela: il paesaggio</i> .....	6
2.2 <i>Il sistema di coordinamento</i> .....	12
2.2.1 <i>La cooperazione per la tutela e la valorizzazione del paesaggio</i> .....	13
2.2.2 <i>Il piano paesaggistico</i> .....	16
2.3 <i>I modelli di riferimento</i> .....	19
2.3.1 <i>Le intese</i> .....	20
2.3.2 <i>Gli accordi fra pubbliche amministrazioni</i> .....	23
3. <i>La programmazione negoziata</i> .....	29
3.1 <i>Gli accordi con finalità di programmazione: l'intesa istituzionale di programma</i> .....	30
3.2 <i>Gli accordi con finalità operative: l'accordo di programma quadro e il patto territoriale</i> .....	32
4. <i>La consensualità nel Codice dell'ambiente</i> .....	34
4.1 <i>Gli accordi con finalità di semplificazione organizzativa dell'azione amministrativa</i> .....	36
4.1.1 <i>I procedimenti di valutazione ambientale</i> .....	36

4.1.2 <i>I procedimenti di gestione delle risorse naturali del suolo e delle acque</i> .....	38
4.1.3 <i>Il procedimento di autorizzazione integrata ambientale</i> .....	40
4.2 <i>Gli accordi con efficacia derogatoria</i> .....	42
4.2.1 <i>La disciplina degli scarichi</i> .....	42
4.2.2 <i>La raccolta differenziata dei rifiuti</i> .....	44
4.2.3 <i>La deroga al procedimento di bonifica</i> .....	47
5. <i>Brevi notazioni conclusive</i> .....	48

## CAPITOLO II

### ANALISI DELLA STRUTTURA E QUALIFICAZIONE DEGLI ACCORDI DI PROGRAMMA

1. <i>Nota introduttiva: le ragioni della struttura</i> .....	50
2. <i>Le finalità, o la finalità, dei modelli di riferimento</i> .....	51
3. <i>La legittimazione soggettiva a stipulare gli accordi</i> .....	55
3.1 <i>La legittimazione in funzione della competenza e le ricadute sul piano della validità dell'accordo</i> .....	57
3.2 <i>La legittimazione dei privati: un'esigenza di semplificazione</i> .....	60
4. <i>Il procedimento di formazione</i> .....	63
4.1 <i>Segue: l'atto di approvazione e l'efficacia dell'accordo fra pubbliche amministrazioni</i> .....	69
4.2 <i>Segue: gli effetti derogatori di fonti normative</i> .....	72
5. <i>Il contenuto degli accordi (e la apparente contraddizione) tra tipicità del potere esercitato e parziale atipicità del contenuto negoziale</i> .....	75
5.1 <i>La considerazione della patrimonialità della prestazione</i> .....	82

6. <i>La stabilità del vincolo giuridico determinato dall'accordo: l'esercizio della facoltà di recesso</i> .....	84
7. <i>Nota conclusiva</i> .....	91

### **CAPITOLO III**

#### **PUBBLICO E PRIVATO NELLA DISCIPLINA DEGLI ACCORDI**

1. <i>I limiti di applicabilità del codice civile</i> .....	93
2. <i>Interpretazione degli accordi</i> .....	98
3. <i>Le cause di invalidità dell'accordo: tra l'esercizio di poteri amministrativi e le implicazioni della scelta consensualistica</i> .....	106
3.1 <i>La posizione dei terzi lesi dall'accordo</i> .....	111
4. <i>L'annullamento d'ufficio</i> .....	115
5. <i>Inosservanza alle statuizioni contenute nell'accordo e posizioni giuridiche soggettive</i> .....	117
5.1 <i>Segue: le prestazioni non adempiute e le azioni esperibili</i> .....	120
5.1.1 <i>La condanna all'adempimento</i> .....	121
5.1.2 <i>L'azione costitutiva di risoluzione dell'accordo per inadempimento</i> ..	124
 BIBLIOGRAFIA .....	 129

## ***Introduzione***

- Questo lavoro ha ad oggetto gli accordi di programma studiati nell'ambito della consensualità che interessa le pubbliche amministrazioni.

Gli accordi costituiscono un istituto da sempre presente nell'elaborazione del diritto pubblico perché capace di adattarsi a mutevoli esigenze non solo pubbliche, la cui problematicità deriva dall'inserimento in un contesto caratterizzato dalla regola dell'unilateralità.

Oggi, a seguito dalla disciplina generale della legge 7 agosto 1990, n. 241, l'accordo costituisce uno strumento ordinario del potere amministrativo.

Tuttavia, a parte il formale riconoscimento, restano aperti numerosi problemi soprattutto in relazione al regime giuridico applicabile agli accordi fra pubbliche amministrazioni e, in particolare, agli accordi di programma, che costituiscono l'oggetto del presente lavoro.

Peraltro di particolare rilievo risultano gli accordi ambientali per l'articolazione di effetti che riescono a realizzare anche attraverso il coinvolgimento dei privati.

- La ricerca prende le mosse nel capitolo primo dall'analisi di alcune tipologie di accordi, ciascuna connotata da un'esigenza giuridica specifica, selezionate tra le forme di consensualità dotate di un'indiscutibile qualifica pubblicistica.

Gli accordi in materia di tutela del paesaggio ammettono la coesistenza del consenso e dell'esercizio di un potere di regolazione (quale quello pianificatorio), permettendo lo svolgimento congiunto di competenze attribuite a diverse pubbliche amministrazioni.

Gli accordi stipulati nell'ambito della programmazione negoziata e della tutela dell'ambiente pongono l'ulteriore questione della presenza del privato nell'esercizio di una pubblica funzione. Gli accordi della programmazione negoziata esplicitano l'aspetto indispensabile del coinvolgimento dei privati per la realizzazione di interessi pubblici che richiedono sforzi economici oggi non più (e non solo) possibili per le pubbliche amministrazioni.

Le forme di consensualità adoperate nel codice dell'ambiente manifestano la duttilità dello strumento accordo, difatti sono previsti moduli consensuali finalizzati

al coordinamento di soggetti pubblici, accordi con finalità di semplificazione dei procedimenti, nei quali sono coinvolti soggetti privati, e accordi tesi alla definizione dei limiti di immissioni consentiti dalla legge, e dotati di eventuali effetti derogatori.

- L'apparente molteplicità delle tipologie di accordi ha reso necessaria, nel capitolo secondo, un'analisi degli elementi strutturali selezionati in funzione del chiarimento circa la unitaria natura giuridica del modello di accordo.

Ebbene la considerazione dei molteplici fini, che coesistono nell'accordo, consente di riconoscere alle parti un'agile attività di definizione del contenuto, senza che la qualifica, pubblica o privata, dei soggetti sottoscrittori costituisca un limite per il raggiungimento degli interessi pubblici.

Inoltre la flessibilità che connota l'azione consensuale determina l'emersione di spazi ulteriori di discrezionalità che vengono esercitati attraverso la struttura bilaterale. Tale conclusione pone in chiave problematica la tenuta del principio di tipicità. Le soluzioni prospettate vanno verso l'affermazione secondo la quale la libertà di disporre attraverso il consenso deve trovare un punto di convergenza con il principio di tipicità, in quanto alla vigenza di quest'ultimo è legata la possibilità di configurare un potere amministrativo autoritativo.

Da ciò anche il possibile bilanciamento tra la stabilità dell'assetto giuridico concordato e la facoltà di "ritornare sui propri passi", esigenza particolarmente avvertita a proposito della decisione amministrativa.

- Nel terzo capitolo infine si sono affrontati problemi relativi alla disciplina operativa degli accordi, condizionati dai chiarimenti di carattere strutturale.

Nello svolgimento della trattazione è rimasta ferma la chiave di lettura che pone la logica del potere esercitato come trainante rispetto alla logica dell'atto espressione di quel potere.

Dalla qualificazione del modello consensuale nei termini sopra accennati è discesa l'individuazione dei limiti entro i quali trovano applicazione la disciplina di diritto pubblico e quella di diritto privato (secondo il disposto combinato dell'art. 15 e dell'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241), l'intersecazione tra i due sistemi può avvenire infatti solo attraverso la relativizzazione degli assunti tradizionalmente caratterizzanti l'uno e l'altro.

In particolare da un lato il principio generale di parità delle parti subisce delle deroghe laddove il Legislatore qualifichi in termini di minorità la posizione di una di esse e di ciò si ha una conferma anche nella disciplina di diritto privato (si pensi all'asimmetria informativa che può determinare l'inefficacia delle condizioni generali di contratto, secondo il disposto dell'art. 1341 c.c.); dall'altro la disomogeneità tra soggetto pubblico e privato (caratterizzante la specialità del diritto amministrativo) oggi non è più considerata quale elemento fondante la superiorità dell'uno (soggetto pubblico) rispetto all'altro (soggetto privato) e ciò in ragione dei limiti che la posizione soggettiva di interesse legittimo riesce a imporre all'esercizio del potere amministrativo.

L'accordo, strumento dalla natura mista e dalla struttura flessibile, si presta ad accogliere un possibile equilibrio tra le regole di diritto privato del rapporto contrattuale e le regole di diritto pubblico sulla definizione del potere, che sia adattabile agli interessi pubblici che devono essere realizzati.

## CAPITOLO I

### CONSENSUALITA' E ACCORDI TRA PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

SOMMARIO: 1. *Nota introduttiva: la scelta delle ipotesi analizzate* 2. *Le relazioni tra la forma e la sostanza nella materia tutela del paesaggio* 2.1 *Il bene oggetto di tutela: il paesaggio* 2.2 *Il sistema di coordinamento* 2.2.1 *La cooperazione per la tutela e la valorizzazione del paesaggio* 2.2.2 *Il piano paesaggistico* 2.3 *I modelli di riferimento* 2.3.1 *Le intese* 2.3.2 *Gli accordi fra pubbliche amministrazioni* 3. *La programmazione negoziata* 3.1 *Gli accordi con finalità di programmazione: l'intesa istituzionale di programma* 3.2 *Gli accordi con finalità operative: l'accordo di programma quadro e il patto territoriale* 4. *La consensualità nel Codice dell'ambiente* 4.1 *Gli accordi con finalità di semplificazione organizzativa dell'azione amministrativa* 4.1.1 *I procedimenti di valutazione ambientale* 4.1.2 *I procedimenti di gestione delle risorse naturali del suolo e delle acque* 4.1.3 *Il procedimento di autorizzazione integrata ambientale* 4.2 *Gli accordi con efficacia derogatoria* 4.2.1 *La disciplina degli scarichi* 4.2.2 *La raccolta differenziata dei rifiuti* 4.2.3 *La deroga al procedimento di bonifica* 5. *Brevi notazioni conclusive.*

#### *1. Nota introduttiva: la scelta delle ipotesi analizzate*

La necessità di descrivere i diversi fenomeni della consensualità deriva dal fatto che rappresentano, ciascuno, una particolare modalità di manifestazione del modulo dell'accordo, a testimonianza della varietà racchiusa nella formula 'accordo fra pubbliche amministrazioni'.

Infatti le ipotesi specifiche sono talmente diverse che possono anche richiamare un istituto quale quello dell'atto complesso fino ad arrivare alla sovrapposizione con il modello contrattuale di origine privatistica. Conviene muovere proprio dal parametro dell'atto complesso poiché in grado di circoscrivere il fenomeno che interessa.

È il caso degli accordi disciplinati dal Codice dei beni culturali e presenti nei procedimenti di tutela del bene paesaggio sono di esclusiva provenienza pubblica, dunque i privati non possono partecipare a tale forma di esercizio delle pubbliche funzioni. E ciò rappresenta un dato procedimentale esattamente conseguente alla considerazione sostanziale della nozione giuridica di paesaggio nel nostro ordinamento, segnata dalla convivenza di più profili intersecantisi tra essi per giungere a una visione unitaria del bene oggetto di tutela.



Difatti la rilevanza di quest'ultimo è riservata alle valutazioni che si svolgono esclusivamente nelle stanze delle pubbliche amministrazioni, locali e centrali, senza che sia prevista alcuna partecipazione di soggetti privati.

Altra serie di ipotesi riguarda le declinazioni della consensualità nell'ambito di un settore specifico e strategico dell'azione amministrativa: la programmazione economica negoziata. Le variabili del consenso – qui coinvolgenti anche il privato – sono articolate all'interno di un quadro normativo di carattere più generale che impone il coordinamento tra interessi pubblici e privati in ogni momento del procedimento.

Infine l'analisi delle ipotesi di accordi contenuti nel Codice dell'ambiente. La ragione risiede nella maggiore rispondenza alle strutture previste nella normativa di carattere generale dell'art. 15 della legge 7 agosto 1990 e dell'art. 34 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e dunque gli accordi in materia ambientale si articolano secondo le direttrici della semplificazione e della programmazione dell'azione amministrativa.

## *2. Le relazioni tra la forma e la sostanza nella materia tutela del paesaggio*

La tutela del paesaggio offre un'occasione di riflessione su momenti di incontro istituzionale tra più soggetti preposti all'esercizio di diverse funzioni<sup>1</sup> che sono solitamente ricondotti al fenomeno consensuale. L'indagine dunque sarà concentrata sulla portata ed effettività del modello consensuale e sulla correttezza del richiamo stesso al modello consensualistico.

Il tema della tutela del paesaggio, indicato all'art. 9, è ricompreso tra i principi fondamentali della Costituzione. Ma la Costituzione non offre una definizione del bene oggetto di tutela, ovvero il paesaggio.

Dunque il testo costituzionale fissa un obiettivo ultimo da raggiungere, indica cioè il principio che deve trovare realizzazione nell'intero ordinamento giuridico.

E anche la scelta della collocazione tra i principi non è priva di rilevanza. Infatti implica una dimensione concettuale in grado di trovare esplicitazione su molteplici profili giuridicamente rilevanti.

---

<sup>1</sup> Corte costituzionale, 1 aprile 1985, n. 94, in *www.giurcost.it*.

L'unitarietà dell'obiettivo è il primo elemento da tenere fermo in un quadro che, come emerge dall'analisi svolta, risulta sfuggente sotto altri profili, non ultimo quello definitorio, di cui si darà conto.

Tale risultato unitario è affidato alla Repubblica, anch'essa unitariamente intesa. Tuttavia la Repubblica, secondo l'art. 114, è costituita da diverse soggettività, le quali sono chiamate, tutte, a realizzare l'obiettivo unitario e comune della tutela del paesaggio<sup>2</sup>.

Il pluralismo istituzionale rappresenta in questa materia un elemento imprescindibile e in quanto tale un valore da preservare al pari del bene paesaggio e per questo l'esercizio della pluralità di competenze sullo stesso tema tutela del paesaggio avviene congiuntamente, ovvero attraverso l'utilizzo di modalità consensuali.

Da questa breve premessa emerge una relazione tra ciò che si intende per risultato unitario, paesaggio, e la pluralità di competenze espresse e coordinate attraverso gli strumenti consensualistici. E tale relazione è tenuta in particolare considerazione nel corso della successiva esposizione.

## 2.1 *Il bene oggetto di tutela: il paesaggio*

La nozione giuridica di paesaggio è la risultante della trasposizione sul piano giuridico di riflessioni svolte nell'ambito di altri settori delle scienze umane quali la storia, l'architettura, la filosofia tra le altre.

Il metodo interdisciplinare applicato al concetto di paesaggio provoca delle significative ricadute sul piano giuridico. Infatti ciò che si intende con la nozione giuridica di paesaggio è l'insieme di più profili imprescindibili che entrano in relazione poiché ciascuno di essi è idoneo a mettere in luce un "volto" del paesaggio che necessariamente deve trovare emersione perché di paesaggio si possa parlare.

---

<sup>2</sup> Sul punto si veda Corte costituzionale, 25 ottobre 2000, n. 437, punto 2, in [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it).

P. CARPENTIERI, *Commento all'art. 133*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2012, 1013, precisa che l'attribuzione della tutela del paesaggio alla Repubblica costituisce l'attribuzione della stessa competenza di tutela alle entità che costituiscono la Repubblica ai sensi dell'art. 114, e quindi alle Regioni e agli enti locali.

La poliedricità della nozione giuridica di paesaggio emerge dal disposto dei diversi testi normativi che se ne sono occupati<sup>3</sup> e dalla interpretazione che di questi è stata fornita dalla Corte costituzionale e dalla dottrina<sup>4</sup>.

La prima relazione rilevante per la definizione di paesaggio riguarda il rapporto tra il paesaggio stesso (e la sua tutela) e il progresso culturale. L'art. 9 della Costituzione impone alla Repubblica la promozione dello sviluppo della cultura (comma 1) e la tutela del paesaggio<sup>5</sup> (comma 2). Dunque l'emersione di ciò che si intende con paesaggio contribuisce alla realizzazione della funzione di promozione e sviluppo culturale, come affermato anche dall'art. 131<sup>6</sup> del Codice dei beni culturali e del paesaggio, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42.

Difatti la tutela predisposta dal codice mira a preservare quegli *aspetti e caratteri del paesaggio che costituiscono rappresentazione materiale e visibile dell'identità nazionale*.

Il paesaggio allora è espressione dei *valori culturali*<sup>7</sup> di una popolazione che insiste su un territorio.

---

<sup>3</sup> Le tappe legislative fondamentali sono: legge 29 giugno 1939, n. 1497, *protezione delle bellezze naturali*; legge 8 agosto 1985, n. 431, *conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 27 giugno 1985, n. 312, recante disposizioni urgenti per la tutela delle zone di particolare interesse ambientale*; decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490, *testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali*; decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, *codice dei beni culturali e del paesaggio*.

<sup>4</sup> M. IMMORDINO e M.C. CAVALLARO, *Commento all'art. 131*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2012, 983.

<sup>5</sup> A. PREDIERI, *Paesaggio*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXI, Milano, 1981, 505, afferma la necessità di recuperare anche nella elaborazione della nozione di paesaggio il rapporto gerarchico tra fonti diverse quali la Costituzione e la legge ordinaria. In ragione di tale rapporto ritiene necessario l'abbandono delle precedenti ricostruzioni tese a sovrapporre il paesaggio alle bellezze naturali e il recupero di una nozione di paesaggio coerente con i valori costituzionali.

Proprio in relazione ai valori espressi dalla formulazione dell'art. 9 la Corte costituzionale, 29 dicembre 1982, n. 239, punto 6 del considerato in diritto, in [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it), afferma "*questa nell'art. 9, secondo comma, accomuna la tutela del paesaggio a quella del patrimonio storico ed artistico e detta il suo precetto, come già ha rilevato parte della dottrina, ai fini di proteggere e migliorare i beni (culturali) suddetti e contribuire così all'elevazione intellettuale della collettività*".

<sup>6</sup> Il testo vigente dell'art. 131 è stato riscritto dall'art. 2, comma 1, lett. a), del d. lgs. 26 marzo 2008, n. 63, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* n. 84 del 9 aprile 2008.

<sup>7</sup> Art. 131, comma 4.

C. MARZUOLI, *Il paesaggio nel nuovo Codice dei beni culturali*, in *Aedon*, 3/2008, 5, affronta le diverse relazioni che si profilano tra il paesaggio, l'identità nazionale e l'espressione di valori culturali promananti dall'uno o dall'altra, con rilevanti ricadute in termini di tutela. Il riferimento all'identità nazionale pone inoltre l'interrogativo sulla meritevolezza della tutela in relazione a valori culturali non espressivi della civiltà nazionale.

Ma *il territorio espressivo di identità* è tale in quanto abbia subito contemporaneamente e continuativamente modificazioni ad opera di agenti naturali ed umani e pertanto diviene testimonianza *materiale e visibile* dell'esistenza di una civiltà *nazionale*.

Si profila così la seconda dimensione relazionale che interessa la nozione giuridica di paesaggio.

Il valore paesaggistico insiste sul territorio modificato (anche) dall'opera dell'uomo e in quanto tale visibile<sup>8</sup>. Ma ciò che oggi è visibile altro non è che la compiuta trasformazione di un territorio che ieri appariva in altro modo e quindi espressivo di valori culturali "altri". E in ragione di ciò il momento statico dell'osservazione entra in relazione con elementi dinamici di trasformazione<sup>9</sup>.

In termini giuridici si può affermare la necessità di coordinare (e quindi bilanciare) l'interesse alla conservazione (riconciliabile all'aspetto statico) con l'interesse alla modifica (aspetto dinamico) insistenti sull'unico bene che è il territorio.

Le conseguenze che ne discendono sono da un lato la dimensione più ampia del concetto di paesaggio non riducibile a singole categorie di beni e in quanto tale idonea ad esprimere un valore<sup>10</sup> che è rappresentato nel territorio complessivamente inteso<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Già l'art. 1 della l. n. 1497/1939 riconosceva un interesse pubblico *notevole* a cose immobili create dalle trasformazioni naturali, a beni immobili opera dell'ingegno umano, a complessi di immobili dotate di valore estetico e infine alle bellezze panoramiche. La più recente giurisprudenza costituzionale sul punto non manca di sottolineare che *il concetto di paesaggio [...] riguarda l'ambiente nel suo aspetto visivo*, Corte costituzionale, 7 novembre 2007, n. 367, punto 7.1 del considerato in diritto, in [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it).

<sup>9</sup> Tale relazione comporta il parziale superamento della più tradizionale delle impostazioni che poneva preminente attenzione all'aspetto estetico. La tutela si concentrava su beni - bellezze naturali secondo il disposto della l. n. 1497/1939. Secondo la dottrina il paesaggio coincide con la nozione di bellezza naturale intesa "*nel senso tradizionale della nostra legislazione, e cioè in un senso che ha di mira unicamente i valori paesistici sotto il profilo dei quadri naturali che essi realizzano*", A.M. SANDULLI, *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, in *Riv. giur. ed.*, 1967, II, 73.

<sup>10</sup> Corte costituzionale, 29 dicembre 1982, n. 239, punto 6 del considerato in diritto, in [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it), "*un valore estetico - culturale relativo alle bellezze paesistiche, nel che si sostanzia la nozione di paesaggio accolta dalla Costituzione*".

<sup>11</sup> Per primo A. PREDIERI, *Paesaggio cit.*, 507, scrive del paesaggio come "*ambiente visibile, ma inscindibile dal non visibile, come un conseguente riferimento di senso o di valori a quel complesso di cose*". Il paesaggio diviene espressione della "*forma e aspetto del territorio*".

In seguito l'art. 1-bis della legge 8 agosto 1985, n. 431, richiede alle regioni la redazione di piani paesistici del proprio territorio al fine di salvaguardare i valori paesistici e ambientali. Anche la

Sono questi infatti i due profili di osservazione che consentono la ricomposizione sul piano oggettivo della frammentarietà di elementi suggeriti dall'espressione paesaggio: il paesaggio è valore in tanto in quanto esistano soggettività in grado di percepirne la rilevanza (e per questo sono necessari soggetti in grado di percepirlo) e connota l'intero territorio.

Entrambi i rilievi hanno trovato sicura espressione normativa nella Convenzione europea del paesaggio, firmata a Firenze il 20 ottobre del 2000<sup>12</sup>. Ma entrambi i profili comportano diversi ordini di problemi.

Il primo profilo. Il rilievo di valori culturali percepiti determina la pluralità dei soggetti, pubblici ma non solo, potenzialmente idonei ad esprimere tale percezione.

Da qui il primo delicato interrogativo circa la selezione dei soggetti portatori di interessi differenziati e qualificati in relazione all'attività di emersione dei valori stessi e quindi di emersione del valore paesaggistico<sup>13</sup>.

Il secondo interrogativo si pone invece in relazione alle istituzioni individuate quali portatrici di interessi sicuramente rilevanti per il territorio e perciò competenti ed assumere le funzioni di tutela e valorizzazione del paesaggio.

Corte costituzionale nella sentenza 27 giugno 1986, n. 151, punto 4.1 del considerato in diritto, in *www.giurcost.it*, ritiene legittima la legge Galasso nella nuova previsione del sistema di tutela dell'intero territorio poiché *“introduce una tutela del paesaggio improntata a integralità e globalità, vale a dire implicante una riconsiderazione assidua dell'intero territorio nazionale alla luce e in attuazione del valore estetico-culturale”*.

<sup>12</sup> Recepita con legge 9 gennaio 2006, n. 14, pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* n. 16 del 20 gennaio 2006, Suppl. Ordinario n.16.

<sup>13</sup> L'art. 1 della Convenzione europea del paesaggio prevede che il *“Paesaggio”* designa una determinata parte di territorio, così come è percepita dalle popolazioni” e il testo previgente dell'art. 131, parlando della tutela del paesaggio, faceva riferimento alla salvaguardia di valori *“quali manifestazioni identitarie percepibili”*. L'elemento della percezione risulta il grande assente nella nuova formulazione dello stesso articolo, come sottolineato da M. IMMORDINO e M.C. CAVALLARO, *Commento all'art. 131 cit.*, 992. La novità non era di poco conto dal momento che era stata salutata dalla dottrina come *“il superamento di una concezione estetico-culturale di paesaggio, messa a punto dalla giurisprudenza costituzionale dai primi anni '80 in avanti”*, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Commento all'art. 131*, in M. Cammelli (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna, 2007, 522.

C. MARZUOLI, *Il paesaggio nel nuovo Codice dei beni culturali*, in *Aedon*, 3/2008 in relazione alla formulazione del nuovo art. 131 non ha mancato di sollevare dubbi di costituzionalità in virtù del necessario rispetto delle fonti internazionali da parte della normativa nazionale. Inoltre la soppressione del riferimento al *“soggetto che percepisce, la comunità”* comporta che l'unico soggetto legittimato a percepire e individuare il valore – paesaggio, inteso come espressione di identità nazionale, è la classe di operatori istituzionali, tecnici e politici.

La pluralità istituzionale che emerge dalla stessa nozione percettiva di paesaggio dovrebbe rappresentare essa stessa valore e garanzia nello svolgimento delle attività di amministrazione del paesaggio stesso e deve necessariamente trovare un percorso collaborativo idoneo a garantire il coordinamento per il raggiungimento di quell'obiettivo che è, e rimane, unitario, come sopra visto, e che è rappresentato dal valore-paesaggio.

Il secondo profilo. L'art. 2 della Convenzione europea del paesaggio afferma che il campo di applicazione della Convenzione è l'intero territorio, ovvero *“concerne sia i paesaggi che possono essere considerati eccezionali, che i paesaggi della vita quotidiana e i paesaggi degradati”*.

Ma il territorio è anche la realtà su cui insiste *“l'assetto e l'incremento edilizio dei centri abitati”*<sup>14</sup>. Dunque il piano giuridico determina un necessario frazionamento di competenze attribuite ciascuna ad un diverso livello di governo territoriale, con la conseguente gradazione di potestà legislativa (esclusiva e concorrente) al fine di perseguire l'effettività delle funzioni.

Ma l'unitarietà, prima che giuridica, fisica del bene oggetto dell'intervento pubblico impone la ricerca di un piano sul quale operare la ricomposizione delle diverse azioni.

Ebbene se la tutela dell'art. 9 è stata intesa come *“una direzione della costruzione del paesaggio, nella scelta fra i diversi interessi e le diverse possibilità di uso e destinazione”*<sup>15</sup> e perciò ha suggerito la conclusione a favore della coincidenza della materia tutela del paesaggio con l'urbanistica<sup>16</sup>, si deve dare atto anche dell'esistenza di altre ricostruzioni.

Difatti, nonostante l'autorevole posizione dottrinale sul punto, la Corte Costituzionale<sup>17</sup>, con un orientamento altrettanto risalente e costante nel tempo, ha

---

<sup>14</sup> Corte costituzionale 24 luglio 1972, n. 141, punto 3, in *www.giurcost.it*.

<sup>15</sup> A. PREDIERI, *Paesaggio cit.*, 513.

<sup>16</sup> A. PREDIERI, *Paesaggio cit.*, 514.

<sup>17</sup> Secondo la giurisprudenza costante della Corte costituzionale già dalla sentenza 24 luglio 1972, n. 141, punto 3, in *www.giurcost.it*, *“con riferimento ai contenuti voluti dalla Costituzione, appare consentita la separazione dell'urbanistica in senso proprio, come sopra intesa, dalla problematica concernente la conservazione e valorizzazione delle bellezze naturali d'insieme e cioè di quelle località il cui caratteristico aspetto abbia valore estetico e tradizionale, e delle bellezze panoramiche considerate come quadri naturali nonché di quei punti di vista o di belvedere, accessibili al pubblico, dai quali si goda lo spettacolo di quelle bellezze”*.

affermato la separazione delle materie e delle competenze relative alla “conservazione del paesaggio” e “fruizione del territorio”<sup>18</sup>.

Entrambe le materie regolano una realtà che si presenta come un intreccio di interessi la cui contrapposizione non deriva necessariamente dalla provenienza pubblica o privata dei titolari degli stessi interessi. Ma l’occasione dei conflitti generati dal riparto di competenze legislative tra soggetti pubblici ha sempre fornito l’opportunità di affermare la necessità di coordinamento<sup>19</sup> tra le istanze plurali dei soggetti agenti sul territorio.

Il piano sul quale è avvenuta la ricomposizione degli interessi in gioco è senz’altro quello della considerazione intrinseca dei valori espressi dalla tutela del paesaggio e dal governo del territorio.

Infatti il riconoscimento della tutela del paesaggio tra i principi fondamentali della Repubblica ne ha determinato la considerazione di valore primario<sup>20</sup>, e in quanto tale ne ha escluso l’assorbimento nella materia urbanistica, ma ha consentito che il perseguimento della tutela paesaggistica avvenga anche attraverso gli strumenti urbanistici<sup>21</sup>.

La sovraordinazione del paesaggio in quanto valore “primario” e “assoluto” “costituisce un limite alla tutela degli altri interessi pubblici assegnati alla competenza concorrente delle Regioni in materia di governo del territorio e di valorizzazione dei beni culturali e ambientali”<sup>22</sup>.

In ragione di ciò anche il profilo procedimentale dell’azione amministrativa attua l’esigenza di coordinamento al fine di realizzare un intervento coerente sul territorio.

---

<sup>18</sup> La prima attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, la seconda affidata alla competenza concorrente delle Regioni, secondo l’art. 117, Cost. e Corte costituzionale, sentenza 7 novembre 2007, n. 367, punto 7.1, in [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it).

<sup>19</sup> Corte costituzionale 24 luglio 1972, n. 141, punto 3, in [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it), inoltre si legge: “la tutela ambientale non essendo che una delle possibili specificazioni degli interessi pubblici connessi al controllo dell’utilizzazione del territorio”.

<sup>20</sup> L’espressione si rinviene già in Corte costituzionale, 21 dicembre 1985, n. 359, punto 4, in [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it).

<sup>21</sup> M. IMMORDINO, *I piani paesaggistici nella giurisprudenza costituzionale*, in *Il diritto urbanistico in 50 anni di giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di M.A. Sandulli, M.R. Spasiano, Milano, 2006, 90, parla di autonomia e strumentalità dell’urbanistica rispetto alla tutela dei valori paesaggistici.

<sup>22</sup> Corte costituzionale, sentenza 7 novembre 2007, n. 367, punto 7.1, in [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it).

Difatti la Regione, che approva il piano paesaggistico, è vincolata a conformarsi ad esso nell'esercizio successivo della potestà di pianificazione urbanistica<sup>23</sup> ed è tenuta a predisporre (unilateralmente) i procedimenti idonei ad adeguare gli strumenti urbanistici già in vigore, garantendo la partecipazione degli organi statali<sup>24</sup>.

## 2.2 Il sistema di coordinamento

Se la frammentarietà delle competenze ai diversi livelli di governo è espressione del pluralismo istituzionale del nostro ordinamento garantito nel testo costituzionale, la necessità di ricomposizione è ancora più evidente quando si pensa al paesaggio come valore che ha una vocazione unitaria di conformazione dell'intero territorio nazionale<sup>25</sup>.

In particolare a proposito di paesaggio si pone la necessità di coordinare le competenze di tutela e di valorizzazione.

L'articolo 117, come modificato dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, attribuisce alla potestà legislativa esclusiva dello Stato la tutela dei beni culturali e alla potestà legislativa concorrente delle Regioni la tutela della funzione di valorizzazione<sup>26</sup>.

Il nodo definitorio è sciolto dal testo del Codice ai commi 4 e 5 dell'art. 131. Il comma 4 definisce la tutela come la funzione volta a “*riconoscere*”, “*salvaguardare*” e “*recuperare*” i valori culturali espressi dal paesaggio attraverso

---

<sup>23</sup> In questo senso dispone l'art. 145, comma 3, del d.lgs. 42/2004, come interpretato dalla Corte Costituzionale, sentenza 30 maggio 2008, n. 180, in *www.giurcost.it*.

Sul difficile rapporto di integrazione tra le competenze urbanistiche e paesaggistiche della Regione e sull'assenza di una disciplina positiva idonea a costituire un momento di raccordo tra le diverse funzioni attribuite si veda P. MARZARO, *L'amministrazione del paesaggio*, Torino, 2011, 38.

<sup>24</sup> L'art. 145, comma 5, recita “*La regione disciplina il procedimento di conformazione ed adeguamento degli strumenti urbanistici alle previsioni della pianificazione paesaggistica, assicurando la partecipazione degli organi ministeriali al procedimento medesimo*”.

<sup>25</sup> Per l'interpretazione uniforme della Corte costituzionale si veda sentenza 25 ottobre 2000, n. 437, punto 2, in *www.giurcost.it*; 27 luglio 2000, n. 378, punto 4, in *www.giurcost.it*.

<sup>26</sup> Non mancano dubbi in dottrina sulla possibilità di applicare in concreto la regola del riparto di competenze in virtù di quello che è stato definito “*un elevato grado di interconnessione funzionale*” tale da impedire una separazione già in via teorica delle competenze, C.P. SANTACROCE, *Osservazioni sul tema degli accordi tra Stato e regioni nell'esercizio della funzione di pianificazione paesaggistica*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, fasc. 1-2, 235.



l'attività di conformazione e regolazione di diritti e comportamenti. Il comma 5 parla di valorizzazione come attività volta alla “*promozione*” dello sviluppo della cultura. La promozione e il sostegno avvengono attraverso “*appropriate attività di conoscenza, informazione e formazione, riqualificazione e fruizione del paesaggio nonché la realizzazione di nuovi valori paesaggistici coerenti e integrati*”.

Il nodo è piuttosto intricato<sup>27</sup>. L'attività di riconoscimento del valore paesaggistico, che presuppone la conoscenza del territorio, appare profilarsi come il contenuto e della funzione di tutela e di quella di valorizzazione, ciascuna attribuita a soggetti differenti.

Ancora una conferma del fatto che la pluralità dei soggetti legittimati a percepire l'esistenza del paesaggio rilevante ai fini della tutela e della valorizzazione è esso stesso valore da bilanciare, e quindi coordinare, con l'esigenza di unitarietà dell'intervento sul territorio per il raggiungimento del risultato unitario della tutela del paesaggio, come principio fondamentale secondo l'art. 9 della Costituzione.

Il fine del mantenimento del risultato sostanziale unitario è perseguito attraverso la predisposizione di modalità di esercizio dei poteri amministrativi che garantiscano la collaborazione tra enti diversi.

I momenti procedurali di ricomposizione della frammentarietà istituzionale considerati ai fini del presente studio sono le relazioni per la definizione delle politiche per la conservazione e la valorizzazione del paesaggio e le dinamiche relative alla pianificazione paesaggistica.

### 2.2.1 *La cooperazione per la tutela e la valorizzazione del paesaggio*

Il momento prioritario di incontro tra le soggettività coinvolte consiste nella redazione delle linee politiche generali di tutela e valorizzazione del paesaggio<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> La necessità di chiarire e bilanciare il riparto di competenze tra Stato e Regioni è stata all'origine dei due decreti correttivi al codice dei beni culturali, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 45 del 24 febbraio 2004, emanati con d.lgs. 24 marzo 2006, n. 157 e d.lgs. 26 marzo 2008, n. 63. Per una ricostruzione delle vicende relative ai rapporti tra competenze di istituzioni statali e regionali si veda P. MARZARO, *L'amministrazione del paesaggio*, Torino, 2011, 10 e ss.

<sup>28</sup> Il coinvolgimento dello Stato e delle Regioni nell'esercizio della funzione di formulazione dei principi generali appare come la necessaria conseguenza della previsione dell'art. 2 della Convenzione europea del paesaggio, così come appare recepito nell'art. 133 del Codice. La conferma

L'intesa è lo strumento che consente il coordinamento delle competenze statali e regionali al fine di definire le politiche per la conservazione e la valorizzazione del paesaggio nel rispetto del principio di leale collaborazione<sup>29</sup>.

Il pluralismo dei soggetti legittimati ad intervenire è una delle direttive fondamentali della Convenzione europea del paesaggio del 20 ottobre 2000. In particolare l'art. 5, richiede un coinvolgimento di tutte le forze, istituzionali e non solo, per la definizione delle "politiche paesaggistiche" che siano di indirizzo alle misure specifiche di protezione, gestione e pianificazione.

La partecipazione in sede di determinazione delle direttrici generali dell'azione amministrativa in tema di tutela paesaggistica si sviluppa sul piano del rapporto politico tra enti rappresentativi e sul piano organizzativo delle funzioni strettamente amministrative.

Rispetto a quest'ultimo profilo l'intesa predisporre, al pari di un atto organizzativo, anche sedi di incontro per la redazione congiunta di direttive, nell'ottica di una semplificazione che incide sul momento antecedente dell'organizzazione e sul momento successivo dell'azione<sup>30</sup>.

Le amministrazioni partecipanti dispongono della propria autonomia organizzativa, nei limiti stabiliti dalla legge e dai rispettivi statuti nel caso di enti locali, vincolandosi al successivo rispetto degli impegni partecipativi adottati.

Il pregio della scelta consensuale sta nella flessibilità dello strumento dell'intesa rispetto alla rigidità tipica dell'impostazione gerarchica del rapporto tra enti, il rischio tuttavia è la dilatazione dei tempi di decisione su elementi prodromici, o che tali dovrebbero essere, rispetto ad attività successive<sup>31</sup>.

anche in dottrina: S. AMOROSINO, *La governance e la tutela del paesaggio tra Stato e Regioni dopo il secondo decreto correttivo del Codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Riv. giur. urb.*, 2009, 111.

<sup>29</sup> L'intesa è lo strumento con cui si intrattengono rapporti intersoggettivi tra enti diversi. Sono frequenti nei rapporti tra lo Stato e le Regioni come è segnalato tra l'altro nell'art. 118 della Costituzione, comma 3. È lo strumento privilegiato per garantire l'unitarietà dello Stato in relazione alle competenze regionali, secondo quanto previsto dall'art. 118, comma 1.

<sup>30</sup> A. CROSETTO, *La semplificazione procedimentale nel governo del territorio: conferenze e accordi di copianificazione*, in *Quaderni regionali*, 2011, fasc. 1, 344.

<sup>31</sup> P. CARPENTIERI, *Commento all'art. 133*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2012, 1016, cita come esempio di attuazione del principio di cooperazione sancito all'art. 133 l'intesa tra il Ministero e la Conferenza Stato-Regioni, stipulata ai sensi dell'art. 156, comma 2 del Codice, per stabilire le procedure di ricognizione degli immobili soggetti a tutela, le tecniche per la rappresentazione cartografica e le modalità di scambio di informazioni tra gli enti interessati. Ebbene l'intesa è stata siglata nella seduta della Conferenza del 20 aprile 2011 ma fino alla

Tale collaborazione assume un ruolo decisivo in relazione alle competenze attribuite alle Regioni e al Ministero nell'ambito dell'individuazione dei beni costituenti il patrimonio culturale, ovvero in relazione a quel contenuto particolare che partecipa delle funzioni di tutela e di valorizzazione del paesaggio, così come distintamente individuate.

Tale attività di riconoscimento del valore paesaggistico costituisce infatti un'azione "autonoma" dei soggetti preposti alla tutela.

Il provvedimento dichiarativo dell'interesse pubblico può contenere la specifica disciplina di tutela che si pone accanto alle prescrizioni del piano concordate dai soggetti stipulanti l'accordo.

Ai sensi dell'art. 138 l'iniziativa per l'adozione della dichiarazione spetta al Ministero, alla Regione e agli altri enti pubblici territoriali interessati; segue la valutazione della commissione costituita secondo le previsioni dell'art. 137 e la pubblicazione necessaria all'instaurazione di un previo contraddittorio con l'amministrazione regionale, infine il procedimento si conclude con l'adozione del provvedimento di dichiarazione di notevole interesse pubblico da parte della Regione.

Tuttavia viene fatto salvo il potere del Ministero di emanare la dichiarazione, attribuendo alla Regione un ruolo consultivo che potrà essere superato in caso di inerzia protratta oltre i 30 giorni dalla richiesta. Il silenzio serbato dall'amministrazione regionale sembra non precludere la conclusione del procedimento di iniziativa ministeriale<sup>32</sup>.

---

riforma operata dal d.lgs. 24 marzo 2006, n. 157 essa era propedeutica agli accordi per la verifica e l'adeguamento dei piani paesaggistici esistenti. Il rispetto del precedente disposto normativo avrebbe dunque determinato la paralisi della successiva attività. Tuttavia la prassi ha scongiurato tale rischio grazie ad un'interpretazione non "rigorista" circa tale modalità di cooperazione, poi recepito nella modifica che il decreto n. 157/2006 ha apportato al Codice.

<sup>32</sup> L'efficace analisi di S. AMOROSINO, *La governance e la tutela del paesaggio tra Stato e Regioni dopo il secondo correttivo del Codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Riv. giur. urb.*, 2009, 100, legge in questa disposizione il mantenimento della "primazia" statale sulla determinazione di ciò che è bene paesaggistico. A fronte di un rinvigorismento del ruolo dell'amministrazione regionale nella gestione del paesaggio, inteso come *intero paesaggio regionale*.

Tuttavia proprio in relazione a quest'ultimo profilo è opportuno menzionare il primo comma dell'art. 145 laddove ravvisa come "compito di rilievo nazionale" la definizione da parte degli organi ministeriali degli indirizzi di pianificazione idonei a conformare il territorio nazionale rilevante come paesaggio.

La dichiarazione di notevole interesse pubblico “*costituisce parte integrante del piano paesaggistico*”<sup>33</sup> e non è modificabile o revocabile in sede di redazione del piano.

Dunque il coordinamento nel procedimento di dichiarazione può avvenire solo in un momento antecedente rispetto a quello della adozione del vincolo, poiché neanche in sede di pianificazione è consentita la modifica della prescrizione adottata. Da qui la rilevanza della cooperazione nella determinazione di indirizzi e criteri condivisi che possano essere una guida nell’esercizio del potere di porre il vincolo paesaggistico.

### 2.2.2 Il piano paesaggistico

La ricomposizione delle funzioni di tutela e valorizzazione del paesaggio avviene in sede di pianificazione paesaggistica. Il piano paesaggistico infatti è lo strumento preposto a tradurre sul fronte procedimentale ed esecutivo la nozione giuridica di paesaggio.

Il procedimento di formazione del piano infatti coordina, vedremo attraverso quali strumenti, le diverse competenze di Stato e regioni.

Lo strumento che consente il primo incontro istituzionale tra i soggetti coinvolti è l’intesa.

La stipulazione dell’intesa, prevista al comma secondo dell’art. 143, è finalizzata alla “*definizione delle modalità di elaborazione congiunta dei piani paesaggistici*”. Le parti inoltre definiscono nella stessa intesa il termine entro il quale deve terminare il procedimento di elaborazione del piano paesaggistico.

La previsione codicistica dell’intesa è limitata ad alcuni contenuti del piano, indicati al primo comma dello stesso articolo alle lettere b)<sup>34</sup>, c) e d)<sup>35</sup>, la cui

---

La disposizione, frutto del secondo correttivo apportato al codice dei beni culturali con il d.lgs. 26 marzo 2008, n. 63, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* n. 84 del 9 aprile 2008, sembra confermare la tendenza accentratrice sottolineata dall’Autore.

<sup>33</sup> Articolo 140, comma 2.

<sup>34</sup> La lettera b) prescrive la ricognizione di aree e beni già oggetto di vincolo paesaggistico imposto dalla dichiarazione di notevole interesse pubblico come disciplinata dagli articoli 136 e seguenti del Codice. Tali prescrizioni devono essere parte integrante del piano e non sono “*suscettibili di rimozioni o modifiche nel corso del procedimento di redazione o revisione del piano medesimo*” ai sensi dell’art. 140, comma 2. Dal procedimento di dichiarazione di notevole interesse pubblico

elaborazione deve necessariamente coinvolgere la regione e il Ministero per i beni e le attività culturali, in tal caso si parla di intesa necessitata<sup>36</sup>.

Per i restanti contenuti del piano invece l'intesa non è prescritta come unica modalità procedimentale, rappresenta quindi una scelta discrezionale della regione e si definisce intesa volontaria<sup>37</sup>.

L'intesa *preliminare*<sup>38</sup> recepisce la concorde volontà dello Stato e della Regione di collaborare nell'elaborazione del piano paesaggistico.

La prassi applicativa consente di ricondurre tra i contenuti dell'intesa in discorso la predisposizione di forme di comunicazione privilegiate tra gli enti interessati, relative allo scambio di informazioni rilevanti. Altre intese riconoscono ai soggetti sottoscrittori la possibilità di creare qualsiasi “*forma di fattiva collaborazione*”<sup>39</sup> e dunque anche attraverso la costituzione di un ufficio di redazione misto.

Una delle scelte organizzative compiute più frequentemente in tale sede consiste nell'attribuzione, ai sensi dell'art. 57 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, di valore ed effetti di piano paesaggistico al piano territoriale di coordinamento provinciale<sup>40</sup>. Si allarga così la platea dei soggetti legittimati a

---

sembrano residuare limitati margini di contrattazione tra le pubbliche amministrazioni in sede di pianificazione.

<sup>35</sup> Si tratta di aree il cui interesse paesaggistico è già previsto *ex lege* ai sensi dell'art. 142 (lett. c) e dei beni sottoposti a tutela per la prima volta dal piano stesso (lett. d). Per la prima categoria la concertazione può interessare il *quomodo* della tutela, ad esclusione sembrerebbe dell'*an*.

Non mancano voci in dottrina che hanno fatto emergere il rischio in punto di effettività della tutela di utilizzo di procedure coordinate per la redazione di parti del piano e unilaterali per le altre, si veda sul punto S. AMOROSINO, *La governance e la tutela del paesaggio tra Stato e Regioni dopo il secondo decreto correttivo del Codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Riv. giur. urb.*, 2009, 108.

<sup>36</sup> S. AMOROSINO, *Articoli 143-144-145*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2012, 1110.

<sup>37</sup> S. AMOROSINO, *Articoli 143-144-145 cit.*, 1111.

<sup>38</sup> Secondo la definizione contenuta nel Disciplinare di attuazione del protocollo di intesa tra Ministero per i beni e le attività culturali e la Regione Toscana, approvato con deliberazione della Giunta regionale, 22 gennaio 2007, n. 34 e pubblicato sul *B.U.R.T.* n. 6 del 7 febbraio 2007, 45.

<sup>39</sup> Art. 2, Protocollo d'intesa tra il Ministero per i beni e le attività culturali e la Regione Toscana, approvato con deliberazione della Giunta regionale, 22 gennaio 2007, n. 34 e pubblicato sul *B.U.R.T.* n. 6 del 7 febbraio 2007, 42.

<sup>40</sup> Si veda in proposito l'intesa istituzionale preliminare firmata in data 27 ottobre 2006 tra il Ministero per i beni e le attività culturali, Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e Regione Campania, pubblicata in *Bollettino Ufficiale della Regione Campania*, n. speciale del 10 gennaio 2007, e concernente le modalità di collaborazione per l'elaborazione congiunta dei piani territoriali con specifica considerazione dei valori paesaggistici.

prendere parte, in quanto titolari di una competenza specifica, all'attività di redazione del piano.

L'obbligo di elaborazione congiunta del piano per alcune tipologie di prescrizioni consente inoltre l'affievolimento del parere del soprintendente, obbligatorio per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, da vincolante a non vincolante, a seguito della verifica positiva del Ministero dell'adeguamento degli strumenti urbanistici<sup>41</sup>.

Dunque il ruolo partecipativo dello Stato in sede di redazione del piano e di controllo assume un'imprescindibile necessarietà che si riverbera sul ruolo dello stesso soggetto statale nel successivo sviluppo del procedimento di rilascio del titolo autorizzatorio.

Il secondo momento consensualistico rilevante nel procedimento di formazione del piano è l'accordo fra pubbliche amministrazioni, ai sensi dell'art. 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241, che deve contenere il piano paesaggistico, il termine entro il quale il piano deve essere approvato con provvedimento regionale e le modalità della sua attuazione e modifica.

Tuttavia, nelle stesse ipotesi in cui è prevista l'intesa necessaria nella fase di elaborazione del piano (ovvero le prescrizioni dell'art. 143, comma 1, lett. b), c) e d)), il disposto normativo<sup>42</sup> prevede che la mancata approvazione regionale entro il termine concordato e contenuto nell'accordo di recepimento del piano faccia subentrare la competenza ministeriale di approvazione in via sostitutiva con decreto, a garanzia della conclusione del procedimento amministrativo di pianificazione paesaggistica<sup>43</sup>.

La fungibilità tra Regione e Stato nell'esercizio della potestà di adozione del provvedimento trova la propria ragion d'essere nella vincolatività dell'accordo per le

---

Una scelta diversa si legge nel protocollo d'intesa tra il Ministero per i beni e le attività culturali e la Regione Toscana, siglato in data 22 gennaio 2007, con cui si attribuisce al piano di coordinamento territoriale provinciale la competenza a specificare ulteriori elementi da tutelare all'interno degli ambiti sottoposti a tutela dal piano di indirizzo territoriale regionale.

<sup>41</sup> Art. 146, comma 5, Codice dei beni culturali e del paesaggio.

<sup>42</sup> Art. 143, comma 2, del Codice.

<sup>43</sup> Coerentemente al principio generale oggi positivizzato nell'art. 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* 18 agosto 1990, n. 192.

parti stipulanti obbligate a darvi esecuzione<sup>44</sup> piuttosto che nell'esigenza di garantire l'unitarietà nell'esercizio della funzione di tutela.

### 2.3 I modelli di riferimento

La pluralità di interessi relativi al paesaggio legittima il frazionamento delle competenze in capo a diversi soggetti coinvolti nei procedimenti di intervento. Tuttavia se la frammentazione è elemento essenziale per l'individuazione del bene oggetto di tutela da un punto di vista sostanziale, la semplificazione è momento indispensabile per poter garantire un intervento efficace sul bene paesaggio.

Gli strumenti utilizzati per l'attuazione del principio di semplificazione sono essenzialmente l'intesa e gli accordi tra pubbliche amministrazioni<sup>45</sup>, da qui la necessità di interrogarsi sui modelli di consensualità da essi realizzati e sulle implicazioni derivanti dalla scelta dell'uno o dell'altro tipo<sup>46</sup>.

Nonostante la funzione di coordinamento per un migliore svolgimento di compiti istituzionali, la ricostruzione giuridica di questi fenomeni è stata da sempre connessa alla riflessione sui rapporti contrattuali che le pubbliche amministrazioni intrattengono, anche con soggetti privati, per lo svolgimento di attività solo mediamente legate alla funzione pubblica primaria perseguita e che pertanto sono riconducibili all'attività di diritto privato delle pubbliche amministrazioni<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> Il decreto di approvazione svolge una funzione di esternazione per Consiglio di Stato, VI, 5 gennaio 2001, n. 25, in *Riv. giur. amb.*, fasc. 3-4, 476, punto 3.6, e in quanto tale non determina l'esaurimento dei poteri regionali, punto 3.9.

<sup>45</sup> R. FERRARA, *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1993, 547.

<sup>46</sup> Come il diritto del paesaggio rappresenti un ottimo terreno per porsi interrogativi di sistema è sottolineato anche da S. AMOROSINO, *Beni naturali energie rinnovabili paesaggio. Studi "in itinere"*, Napoli, 2012, 57.

<sup>47</sup> La negoziabilità dei poteri amministrativi è stata positivizzata per la prima volta all'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241. Questa previsione muta il punto di vista ben radicato in dottrina, tra gli altri in particolare V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, fasc. 2, 2003, 219, circa l'inammissibilità di forme di contrattazione nell'esercizio di poteri pubblici e conferma le posizioni di M. NIGRO, *Conclusioni*, in *L'accordo nell'azione amministrativa*, a cura di A. Masucci, Formez, Roma, 1988, 86, circa la ontologica negoziabilità del potere. Posizione oggi condivisa anche da G. SCIULLO, *Profili degli accordi fra amministrazioni pubbliche e privati*, in *Dir. amm.*, 2007, fasc. 4, 806.

Da qui la prima precisazione: l'attività oggetto del fenomeno consensuale di cui si tratta è l'attività amministrativa, intesa quale attività che deve necessariamente svolgersi per il raggiungimento di fini di interesse pubblico stabiliti dalla legge.

In relazione a tale attività si rileva la sicura equiordinazione dei soggetti competenti secondo le previsioni normative di settore<sup>48</sup>.

### 2.3.1 *Le intese*

Le implicazioni dell'utilizzo del modello consensuale dell'intesa sono determinate solo mediamente dall'assetto delle competenze attribuite ai soggetti che sottoscrivono l'intesa stessa.

Difatti l'intesa<sup>49</sup> è lo strumento idoneo a ricomporre la divergenza tra interessi pubblici determinata dal frazionamento di funzioni che subiscono reciproche interferenze in sede di esecuzione da parte di soggetti diversi<sup>50</sup>. Ma è anche lo strumento idoneo a consentire la concertazione preventiva di più soggetti pubblici, titolari di un'identica potestà pubblica, finalizzata all'esercizio della potestà "condivisa" attraverso modalità organizzative flessibili<sup>51</sup>.

Superando il diverso modo di atteggiarsi delle competenze, l'intesa mira a realizzare una collaborazione che è stata definita "*di risultato*", ovvero che mira al

---

<sup>48</sup> R. FERRARA, *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1993, 552.

<sup>49</sup> R. ROFFI, «Concerto» e «intesa» nell'attività amministrativa: spunti ricostruttivi, in *Giur. it.*, 1988, II, 414; G. RIZZA, *Intese I) Diritto Pubblico*, in *Enc Giur.*, 1989, 1; A. MANNO e G. ARCANGIOLI, *Le intese istituzionali di programma Stato-Regioni*, in *Le ist. del federalismo*, 2, 1999, 323; S. AGOSTA, *La Corte e i «fili sospesi» del nuovo Titolo V (considerazioni a margine della giurisprudenza costituzionale del triennio sulle intese tra Stato e Regioni)*, in *www.giustamm.it*, 2005, 1.

<sup>50</sup> A. COSTANZO, *Aspetti problematici delle intese fra Stato e Regione*, in *Dir. soc.*, 1983, 439.

<sup>51</sup> R. FERRARA, *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1993, 551. G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984, 165, l'esercizio da parte di ciascuna autorità amministrativa di una competenza propria ha suggerito il richiamo alla figura dell'atto complesso, senza peraltro incontrare l'assenso dell'A. Infatti "sia che si concepisca il comune provvedimento come un atto realmente unitario [ ... ] sia che lo si concepisca come la somma o la sintesi di due provvedimenti, relativi a ciò che è di pertinenza dell'ente deliberante, l'«atto complesso» che ne risulta in nessun caso potrebbe creare per i codeliberanti quei vincoli reciproci, quei reciproci diritti ed obblighi, che presupporebbero invece, per realizzarsi, la posizione di parte di un atto bilaterale".



“raggiungimento di taluni obiettivi finali concordemente accettati dagli enti partecipanti in sede di conclusione di accordi e intese”<sup>52</sup>.

Non stupisce allora che il tratto caratterizzante la tipologia di consensualità in esame sia l’atipicità del contenuto delle intese<sup>53</sup>. Difatti il diverso tenore letterale delle norme che prevedono le intese come modalità di collaborazione tra enti pubblici<sup>54</sup> ha determinato l’individuazione di intese “forti”, laddove la consensualità delle parti non può essere surrogata da altri strumenti procedimentali<sup>55</sup>, e intese “deboli”, quando la disciplina normativa non subordina la conclusione del procedimento al loro raggiungimento in quanto attribuisce un potere sostitutivo allo Stato<sup>56</sup>.

La funzione di coordinamento nell’intesa è connotata dal riferimento al ruolo di garante della unitarietà dell’azione amministrativa, attribuita allo Stato nel rispetto dei limiti costituiti dai principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, come individuati all’art. 118, comma 1, della Costituzione.

Dunque le intese previste per la definizione delle politiche sul paesaggio e per la definizione delle modalità di elaborazione congiunta del piano sembrano riconducibili al modello di un’intesa “forte”.

Quanto alla effettività del vincolo la natura di questi atti è ricondotta al “*terreno politico*” di azione degli enti sottoscrittori<sup>57</sup>.

---

<sup>52</sup> S. BARTOLE, *Supremazia e collaborazione nei rapporti tra Stato e Regioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 168.

<sup>53</sup> La Corte costituzionale nella sentenza 24 gennaio 1991, n. 21, in *www.giurcost.it*, punto 3 del considerato in diritto, riconosce che la partecipazione degli enti locali al procedimento di formazione del piano nazionale di assegnazione delle radiofrequenze per la radiodiffusione debba avvenire sotto forma di pareri e proposte sottoposte all’autorità ministeriale, come prescritto dal testo di legge, ma aggiunge anche il riferimento all’intesa laddove nega che tale partecipazione possa divenire oggetto di un’intesa “forte”.

<sup>54</sup> Con la conseguenza che “*non esiste una nozione unitaria di intesa e la stessa mutevolezza dell’istituto garantisce all’organo di giustizia costituzionale ampi poteri di valutazione in materia*”, M. IACOMETTI, *La Corte costituzionale e l’inesistenza di una nozione unitaria di intesa*, in *Le Regioni*, 1992, 1, 98.

<sup>55</sup> Corte costituzionale, 24 gennaio 1991, n. 21, in *www.giurcost.it*.

<sup>56</sup> Tuttavia prima dell’esercizio del potere sostitutivo il Ministero, nel rispetto del principio di leale cooperazione, deve stimolare la Regione ad esercitare le proprie prerogative e solo dopo aver accertato la “*pervicace resistenza passiva*” può sostituirsi nell’esercizio delle competenze regionali, S. AMOROSINO, *Articoli 143-144-145*, in *op. cit.*, 1109.

<sup>57</sup> S. BARTOLE, *Supremazia e collaborazione cit.*, 170; G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche cit.*, 174.

Tale affermazione ha determinato la considerazione di un minor vincolo delle intese se paragonato alla vincolatività di strumenti riconducibili al legame privatistico.

Difatti l'intesa, ponendosi in una fase preliminare<sup>58</sup> del procedimento di formazione del piano, determina l'obbligo delle parti di mantenere un comportamento collaborativo e non ostruzionistico<sup>59</sup> nella successiva fase redazionale.

Tale obbligo non potrebbe essere sanzionato, in caso di inadempimento, con un'azione giudiziaria di fronte al giudice amministrativo da parte del contraente adempiente al fine di ottenere la dichiarazione di illegittimità del comportamento tenuto dall'amministrazione inadempiente<sup>60</sup>.

Ma tale evenienza appare di difficile configurazione<sup>61</sup> proprio in ragione della relazione politica stabilita tra i soggetti stipulanti<sup>62</sup>.

Ed in virtù della considerazione della natura politica ne consegue l'impossibilità di una diretta impugnazione da parte di terzi, in capo ai quali non è configurabile alcuna posizione soggettiva lesa da un atto che ha solo ricadute organizzative ma non determina prescrizioni lesive di alcun interesse.

Tuttavia l'aspetto politico non è di per sé idoneo a fondare una minore obbligatorietà.

È vero che la genericità dei contenuti favorisce una flessibilità nell'attuazione degli stessi, ma la flessibilità non incide sul profilo di una forma comunque necessaria di attuazione<sup>63</sup>.

---

<sup>58</sup> S. AMOROSINO, *Articoli 143-144-145*, in *op. cit.*, 1111.

<sup>59</sup> C.P. SANTACROCE, *Osservazioni sul tema degli accordi tra Stato e regioni nell'esercizio della funzione di pianificazione paesaggistica*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, fasc. 1-2, 249.

<sup>60</sup> G. VOLPE, *Articolo 8*, in *I nuovi poteri delle regioni e degli enti locali. Commento al decreto 616 di attuazione della legge 382*, a cura di A. Barbera e F. Bassanini, Bologna, 1978, 142.

<sup>61</sup> S. AMOROSINO, *Articoli 143-144-145*, in *op. cit.*, 1112.

<sup>62</sup> Come esempio di intesa con valenza prevalentemente politica si può ricordare lo schema di intesa interistituzionale tra il Ministero per i beni e le attività culturali, il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e la Regione Puglia, approvato con deliberazione della Giunta regionale 13 aprile 2007, n. 474, pubblicata sul *Bollettino Ufficiale della Regione Puglia*, n. 64 del 2 maggio 2007, e infine sottoscritta dalle parti in data 15 novembre 2007.

<sup>63</sup> G. VOLPE, *Articolo 8*, in *I nuovi poteri delle regioni e degli enti locali. Commento al decreto 616 di attuazione della legge 382*, a cura di A. Barbera e F. Bassanini, Bologna, 1978, 142, ritiene che la libertà politica degli enti politici sia la vera legittimazione che consente di adeguare il contenuto delle intese all'”*evolversi delle situazioni e del sopravvenire di fatti nuovi*”.

Infatti la “*forza elastica*”<sup>64</sup> di questi strumenti consensuali non deriva dalla stipulazione degli stessi, ovvero dalla qualità di atti giuridici, bensì dal principio costituzionale di leale collaborazione intercorrente tra Stato e regioni. Difatti la “*qualità istituzionale*” dei partecipanti rende operante e immediatamente esigibile il rispetto del principio di collaborazione<sup>65</sup>.

La conseguenza obbligata di tale impostazione è l’affermazione della specificità dell’intesa rispetto alle altre modalità consensualistiche dell’agire pubblico e in ragione di ciò non è condivisibile la ricostruzione che, ponendo l’accento sulle scelte organizzative come contenuto eventuale dell’intesa, riporti il fenomeno dell’intesa nell’alveo della disciplina dell’accordo fra pubbliche amministrazioni<sup>66</sup>, ai sensi dell’art. 15 della legge n. 241/1990.

Il rischio infatti è di equiparare due strumenti che il dettato normativo continua a individuare come distinti e che, sulla scorta delle brevi considerazioni esposte, restano sostanzialmente distinti.

### 2.3.2 *Gli accordi fra pubbliche amministrazioni*

Gli accordi considerati nella disciplina di formazione del piano paesaggistico sono identificati all’art. 15 della legge sul procedimento amministrativo e sono stipulati “*per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune*”.

Si tratta di una modalità di azione atipica in quanto rimessa ad una scelta discrezionale dell’amministrazione competente, difatti l’utilizzo non è limitato ai soli casi espressamente previsti dalla legge<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche cit.*, 175.

<sup>65</sup> G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche cit.*, 175.

<sup>66</sup> A favore di tale interpretazione si veda C.P. SANTACROCE, *Accordi tra pubbliche Amministrazioni ed atti amministrativi complessi nella copianificazione per la tutela del paesaggio*, in *Riv. giur. urb.*, 2012, fasc. 1-2, 616.

<sup>67</sup> A seguito della modifica apportata all’art. 11, dall’art. 7 della legge 11 febbraio 2005, n. 15, l’espressa previsione normativa non è necessaria anche nei casi di accordi sostitutivi di provvedimento: segno dell’aperto favore del legislatore nei confronti di questo strumento secondo G. GRECO, *Commento all’art. 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241*, in *Aa.Vv., Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti*, Milano, 1995, 353.

La disciplina applicabile è quella contenuta ai commi 2 e 3 dell'art. 11<sup>68</sup>, compreso il rinvio ai “*principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili*”.

Alla luce delle sintetiche indicazioni normative il primo dato certo consiste nella consapevolezza di confrontarsi con un tema che impone l'applicazione e il coordinamento tra disposizioni pubblicistiche di settore, laddove esistano, per integrare la disciplina della legge generale sul procedimento e principi civilistici in quanto compatibili<sup>69</sup>.

Se la fase di predisposizione dell'accordo si snoda secondo lo svolgimento di un procedimento amministrativo, la fase successiva alla conclusione dell'accordo dovrebbe essere retta dalle norme civilistiche. Infatti si tratterebbe di attività di natura non autoritativa e quindi sottoposta alle norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente<sup>70</sup>.

Tale ricostruzione tuttavia perde di vista l'ambito di competenze nel quale si inserisce la modalità consensuale dell'accordo<sup>71</sup>. Dunque l'attribuzione di un potere pubblicistico autoritativo perderebbe tale connotazione solo in virtù di una scelta procedimentale rimessa alla discrezionalità della pubblica amministrazione agente.

Parrebbe più conforme alla premessa accolta la conclusione che in fase di esecuzione dell'accordo il coordinamento tra disciplina pubblicistica e principi

---

<sup>68</sup> D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2012, 425. G. GRECO, *Commento all'art. 15 cit.*, 355.

<sup>69</sup> M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 1, 32, ritiene che il coordinamento di cui si tratta escluda l'applicazione diretta di singole norme del codice civile. La compatibilità è trattata come “*questione generale e di fondo*” risolvibile sul piano interpretativo dei rapporti tra norme generali, principi del codice civile, e norme speciali, disposizioni pubblicistiche, con prevalenza delle seconde sulle prime in caso di incompatibilità.

<sup>70</sup> La previsione del comma 1-bis, dell'art. 1 della legge n. 241/1990 sembra essere una conferma della ricostruzione esposta da M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 1, 36. Secondo l'Autore la fase esecutiva dell'accordo non ha profili di autoritatività, in virtù della cesura provocata dalla perfezione dell'accordo.

<sup>71</sup> G. PERICU, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, II, Bologna, 2005, 304, ritiene infatti che la connotazione pubblicistica dell'attività, e quindi della competenza, esercitata renda “*incongrua*” l'applicazione della disciplina che regola contenuti patrimoniali ad ipotesi privi di tali contenuti. Ne deriva l'inapplicabilità a queste ipotesi della disciplina privatistica e in particolar modo dell'eccezione di inadempimento nei confronti dell'ente pubblico, che ha il dovere di realizzare il fine attribuito dalla legge; come anche della domanda di risarcimento del danno per responsabilità contrattuale nell'ipotesi di inadempimento di una delle parti che cagioni la lesione di un pubblico interesse.

contrattualistici si atteggi in modo differente rispetto al coordinamento, che comunque deve essere realizzato anche nella fase antecedente alla stipulazione.

Le precisazioni sopra esposte condizionano la risoluzione dei molteplici problemi giuridici determinati dalle scelte consensuali. Difatti se questioni quali l'interpretazione e le cause di invalidità sono riconducibili al regime pubblicistico ciò non esclude in modo definitivo le regole di diritto privato, come vedremo.

Qualora inoltre la consensualità rappresenti l'unica modalità di esercizio del potere pubblicistico, come nell'ipotesi sopra esposta dell'esercizio del potere di pianificazione paesaggistica, l'eventuale violazione dell'obbligo di copianificazione porterebbe all'adozione di un atto radicalmente nullo poiché viziato da incompetenza assoluta in ragione del mancato esercizio delle prerogative del Ministero o della regione espressamente co-titolari del potere di pianificazione.

Tale previsione non ha mancato di suscitare opinioni opposte riguardo al rinnovato o depotenziato ruolo regionale in materia di valorizzazione dei beni culturali<sup>72</sup>.

Nell'ipotesi degli accordi di programma contenenti il piano paesaggistico<sup>73</sup> sarebbe dunque censurabile per illegittimità l'adozione da parte del Ministero, e delle

---

<sup>72</sup> C.P. SANTACROCE, *Accordi tra pubbliche Amministrazioni ed atti amministrativi complessi nella copianificazione per la tutela del paesaggio*, in *Riv. giur. urb.*, 2012, fasc. 1-2, 610, parla di "ripensamento centripeto" a proposito della forza ispiratrice del secondo correttivo, tacciando di "pigrizia" il legislatore a proposito del mancato coordinamento con le previsioni degli articoli 135, comma 1, in tema di determinazione della normativa d'uso del territorio, 156, comma 1, quanto ad aggiornamento della pianificazione paesaggistica esistente a quanto disposto dalle ultime modifiche e infine quanto a modalità di adozione delle nuove pianificazioni secondo il disposto degli articoli 143, comma 2, e 156, comma 3. Opinione diametralmente opposta si rinviene in S. AMOROSINO, *Beni naturali energie rinnovabili paesaggio. Studi "in itinere"*, Napoli, 2012, 52, il quale sottolinea invece le "enormi potenzialità" nell'esercizio di funzioni amministrative mal comprese e dunque poco sfruttate dalle regioni.

<sup>73</sup> La relazione sussistente tra gli accordi dell'art. 15 e l'accordo di programma disciplinato all'art. 34 del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* n. 227 del 28 settembre 2000 è presupposta da S. AMOROSINO, *Articoli 143-144-145*, in *op. cit.*, 1112, in quanto l'accordo tra Regione e Ministero rientra nella categoria più generale dell'accordo fra pubbliche amministrazioni, ma contiene un atto di programmazione.

R. FERRARA, *L'accordo ... e gli accordi di programma. Spunti sulla c.d. amministrazione consensuale*, in *Foro it.*, 2002, III, 136, si interroga sul rapporto sussistente tra i due strumenti. Gli accordi di programma di cui all'art. 34 del TUEL hanno la peculiarità di porre "una serie di regole e principi che debbono essere seguiti dalle amministrazioni «stipulanti» e [...] una serie pur limitata di oggetti e materie di cui deve essere obbligatoriamente prevista una qualche disciplina [...] (tempi, modalità di finanziamento, procedimenti di controllo ecc.), introducendo, per altro verso, oggetti e materie di cui può essere invece prevista la regolazione (ricorso a procedimenti arbitrari e ad

competenti Soprintendenze, di atti e pareri contrari alle previsioni di piano, poiché viziati da contraddittorietà tra atti.

La scelta consensuale pone inoltre la questione della ammissibilità della condanna ad adempiere le obbligazioni previste dall'accordo<sup>74</sup>, con il connesso interrogativo sulla individuazione del soggetto legittimato a proporre tale azione.

Secondo le premesse sopra esposte il singolo, terzo rispetto all'accordo, richiedente l'autorizzazione paesaggistica sarebbe leso dal diniego e dunque legittimato ad agire e, stante il ruolo dell'accordo di programma come atto idoneo a vincolare la successiva azione degli enti pubblici sottoscrittori, potrebbe censurare il diniego per eccesso di potere.

Ma l'utilizzo dello strumento consensuale estende la legittimazione anche all'amministrazione parte dell'accordo.

In questa ipotesi la Regione, benché sprovvista della titolarità dell'azione nel giudizio impugnatorio, in quanto priva di interesse, ben potrebbe agire proponendo domanda giudiziale al fine di ottenere l'adempimento delle prescrizioni contenute nell'accordo-piano. Difatti l'adempimento della controparte, e nel caso di specie il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica conformemente alle previsioni di piano, consente la realizzazione della competenza regionale di valorizzazione dei beni culturali espressa nello stesso piano paesaggistico.

L'inadempimento della Regione si configura nell'ipotesi di adozione finale di un piano non conforme alla redazione concertata con la sfera statale. Anche in questa ipotesi la violazione del contenuto dell'accordo è ritenuta sanzionabile attraverso

---

*interventi surrogatori, soprattutto)*". Dunque l'Autore conclude per la collocazione degli accordi di programma "nel catalogo degli strumenti e dei mezzi a contenuto «direzionale» piuttosto che nel novero delle figure più schiettamente consensuali, a contenuto interamente libero e, soprattutto, ad attivazione libera e facoltativa, nella disponibilità discrezionale degli apparati amministrativi che intendano farvi ricorso".

<sup>74</sup> Data l'ipotesi analizzata del piano paesaggistico appare maggiormente problematica l'ammissibilità anche della domanda della pronuncia costitutiva di risoluzione dell'accordo per inadempimento, secondo il disposto dell'art. 1453 c.c., ammessa per gli accordi dell'art. 11 da M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 1, 75. Difatti la risoluzione per inadempimento contrattuale tutela la facoltà dell'attore in risoluzione di perseguire e soddisfare il proprio interesse con un altro contraente, in questo senso A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2011, 645. Nell'ipotesi di accordi tra pubbliche amministrazioni l'interesse a cui deve tendere il soggetto pubblico è l'esercizio delle proprie attribuzioni, e tale prerogativa non è certo assicurata dalla risoluzione per inadempimento di un accordo, considerato il fatto che un altro accordo dovrà comunque essere costituito tra le parti per l'esercizio della medesima competenza incardinata in capo a più soggetti pubblici.

l'azione di risarcimento del danno patrimoniale proposta di fronte al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva<sup>75</sup>.

Infine la vincolatività dell'accordo di programma in relazione ai “*presupposti, le modalità ed i tempi per la revisione del piano*”<sup>76</sup> impone alle parti di rispettare il procedimento di revisione concordato<sup>77</sup>.

Le parti infatti restano vincolate al rispetto di quanto prescritto dall'atto presupposto<sup>78</sup>, costituito dall'accordo, per quanto concerne il successivo comportamento collaborativo da assumere in occasione della modifica del piano stesso.

Non dovrebbe essere ammessa invece per le parti-pubbliche amministrazioni la facoltà di recedere unilateralmente dall'accordo per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, in virtù del mancato richiamo dell'art. 15 al comma 4 dell'art. 11<sup>79</sup>.

Il tema della facoltà di recesso unilaterale ha ricadute importanti sul rapporto tra accordo ed esercizio del potere pubblico.

Infatti l'esclusione della possibilità di recedere dall'accordo implica la consumazione del potere amministrativo esercitato attraverso l'accordo<sup>80</sup>.

---

<sup>75</sup> C.P. SANTACROCE, *Osservazioni sul tema degli accordi tra Stato e regioni nell'esercizio della funzione di pianificazione paesaggistica*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, 1-2, 256.

Anche M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni cit.*, 75, sostiene l'ammissibilità della domanda di risarcimento del danno nel caso di inadempimento.

<sup>76</sup> Art. 143, comma 2, Codice dei beni culturali e del paesaggio, con tale prescrizione il legislatore delegato ha preso in carico l'eventualità che un atto di programmazione, come spesso nella prassi accade, necessiti di modifiche determinate da eventi o valutazioni successive.

<sup>77</sup> In dottrina C.P. SANTACROCE, *Osservazioni cit.*, 255, prevede come sicura conseguenza della violazione della prescrizione, e quindi della modifica unilaterale del piano, la “*reviviscenza*” della vincolatività del parere della Soprintendenza. Il parere perderebbe cioè il carattere della sola obbligatorietà prevista nei casi dell'art. 146, comma 5.

<sup>78</sup> La qualifica di atto presupposto è di S. AMOROSINO, *Articoli 143-144-145*, in *op. cit.*, 1113, in relazione alla impugnabilità dello stesso da parte di terzi.

<sup>79</sup> Pone in chiave problematica il mancato richiamo G. GRECO, *Commento all'art. 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241*, in *Aa.Vv., Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti*, Milano, 1995, 356. La facoltà di recesso è ammessa da C.P. SANTACROCE, *Osservazioni cit.*, 256, in materia di accordo stipulato nel procedimento di pianificazione paesaggistica.

<sup>80</sup> M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni cit.*, 70. G. GRECO, *Commento all'art. 15 cit.*, 356, ritiene invece che il potere non si esaurisca con la sottoscrizione dell'accordo, e prova ne è il fatto che le parti potrebbero prevedere la facoltà di recedere nello stesso accordo. L'Autore ritiene inoltre che la mancata previsione di un obbligo di indennizzo riduce la vincolatività dell'accordo stesso.

Tuttavia mentre gli accordi tra pubbliche amministrazioni e privati sono modalità facoltative di esercizio del pubblico potere poiché è sempre presente l'alternativa costituita dall'esercizio unilaterale del potere stesso<sup>81</sup>, nelle fattispecie relative al piano paesaggistico la strada consensualistica è obbligata.

La consumazione del potere in queste ultime ipotesi non sembra configurarsi in virtù della previsione concordata delle modalità di modifica del piano paesaggistico e della previsione del possibile esercizio di poteri sostitutivi.

Difatti in caso di mancata adozione del piano dopo la stipulazione dell'accordo la paralisi nello svolgimento della funzione pubblica di pianificazione è scongiurata dalla previsione di un potere sostitutivo di adozione del piano da parte del Ministero, il cui esercizio non determina l'esaurimento dei poteri regionali di modifica del piano stesso nel rispetto delle procedure concertate.

Sembra a questo punto delinearsi una scissione tra competenza ad adottare formalmente l'atto, che è attribuita alla Regione e in sostituzione al Ministero, e la determinazione del suo contenuto precettivo, che deve essere necessariamente concordata da Regione e Ministero.

Il provvedimento formale di approvazione, deliberato dalla giunta regionale, determina la vigenza del piano e chiude (trattandosi di un atto di pianificazione solo provvisoriamente) l'*iter* procedimentale. Solo dopo l'approvazione si produce l'efficacia della prescrizione paesistica e l'eventuale (e susseguente) lesività.

L'accordo di programma dunque rappresenta un momento endoprocedimentale ed è configurabile come un atto presupposto, tale da non poter determinare conseguenza giuridiche rilevanti in capo ai controinteressati<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> La convinzione circa l'esistenza di discrezionalità nella decisione di avvalersi dello strumento dell'accordo in alternativa al provvedimento amministrativo è sostenuta anche in dottrina da R. FERRARA, *Intese, convenzioni cit.*, 555.

<sup>82</sup> S. AMOROSINO, *Articoli 143-144-145*, in *op. cit.*, 1113, la qualifica di atto presupposto ne determina la necessaria impugnazione insieme al provvedimento di adozione regionale, la sola rimozione di quest'ultimo non determina alcuna reintegrazione nella situazione sostanziale incisa dalla prescrizione pianificatoria.



### 3. La programmazione negoziata

La consensualità svolge un ruolo di primo piano anche nell'ambito delle politiche dirette alla programmazione dello sviluppo economico del Paese<sup>83</sup>.

L'attività di programmazione di interventi economici rappresenta un settore nel quale il pluralismo delle autonomie istituzionali e la frantumazione delle competenze in capo alle medesime, rischia di paralizzare l'intervento dei privati, ai quali invece è richiesta un'iniziativa sempre più "responsabile" in nome dell'attuazione del principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale.

La consensualità appare dunque come il metodo idoneo a creare un equilibrio, ovvero un coordinamento, tra il bisogno continuo di finanziamenti e l'altrettanto costante necessità di dialogare con pubbliche amministrazioni efficienti<sup>84</sup>. La diversità di tali interventi è infatti orientata alla realizzazione di un'unica finalità che è lo sviluppo di un territorio o di un settore economico<sup>85</sup>. Ma tale obiettivo deve contemperare molteplici fattori che oggi più di ieri influiscono sull'economia, ovvero l'internazionalizzazione dei processi economici.

La risposta fornita dalla programmazione negoziata tenta dunque di contemperare le iniziative demandate ad un'amministrazione centrale e lontana dalle questioni locali – modello recessivo – con modelli che stimolino l'attenzione sul

---

<sup>83</sup> Si tratta degli strumenti adottati per gestire gli interventi straordinari nelle aree depresse del Mezzogiorno e inizialmente previsti dal d.l. 8 febbraio 1995, n. 32, convertito nella legge 7 aprile 1995, n. 104 (in Gazz. Uff., 10 aprile, n. 84), art. 1 e dalla delibera CIPE del 20 novembre 1995; modificati successivamente dal d.l. 23 giugno 1995, n. 244, convertito nella legge 8 agosto 1995, n. 341. Il quadro normativo di riferimento interviene con la legge – che abroga la disciplina sopra indicata - 23 dicembre 1996, n. 662, *Misure di razionalizzazione della finanza pubblica*, in GURI n. 303 del 28 dicembre 1996, art. 2, comma 203 lett. a) programmazione negoziata; lett. b) intesa istituzionale di programma; lett. c) accordo di programma quadro; lett. d) patto territoriale. Il contratto di programma – lett. e) – e il contratto di area – lett. f) – sono stati abrogati dall'art. 23, comma 7, del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in legge 7 agosto 2012, n. 134, *Misure urgenti per la crescita del Paese*.

<sup>84</sup> G.M. CAIMI, *Il ruolo della programmazione negoziata nel quadro del processo di decentramento amministrativo e in riferimento alle politiche di programmazione dei fondi strutturali dell'Unione Europea*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2001, 1-2, 13, "Gli strumenti della programmazione negoziata sono nati non soltanto per distribuire risorse ma si sono diffusi soprattutto per consentire il superamento delle lentezze burocratiche, per ridurre le rigidità del mercato del lavoro e accrescere l'efficienza della pubblica amministrazione".

<sup>85</sup> Questa è la definizione della programmazione negoziata, contenuta alla lett. a) del comma 203 della legge finanziaria per il 1997.

territorio da parte dei soggetti – istituzionali e non – che vivono sul territorio medesimo<sup>86</sup>.

Lo strumentario della programmazione negoziata dunque si mostra piuttosto omogeneo quanto a struttura giuridica, fondata sulla consensualità, ma si differenzia in ragione delle finalità specifiche che è necessario realizzare.

Gli accordi della programmazione negoziata allora possono essere classificati non in ragione di caratteristiche strutturali, bensì avuto riguardo principalmente alle finalità perseguite, le quali “si muovono” come un pendolo tra l’indirizzo politico e l’azione amministrativa.

### 3.1 *Gli accordi con finalità di programmazione: l’intesa istituzionale di programma*

È l’intesa riservata ai soli soggetti pubblici – Governo e giunte delle regioni o delle province autonome – con la quale si effettua la ricognizione delle risorse finanziarie disponibili, si raccolgono le dichiarazioni di disponibilità all’intervento dei soggetti interessati e si indicano le procedure amministrative occorrenti per realizzare gli interventi di interesse comune o funzionalmente collegati secondo un piano pluriennale<sup>87</sup>.

L’accordo si fonda sull’impegno dello Stato a garantire i fondi necessari alla realizzazione dei progetti individuati dalla Regione in settori reputati strategici per lo sviluppo della Regione stessa<sup>88</sup>. La Regione è dunque coinvolta nella fase di

---

<sup>86</sup> G.M. CAIMI, *Il ruolo della programmazione cit.*, 42, “cioè il tentativo di affrontare la complessità delle questioni poste dall’internazionalizzazione dei processi economici partendo dalla soluzione dei problemi su scala locale. Da qui, una grandissima attenzione allo sviluppo locale, alla dimensione del territorio, alle istituzioni locali e alla rilevanza della concertazione locale, ai processi di snellimento delle procedure amministrative, ai trasferimenti di poteri alle autonomie locali, all’esercizio del principio di sussidiarietà”.

<sup>87</sup> Lett. b) del comma 203, art. 2, legge n. 662/1996; A. CONTIERI, *Programmazione negoziata: la consensualità per lo sviluppo*, Napoli, 2000, 28.

<sup>88</sup> L’intesa istituzionale di programma stipulata tra il Governo e la Giunta della regione Toscana, pubblicato in <http://www.regione.toscana.it>, indica gli ambiti degli accordi di programma quadro nei settori: difesa del suolo e tutela delle risorse idriche; beni ed attività culturali; attuazione del piano di programmazione sanitaria; infrastrutture e trasporti; azioni di sviluppo locale.

redazione della programmazione per lo sviluppo, nella prospettiva dell'attuazione di una riforma federalista dell'assetto istituzionale della Repubblica<sup>89</sup>.

L'adozione dell'intesa è devoluta alla deliberazione del Comitato interministeriale per la programmazione economica (CIPE), su proposta del Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica (Ministro dell'economia e delle finanze), sentita la Conferenza permanente Stato-regioni ed è direttamente finalizzata allo sviluppo del territorio della singola regione o provincia autonoma<sup>90</sup>.

Le attività oggetto dell'intesa devono essere realizzate sotto la supervisione del Comitato istituzionale di gestione, composto – secondo le indicazioni dell'intesa – da rappresentanti del Governo e della Giunta regionale o provinciale<sup>91</sup>, con il compito di aggiornare gli obiettivi e le priorità dell'Intesa, anche attraverso la riprogrammazione delle risorse<sup>92</sup>. Anche la composizione del Comitato paritetico di attuazione è demandata alle prescrizioni dell'intesa, il cui compito è quello di supportare le attività del Comitato di gestione attraverso la predisposizione di rapporti semestrali sullo stato di attuazione dell'Intesa.

L'intesa dunque si configura come la cornice istituzionale i cui obiettivi devono essere realizzati tramite l'attivazione di ulteriori strumenti<sup>93</sup>.

---

<sup>89</sup> G.M. CAIMI, *Il ruolo della programmazione cit.*, 34.

<sup>90</sup> Delibera CIPE, 21 marzo 1997, n. 29, in GURI 0 maggio 1997, n. 105 – *Disciplina della programmazione negoziata*, all. n. 1, pf. 1.1.

<sup>91</sup> L'intesa della Regione Toscana, all'art. 9, individua 6 membri del Comitato, 3 rappresentanti del Governo e 3 della Giunta regionale.

<sup>92</sup> Tale facoltà è prevista all'art. 11.2 dell'Intesa Governo-Regione Toscana. Secondo la disciplina dell'azione amministrativa unilaterale, tale facoltà sembrerebbe riconducibile alla facoltà di modifica del provvedimento amministrativo per sopravvenuti motivi di pubblico interesse. In relazione all'intesa la consensualità impone il coinvolgimento dei rappresentanti delle due parti per una nuova definizione della regolamentazione degli interessi coinvolti, al punto da essere necessari l'unanimità dei consensi dei rappresentanti, secondo l'intesa considerata, art. 11.4.

<sup>93</sup> R. GALLIA, *La nuova disciplina della «Programmazione negoziata»*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 1997, 1, 14, ritiene l'intesa uno strumento che ha sostituito gli accordi di programma tra lo Stato e la Regione poiché questi ultimi si sono rivelati scarsamente efficaci in quanto istituiti con una destinazione oscillante “*fra le misure di accelerazione e/o semplificazione delle procedure autorizzative (soprattutto delle opere pubbliche) e momenti della programmazione*”.

### 3.2 *Gli accordi con finalità operative: l'accordo di programma quadro e il patto territoriale*

Sono stipulati entrambi al fine di attuare il contenuto dell'intesa istituzionale di programma e per questo entrambi possono indicare le attività e gli interventi da realizzare, indicando i tempi di attuazione e le modalità procedurali da utilizzare (accordi di programma, ai sensi dell'art. 27, legge 8 giugno 1990, n. 142, oggi art. 34 decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, o conferenze di servizi o convenzioni) e i relativi finanziamenti<sup>94</sup>. Inoltre indicano i soggetti responsabili delle singole attività e i poteri sostitutivi esercitabili in caso di inerzia di questi ultimi; definiscono i procedimenti che regolano gli eventuali conflitti tra le parti stipulanti e le procedure deputate al monitoraggio dei risultati conseguiti. Viene stabilito espressamente che l'accordo è vincolante per tutti i partecipanti.

In particolare gli accordi di programma quadro hanno la finalità di garantire una ripartizione delle risorse di sostegno all'impresa che non privilegi solo le aziende più grandi, mentre il patto territoriale ha la precipua funzione di governare lo sviluppo di un territorio, attraverso interventi sull'occupazione<sup>95</sup>.

Limitatamente agli accordi quadro che riguardano le zone dove possono essere avviati contratti d'area<sup>96</sup>, gli atti di esecuzione possono derogare alle norme ordinarie di amministrazione e contabilità, ma non alle norme in materia di appalti, di ambiente e di valutazione di impatto ambientale. Inoltre le determinazioni assunte in attuazione dell'accordo (accordi e conferenze di servizi) e incidenti sulle stesse zone possono comportare l'effetto di variante urbanistica secondo le disposizioni oggi contenute nel testo unico degli Enti Locali<sup>97</sup>.

L'effetto derogatorio dell'accordo di programma quadro è bilanciato dai limiti contenutistici di tale strumento: difatti i contenuti dell'accordo devono convergere all'interno degli obiettivi di sviluppo definiti dall'intesa istituzionale e

<sup>94</sup> Lo prevede la lett. d) del comma 203, art. 2, in relazione al patto territoriale.

<sup>95</sup> G.M. CAIMI, *Il ruolo della programmazione cit.*, 34.

<sup>96</sup> Si tratta dello strumento previsto nell'art. 2, comma 203, lett. f) della legge 23 dicembre 1996, n. 662, e siglato tra amministrazioni e rappresentanze dei lavoratori e dei datori di lavoro al fine di creare nuova occupazione in territori circoscritti, ovvero nelle aree qualificate "di crisi" dal Presidente del Consiglio dei Ministri. Tale istituto è stato abrogato dall'articolo 23, comma 7, del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in legge 7 agosto 2012, n. 134 - *Misure urgenti per la crescita del Paese*.

<sup>97</sup> Articolo 34, commi 4 e 5, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

non possono discostarsene. Ciò limita (nel senso che indirizza) la capacità di iniziativa dell'accordo amministrativo rispetto a finalità stabilite in sede di azione politica.

Il patto territoriale invece è connotato dall'iniziativa di provenienza "dal basso" che consente una maggiore partecipazione non solo delle parti sociali e dei soggetti privati interessati, ma anche degli enti territoriali titolari del governo del territorio interessato dall'intervento economico, nell'ottica della realizzazione di una maggiore responsabilizzazione delle classi dirigenti locali<sup>98</sup>.

Dunque il contemperamento di tali interessi può condurre alla sottoscrizione di impegni che obbligano gli imprenditori a localizzare in una specifica area geografica determinati investimenti ovvero a promuovere nuove iniziative imprenditoriali; le amministrazioni locali a concedere le autorizzazioni necessarie a tale localizzazione, a semplificare le formalità amministrative necessarie all'attuazione dell'iniziativa economica, e, più in generale, a costituire un «ambiente» favorevole allo sviluppo delle nuove iniziative; le forze sindacali ad assicurare la flessibilità salariale o relazioni industriali «privilegiate»<sup>99</sup>.

---

<sup>98</sup> G.P. MANZELLA, *Patti territoriali: vicende di un istituto della programmazione negoziata*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 1997, fasc. 3, 796, la logica che ha presieduto l'introduzione del patto territoriale è quella dello sviluppo secondo i modelli del c.d. *bottom up* e del partenariato sociale. Si tratta di favorire la creazione di una classe dirigente nelle zone di maggiore depressione economica del Paese attraverso la predisposizione di strumenti consensualistici demandati alla loro iniziativa. Il modello del partenariato sociale vuole incidere invece sulla società, amministrata dalla classe dirigente, ovvero le forze imprenditoriali, le forze sindacali e l'intera comunità possono scoprire l'esistenza di una rete di interessi comuni perché insistenti sullo stesso territorio che possono trovare realizzazione e tutela attraverso l'assunzione di tali iniziative.

<sup>99</sup> Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 maggio 2012, n. 2771, in *www.de-jure.it*, nel caso esaminato era stato stipulato un patto territoriale tra il Ministero del tesoro e società I.C.E.M. (Industria chimica edile meridionale) s.r.l. per disciplinare la concessione all'impresa di un contributo economico per realizzare un programma di riammodernamento degli impianti, a fronte di tale incentivo l'impresa si impegnava all'assunzione di tre nuovi dipendenti. A seguito di una crisi economica l'impresa è costretta a discostarsi dagli impegni assunti con il patto e per questo, sulla base di tale accertamento, il Ministero provvede alla revoca del contributo e al recupero della somma già erogata. Quanto all'applicazione dell'art. 1256 c.c., che sancisce l'inesigibilità della prestazione divenuta impossibile per causa non imputabile al debitore, il Collegio ritiene che in un contratto a prestazioni corrispettive, tale norma non possa vincolare la controparte, che non ha ricevuto la prestazione, all'adempimento della propria. Difatti la parte pubblica eroga il contributo con la modalità consensualistica, ma le implicazioni non sono totalmente distanti da quanto accadrebbe nell'ipotesi di un'azione unilaterale. Difatti la concessione di contributi economici è prevista a fronte del rispetto di alcuni requisiti, la cui insussistenza determina l'illegittimità della concessione stessa.

#### *4. La consensualità nel Codice dell'ambiente*

La trasversalità della materia “tutela dell'ambiente” incide sul modello organizzativo della pubblica amministrazione preposta a tale funzione e in particolare sulle formule organizzatorie predisposte dal legislatore nazionale e regionale.

La concentrazione della funzione legislativa in capo allo Stato, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. s), non risolve l'esigenza di coordinamento degli interessi ambientali con altri interessi pubblici diversamente ripartiti nell'assetto istituzionale.

A tal fine la disciplina del Codice dell'ambiente, decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, predispone strumenti procedimentali e decisionali idonei a consentire la concertazione tra le istituzioni coinvolte nella realizzazione dell'interesse ambientale, dell'interesse al governo del territorio e allo sviluppo industriale ed economico.

Il modello consensuale appare particolarmente indicato alla disciplina ambientale in ragione della peculiare flessibilità strutturale che consente di utilizzare lo stesso modello (“accordo”) per realizzare molteplici obiettivi.

Gli accordi infatti sono utilizzati al fine di coordinare i tempi delle diverse amministrazioni coinvolte nei procedimenti di adozione di autorizzazioni e di valutazioni ambientali e sono diretti alla semplificazione dell'azione amministrativa ai sensi dell'art. 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241; sono previsti nelle fasi operative di attuazione di programmi per la gestione del suolo e delle acque; gli accordi determinano il contenuto discrezionale del provvedimento finale, secondo il disposto dell'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241.

L'utilizzo del modulo consensuale riconosce la parità dei soggetti sottoscrittori, tale assunto tuttavia pare avere delle implicazioni ulteriori nell'ipotesi in cui siano coinvolti anche soggetti privati.

La presenza del privato infatti non determina la previsione di un modello specifico di accordo ma è trasversale a tutte le tipologie consensuali previste dal legislatore e consente di coinvolgere il privato nella realizzazione dell'interesse

pubblico, e in particolare di “portare dentro l’azienda, di internalizzare, la tematica ambientale”<sup>100</sup>.

Inoltre la flessibilità garantita dalla struttura del modello non deve trarre in inganno sul profilo della stabilità giuridica del vincolo che scaturisce dall’accordo.

Lo strumento consensuale vincola in generale le parti stipulanti, l’una verso le altre, ad eseguire spontaneamente gli impegni assunti<sup>101</sup>. Le amministrazioni contraenti si impegnano ad attivare le proprie competenze, esercitandole in modo coerente ai contenuti stabiliti nell’intesa raggiunta, ed i privati ad eseguire le obbligazioni assunte.

La disciplina ambientale consente di analizzare un particolare possibile contenuto degli accordi derogatorio rispetto alla normativa di settore, procedurale e sostanziale.

Le implicazioni si pongono sul piano della possibilità della pubblica amministrazione di determinare il parametro normativo di valutazione della legittimità del proprio operato e in relazione al rispetto del principio di tipicità dei poteri amministrativi.

Infine una notazione appare necessaria. Nonostante le qualifiche legislative, le modalità consensuali di esercizio dell’azione pubblica si prestano al perseguimento dei molteplici obiettivi che sembrano connotare rigidamente ciascuno dei modelli normativi esistenti<sup>102</sup>.

---

<sup>100</sup> G. CAIA e A. LOLLI, *Gli strumenti volontari di gestione ambientale: certificazioni e accordi tra diritto amministrativo e diritto privato*, in *Ambiente e impresa: atti del Convegno nazionale, Gubbio, 22-23 novembre 2002*, Santarcangelo di Romagna, 2004, 103.

<sup>101</sup> TAR Campania, Sez. V, 27 gennaio 2009, n. 408, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), pf. 4.2. Ritenere che nonostante la sottoscrizione dell’accordo la parte pubblica conservi poteri istruttori e decisori “significa vanificare la struttura e la funzione giuridica specifica” della consensualità, come affermato nel pf. 5 della sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 3 gennaio 2002, n. 11, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

<sup>102</sup> In particolare si fa riferimento alla finalità di semplificazione dell’azione amministrativa in relazione al modello dell’art. 15 della l. n. 241/1990; la finalità di coordinamento è richiamata dall’art. 34 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, e la finalità di coinvolgimento dei privati nell’azione amministrativa è presente nella collocazione dell’art. 11 della l. 241/1990 tra gli strumenti della partecipazione al procedimento amministrativo.

#### 4.1 *Gli accordi con finalità di semplificazione organizzativa dell'azione amministrativa*

##### 4.1.1 *I procedimenti di valutazione ambientale*

I procedimenti di valutazione ambientale considerano la sostenibilità ambientale degli interventi sul territorio.

Il principio che guida la valutazione è espresso dallo sviluppo sostenibile, come enunciato all'art. 3-*quater* del Codice dell'ambiente, che impone di considerare le ragioni dello sviluppo della società attuale insieme con le potenzialità di sviluppo delle società che verranno.

Si tratta del procedimento di valutazione ambientale strategica e del procedimento di valutazione di impatto ambientale.

La valutazione ambientale strategica viene compiuta contestualmente alla redazione di piani e programmi, ed è uno strumento di supporto alla elaborazione e adozione del piano poiché consente di valutare le possibili conseguenze ambientali negative derivanti dall'attuazione dei piani e programmi e di scegliere tra diverse opzioni quella meno costosa in termini ambientali.

Tale valutazione si pone in un momento decisionale più alto e generale rispetto al procedimento di valutazione di impatto ambientale, attraverso il quale l'autorità competente valuta la sostenibilità ambientale di un singolo progetto.

L'autorità competente all'adozione del piano o programma avvia contestualmente alla redazione il procedimento di valutazione presso l'autorità competente.

È garantita una particolare forma di pubblicità agli atti del procedimento per consentire la partecipazione di chiunque sia interessato, attraverso la presentazione di osservazioni e documentazioni.

Solo al termine l'autorità competente rilascia il parere motivato sulla compatibilità ambientale del piano o programma e l'autorità competente può procedere all'adozione dell'atto generale.

Per il procedimento di VIA, come per quello di VAS, l'autorità competente è individuata in relazione all'impatto ambientale dell'opera e dunque la competenza è attribuita al Ministero dell'ambiente in sede statale e in sede regionale alla pubblica



amministrazione competente a svolgere compiti di tutela, protezione e valorizzazione ambientale (art. 7, commi 5 e 6).

Il soggetto proponente presenta all'autorità competente il progetto definitivo insieme allo studio di impatto ambientale e ne dà adeguata pubblicità al fine di consentire la proposizione di osservazioni da parte di chiunque sia interessato (art. 24, comma 4).

L'eventuale sovrapposizione di attività amministrative nell'ipotesi in cui il progetto sia previsto da piani o programmi già sottoposti a VAS consente al soggetto proponente di utilizzare le informazioni e le analisi contenute nel rapporto ambientale (art. 10, comma 5).

L'autorità competente è tenuta ad emanare il provvedimento motivato di valutazione ambientale conclusivo del procedimento entro il termine di 150 giorni dalla presentazione dell'istanza. Nell'ipotesi di inutile decorso dei termini subentra la competenza sostitutiva del Consiglio dei Ministri, anche nell'ipotesi di provvedimento di competenza regionale.

I procedimenti di valutazione ambientale dunque si intrecciano ai procedimenti di formazione e approvazione di interventi o piani di intervento sul territorio e, salvo le peculiarità previste dal Codice, sono soggetti alla disciplina generale del procedimento amministrativo (l. 7 agosto 1990, n. 241).

In via generale, secondo il disposto dello stesso Codice (art. 9, comma 3), durante i procedimenti di valutazione ambientale la pubblica amministrazione competente al rilascio della valutazione può stipulare accordi con le amministrazioni proponenti l'opera o il piano e con i soggetti privati interessati per disciplinare insieme attività di interesse comune, al fine di semplificare e rendere più efficiente l'azione amministrativa; la facoltà della pubblica amministrazione non può però incidere sul rispetto dei tempi minimi necessari per la consultazione degli interessati.

Il richiamo all'art. 15 della l. n. 241/1990 è confermato dalla collocazione dell'accordo in una fase preparatoria del procedimento al fine di organizzare in modo più efficiente lo stesso.

Dunque non ha ripercussioni né sul contenuto del provvedimento finale né sulle competenze da esercitare nei procedimenti amministrativi (ambientale e no) che corrono paralleli.

#### 4.1.2 I procedimenti di gestione delle risorse naturali del suolo e delle acque

Gli accordi di programma, adottati ai sensi dell'art. 34 del d.lgs. 276/2000, sono lo strumento operativo che consente di coordinare l'azione di più soggetti pubblici legittimati ad attuare i programmi triennali di intervento<sup>103</sup> (art. 70, comma 4).

Si tratta di interventi di manutenzione ordinaria di opere, impianti e beni relativi al sistema idraulico, di svolgimento dei servizi di polizia e di pronto intervento idraulico e di attività di studio e ricerca finalizzati alla redazione di progetti di opere idonei a integrare le previsioni dei piani di bacino (art. 69, comma 2).

La scelta organizzativa dell'accordo in fase di attuazione dei programmi pare coerente con la necessità di coordinamento presente nell'intero procedimento di formazione dei piani di bacino e dei relativi piani di intervento.

Si tratta infatti di strumenti di pianificazione delle azioni ed interventi sul suolo e sulle acque idonei a svolgere una funzione regolatoria al fine di conservare, difendere e valorizzare il suolo e utilizzare correttamente le acque.

Tale livello pianificatorio si colloca al vertice delle pianificazioni ambientale, territoriale e urbanistica. L'art. 65, comma 4, infatti impone alle autorità amministrative di adeguare i piani territoriali e urbanistici, nonché quelli relativi allo sviluppo socio-economico, al piano di bacino distrettuale.

Le scelte organizzative sono coordinate con la natura sostanziale degli atti considerati: i piani e programmi di cui ci si occupa coinvolgono in modo trasversale le competenze di organi statali e locali non solo in materia di tutela dell'ambiente, ma anche in relazione al governo del territorio e alle scelte relative allo sviluppo economico.

---

<sup>103</sup> Ai sensi dell'art. 69 del Codice dell'ambiente, decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale*, 14 aprile 2006, n. 88, si tratta di programmi che attuano il piano di bacino e "sono redatti tenendo conto degli indirizzi e delle finalità dei piani medesimi e contengono l'indicazione dei mezzi per farvi fronte e della relativa copertura finanziaria".

I piani a cui si fa riferimento sono i piani di bacino definiti all'art. 65 come "lo strumento conoscitivo, normativo e tecnico-operativo mediante il quale sono pianificate e programmate le azioni e le norme d'uso finalizzate alla conservazione, alla difesa e alla valorizzazione del suolo ed alla corretta utilizzazione delle acque, sulla base delle caratteristiche fisiche ed ambientali del territorio interessato".

In ragione di ciò i programmi triennali di intervento sono deliberati dalla Conferenza istituzionale della competente Autorità di bacino, composta dai Ministri diversamente coinvolti nella gestione del suolo e delle acque (ovvero il Ministro dell'ambiente, il Ministro della salute, i Ministri di infrastrutture, attività produttive, politiche agricole) e dai Presidenti delle regioni e delle province autonome il cui territorio è interessato dal distretto idrografico (art. 63, comma 4).

La composizione della Conferenza istituzionale, rappresentativa dei soggetti coinvolti nell'attività di gestione dell'ambiente, costituisce una scelta di coordinamento tra le determinazioni delle singole amministrazioni<sup>104</sup>.

La Conferenza inoltre è competente a controllare l'attuazione dei piani di bacino e dei relativi programmi triennali e in caso di accertato inadempimento di una delle amministrazioni non statali coinvolte nell'attuazione deve sollecitarne l'azione. Solo in caso di protratta inerzia la competenza ad eseguire l'incarico viene assunta dal Presidente della Giunta regionale interessata (art. 63, comma 5, lett. f).

Infine anche nell'ipotesi in cui la regione, la provincia, il comune o altro ente locale vogliano realizzare opere e interventi previsti dal piano di bacino senza lo strumento dell'accordo di programma dovranno ottenere, la prima, un parere favorevole, le altre, una vera e propria autorizzazione da parte della Conferenza istituzionale permanente.

La scelta di organismi collegiali e di modalità procedimentali consensualistiche rappresentano la garanzia di un esercizio unitario di funzioni amministrative<sup>105</sup> che coinvolgono una pluralità di soggetti, portatori di competenze ed interessi potenzialmente divergenti.

---

<sup>104</sup> La composizione dell'organo è funzionale alle peculiarità del bene oggetto di tutela costituito dalle acque e dal suolo. Difatti i distretti idrografici di cui all'art. 64 sono individuati considerando non le circoscrizioni territoriali "tradizionali", bensì le caratteristiche fisiche dell'elemento che l'ordinamento assume ad oggetto di regolazione, ovvero il corso d'acqua. La porzione di spazio potenzialmente interessata dalla presenza di un corso d'acqua, ad esempio per il rischio di esondazioni, presenta delle caratteristiche ed esigenze di tutela suscettibili di unitaria considerazione. Si veda sul punto A. PIOGGIA, *Acqua e ambiente*, in *Diritto dell'ambiente*, a cura di G. Rossi, Torino, 2008, 242.

<sup>105</sup> Corte Costituzionale, 23 luglio 2009, n. 232, pf. 8.4, in [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it).

#### 4.1.3 *Il procedimento di autorizzazione integrata ambientale*

Il procedimento di rilascio dell'autorizzazione integrata ambientale ha la finalità di considerare in modo unitario un'attività produttiva nella potenziale lesività di tutti i settori ambientali (aria, acqua, suolo), rappresentando uno strumento di semplificazione nel rapporto tra il cittadino e la pubblica amministrazione, si sostituisce a tutte le autorizzazioni ambientali necessarie per lo svolgimento di un'attività produttiva.

In ragione di ciò il contenuto dell'autorizzazione risulta piuttosto articolato e il procedimento per la sua formazione coinvolge le diverse pubbliche amministrazioni, statali e locali, competenti ad esprimersi.

L'autorizzazione individua dei valori limite di emissione di sostanze inquinanti da parte dell'impianto interessato, tenendo conto della potenzialità di trasferimento dell'inquinamento da un elemento ambientale all'altro; può contenere prescrizioni relative alla protezione del suolo e delle acque e disposizioni relative alla gestione dei rifiuti prodotti (art. 29-sexies, comma 3). Tali prescrizioni sono definite anche per l'ipotesi di produzione in condizioni non ordinarie, ovvero in riferimento alle fasi di avvio e arresto dell'impianto (art. 29-sexies, comma 7).

Affinché le prescrizioni non restino lettera morta, l'autorizzazione predispone anche la disciplina dei controlli, intesa come la definizione dei metodi di misurazione delle immissioni, stabilendo frequenza e procedure di valutazione (art.29-sexies, comma 6).

La pubblica amministrazione competente tuttavia non può richiedere attraverso l'autorizzazione modifiche alle caratteristiche dell'impianto né può imporre l'utilizzo di tecniche specifiche (art. 29-sexies, comma 4), ma il dialogo tra l'amministrazione competente al rilascio e il richiedente in sede di conferenza di servizi può condurre alla produzione di ulteriori documenti sull'attività di impresa in grado di suggerire (all'amministrazione e/o al richiedente) l'applicazione di misure alternative o aggiuntive per la tutela delle componenti ambientali (art. 29-quater, comma 8).

Nonostante ciò l'a.i.a. si presenta come uno strumento in grado di incidere in modo significativo sulle scelte organizzative della produzione di regole demandate ai soli gestori degli impianti.

Dunque la possibilità, offerta dal legislatore all'art. 29-quater, comma 15, di stipulare accordi tra le parti pubbliche e private coinvolte nel procedimento di autorizzazione garantisce la tutela contestuale della protezione ambientale del territorio e dell'interesse allo sviluppo economico, rispettando le scelte imprenditoriali dei soggetti gestori degli impianti.

La scelta procedimentale consensualistica è subordinata alla presenza del presupposto di “*un particolare e rilevante impatto ambientale*”, in considerazione della complessità e del preminente interesse nazionale dell'impianto.

Tali accordi hanno la funzione di integrare il contenuto del provvedimento autorizzatorio, in coerenza con quanto statuito dall'art. 11 della l. n. 241/1990, dunque paiono avere un contenuto potenzialmente più ampio rispetto agli accordi, comunque ammessi anche per il procedimento di a.i.a., previsti dall'art. 9 del Codice dell'ambiente<sup>106</sup> ma attinenti solo a scelte organizzative di soggetti pubblici.

L'accordo deve essere concluso nel rispetto delle disposizioni in materia ambientale, dunque può prevedere requisiti tecnici e limiti di emissione che dovranno essere trasposti nelle relative autorizzazioni; impegni assunti dai gestori degli impianti affinché apportino modifiche concordate alle strutture produttive così da garantire l'ammodernamento delle stesse e la riduzione dei livelli di inquinamento; disposizioni di coordinamento tra pubbliche autorità competenti ad esprimersi nel procedimento autorizzatorio in corso; strumenti che garantiscano una maggiore e migliore circolazione dei dati sullo stato delle componenti ambientali tra soggetti pubblici e privati<sup>107</sup>.

La fase procedimentale in cui si colloca l'accordo è antecedente alla adozione del provvedimento finale.

Nonostante contribuisca a determinare il contenuto del provvedimento, la giurisprudenza non ammette la diretta impugnazione dell'accordo da parte di terzi legittimamente interessati alla futura autorizzazione ma non direttamente lesi dalla stipulazione dell'accordo<sup>108</sup>.

---

<sup>106</sup> L. CARUCCIO, *L'autorizzazione integrata ambientale*, in *Vas, via, aia, rifiuti, emissioni in atmosfera*, a cura di M. Bucello, L. Piscitelli e S. Viola, Milano, 2012, 403.

<sup>107</sup> L. CARUCCIO, *L'autorizzazione integrata cit.*, 403.

<sup>108</sup> Questa è la posizione espressa nell'ordinanza del Tar Puglia, Lecce, 4 giugno 2008, n. 417, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

Infatti il procedimento di rilascio dell'autorizzazione deve necessariamente coordinarsi con il contenuto dell'accordo (ad opera dell'autorità competente al rilascio, art. 29-quater, comma 15), e in ragione di ciò i vizi relativi alle disposizioni dell'accordo potranno essere fatti valere solo con l'impugnazione del provvedimento di a.i.a.

## 4.2 *Gli accordi con efficacia derogatoria*

### 4.2.1 *La disciplina degli scarichi*

La disciplina degli scarichi consente alle autorità competenti ed ai privati interessati di addivenire alla stipulazione di accordi e contratti di programma per favorire il risparmio idrico, il riutilizzo delle acque di scarico e il recupero dei fanghi di depurazione come materia prima (art. 101, comma 10).

Il modulo convenzionale è funzionale alla definizione concordata, da parte della pubblica amministrazione e del privato interessato, del contenuto del futuro provvedimento di autorizzazione, secondo il modello dell'art. 11, legge n. 241/1990; le parti tuttavia hanno anche la facoltà di scegliere la forma del contratto di programma<sup>109</sup>.

In particolare il contratto di programma stipulato tra amministrazioni competenti e soggetti economici di rilevanti dimensioni mira alla realizzazione di operazioni economiche di interesse comune, per questo il contenuto programmatico è inscindibile dalle prescrizioni puntuali (tra le quali le condizioni economiche indispensabili) per l'attuazione del programma.

Difatti anche nelle ipotesi ambientali si prevede *“la possibilità di ricorrere a strumenti economici, di stabilire agevolazioni in materia di adempimenti*

---

<sup>109</sup> Il contratto di programma rappresenta il principale strumento operativo della programmazione negoziata, secondo l'art. 2, comma 203, lett. a) della legge 23 dicembre 1996, n. 662, che dispone *“la regolamentazione concordata tra soggetti pubblici o tra il soggetto pubblico competente e la parte o le parti pubbliche o private per l'attuazione di interventi diversi, riferiti ad un'unica finalità di sviluppo, che richiedono una valutazione complessiva delle attività di competenza”*. E consente di concordare in modo specifico obiettivi di sviluppo locale attraverso la determinazione comune di interventi e risorse impiegabili, programmandone tempi e modi di attuazione, F. BRUNO, *Commento alla Sezione II della Parte Terza. La disciplina degli scarichi*, in *Commento al Codice dell'ambiente*, a cura di A. Germanò, E.R. Basile, F. Bruno, M. Benozzo, Torino, 2008, 265.

*amministrativi*” che vincolino la parte privata al perseguimento di finalità di interesse generale a fronte dei vantaggi che le pubbliche amministrazioni si impegnano a concedere (art. 101, comma 10).

Il contenuto di tali strumenti, anche se suscettibile di contrattazione nei limiti stabiliti dalla legge, è la potestà pubblicistica di regolazione e, eventualmente, di sanzione<sup>110</sup> nei confronti dei soggetti responsabili di scarichi oltre i limiti di tollerabilità<sup>111</sup>.

In questa ipotesi tuttavia la consensualità, oltre a consumare i profili discrezionali del contenuto dell’autorizzazione, può incidere sulla fissazione dei parametri di valutazione del legittimo esercizio dei poteri discrezionali della pubblica amministrazione.

Difatti con l’accordo si prevede la possibilità di *“fissare, per le sostanze ritenute utili, limiti agli scarichi in deroga alla disciplina generale, nel rispetto comunque delle norme comunitarie e delle misure necessarie al conseguimento degli obiettivi di qualità”*, tali limiti saranno successivamente il presupposto per il rilascio del provvedimento autorizzatorio da parte della pubblica amministrazione.

Il potere dispositivo esercitato attraverso il consenso dalle parti pubblica e privata in deroga al disposto normativo ha suscitato dubbi circa la configurabilità di tali strumenti come accordi procedurali<sup>112</sup>.

Tuttavia il dato determinante ai fini della produzione dell’effetto derogatorio non è la modalità procedurale dell’accordo, bensì ancora una volta il potere pubblicistico di rilasciare l’autorizzazione ad effettuare gli scarichi: tale potere può essere esercitato anche in via unilaterale ed anche in questa veste conosce la facoltà di derogare al disposto normativo.

Difatti l’autorizzazione agli scarichi, benché miri al rispetto di obiettivi di qualità delle acque, può consentire immissioni in misura diversa dai livelli consentiti dalla disciplina del Codice (contenuti nell’Allegato 5, alla parte terza).

---

<sup>110</sup> Corte di Cassazione, Sez. Uni., 13 novembre 2000, n. 1174, pf. 3.3, in *www.dejure.it*, ritiene che *“il ricorso allo strumento dell’accordo costituiva un mezzo per conseguire una migliore tutela contro gli scarichi abusivi o irregolari, ponendo a carico dell’autore degli stessi una sorta di sanzione tipizzata nella misura e nei presupposti”*.

<sup>111</sup> Tar Lombardia, Milano, Sez. IV, 17 maggio 2011, n. 1262, in *www.dejure.it*.

<sup>112</sup> S. PIEMONTE, *Accordi di programma e deroghe alla disciplina in materia di ambiente*, in *Riv. giur. ed.*, 2005, fasc. 5, 225, il Codice dell’ambiente non richiama espressamente l’art. 11 e lo stesso articolo 11 non fa menzione di tale capacità derogatoria dell’accordo.

In primo luogo è consentito alle regioni di stabilire valori limite di emissione diversi da quelli previsti dalla legislazione statale, ma la deroga non può consentire quantitativi di scarichi “*meno restrittivi*” di quelli stabiliti in sede nazionale (art. 101, comma 2).

La deroga dunque può avvenire solo in funzione del rispetto di obiettivi di qualità ambientale superiori a quelli stabiliti dal legislatore statale.

La seconda possibilità di deroga consente all’autorità competente un margine di discrezionalità superiore in quanto non condizionato ad un obiettivo di miglioramento delle condizioni ambientali.

Infatti l’autorizzazione può derogare alla disciplina nazionale e prevedere conseguenti prescrizioni per il destinatario in ipotesi di impianti in fase di avviamento, di arresto, in caso di guasti o di periodi transitori verso condizioni ordinarie di attività (art. 101, comma 1).

L’effetto derogatorio dunque pare essere una modalità di esercizio del potere autorizzatorio in grado di garantire il controllo pubblico sulle immissioni dei privati. Tale flessibilità non è determinata dalla scelta procedimentale dell’accordo, bensì è legata alla peculiarità della materia trattata.

Difatti la disciplina degli scarichi mira a garantire una pluralità di interessi pubblici, alcuni dei quali legati allo sviluppo di attività imprenditoriali private. L’interesse ambientale si manifesta come un interesse tra altri, la cui soddisfazione è garantita da discipline e strumenti dotati della flessibilità idonea a coinvolgere ed impegnare il privato interessato al raggiungimento di obiettivi condivisi.

#### 4.2.2 *La raccolta differenziata dei rifiuti*

Gli accordi di programma rappresentano un modulo procedimentale introdotto solo recentemente nella disciplina della raccolta differenziata dei rifiuti<sup>113</sup> al fine di programmare e monitorare la realizzazione di obiettivi di riutilizzo e riciclaggio attraverso la deroga alla disciplina normativa di settore.

---

<sup>113</sup> L’art. 21 del decreto legislativo 3 dicembre 2010, n. 205, inserisce i commi 1-*bis* e 1-*ter* nell’art. 205 del Codice dell’ambiente.



Sono previsti nell'ipotesi in cui l'ambito territoriale ottimale di riferimento non riesca a raggiungere le percentuali di raccolta differenziata fissate dal Codice dell'ambiente (art. 205, comma 1) a causa di difficoltà tecniche, ambientali o economiche di uno dei comuni.

A seguito dell'iniziativa del comune interessato, il Ministro dell'ambiente, verificata la sussistenza dei presupposti, può concedere la deroga dopo la stipulazione di un accordo di programma, sottoscritto anche dalla regione, che disciplini gli obblighi aggiuntivi<sup>114</sup> cui il comune deve sottostare.

La regione, nonostante eserciti l'attività di programmazione degli ambiti territoriali ottimali e degli obiettivi di raccolta differenziata da raggiungere a livello regionale (articoli 199 e 200), non è competente ad autorizzare i comuni a derogare al rispetto delle percentuali di raccolta differenziata<sup>115</sup>.

Infatti il comune può "contrattare" percentuali di raccolta differenziata diverse da quelle previste dall'art. 205, comma 1, impegnandosi a conseguire compensazioni con gli obiettivi di altri comuni ricompresi nell'ambito territoriale ottimale (art. 205, comma 1-bis, lett. a), solo attraverso lo strumento dell'accordo di programma (art. 205, comma 1-bis).

Nella scelta di una modalità procedimentale che da rilievo alla presenza del Ministero si può leggere il peso della competenza esclusiva dello Stato, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. s), in materia di tutela dell'ambiente: l'accordo infatti, oltre l'effetto derogatorio, garantisce l'esercizio coordinato delle competenze del Ministero dell'ambiente, delle regioni e degli altri enti locali coinvolti<sup>116</sup>.

---

<sup>114</sup> È qualificato infatti come obbligo il rispetto dei limiti di raccolta differenziata stabiliti al comma 1 dell'art. 205.

<sup>115</sup> Corte costituzionale, 22 giugno 2012, n. 158, pf. 3.1, in *www.giurcost.it*.

<sup>116</sup> Corte Costituzionale, 22 giugno 2012, n. 158, pf. 3.1, in *www.giurcost.it*, in ragione di ciò ha dichiarato incostituzionale il comma 5-bis dell'art. 13 della legge della Regione Piemonte 24 ottobre 2002, n. 24 (Norme per la gestione dei rifiuti), laddove prevedeva che la Giunta regionale potesse accordare ai comuni una deroga al raggiungimento degli obiettivi di raccolta differenziata. Tale norma infatti introduce una disciplina difforme da quella dell'art. 205, comma 1-bis, che prevede il coordinamento tra competenze appartenenti a diversi soggetti pubblici. Tale scelta procedimentale è ricompresa nella competenza esclusiva dello Stato a legiferare in materia di "tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali".

La lettura esposta conferma le riflessioni in tema di coordinamento di M. NIGRO, *Il coordinamento come mistificazione e il coordinamento come partecipazione*, in *T.A.R.*, 1981, 2, 53.

Inoltre al fine di garantire anche il coordinamento tra il provvedimento ministeriale che dispone la deroga e l'attività regionale di programmazione si prevede che gli accordi di programma abbiano un effetto conformativo sui piani regionali di gestione dei rifiuti (come ribadito anche dall'art. 199, comma 3), così determinando una distanza incolmabile con gli effetti dei contratti stipulati nell'ambito privatistico.

L'accordo inoltre può contenere la determinazione delle modalità di accertamento dell'adempimento degli obblighi assunti e una disciplina per le ipotesi di eventuale inadempimento (art. 205, comma 1-ter).

Infine, nonostante non ci sia un richiamo tra commi, si deve ritenere che la sanzione prevista in caso di mancato raggiungimento degli obiettivi fissati dalla disciplina sulla raccolta differenziata (art. 205, comma 3) debba applicarsi anche nelle ipotesi in cui tali obiettivi siano stati fissati tramite accordi, poiché questi ultimi hanno lo scopo di prevenire l'inadempimento dell'ente locale e non di rimediare allo stesso<sup>117</sup>.

Al fine di semplificare e razionalizzare le procedure relative alla raccolta e al riutilizzo dei rifiuti sono previsti anche accordi e contratti di programma tra il Ministero dell'ambiente, gli enti pubblici interessati e i privati (art. 206, comma 1).

In queste ipotesi l'unica deroga consentita riguarda i procedimenti amministrativi (art. 206, comma 3), che possono risultare particolarmente gravosi per le piccole imprese.

A fronte di tali vantaggi il contraente privato si impegna a concertare con l'amministrazione pubblica la sperimentazione e lo sviluppo di nuovi sistemi produttivi al fine di diminuire la produzione di rifiuti e di ottimizzare il recupero di rifiuti. L'accordo prevede anche la predisposizione di sistemi di controllo del recupero e della riduzione dei rifiuti.

---

<sup>117</sup> E. GRILLO, *I piani regionali e la raccolta differenziata (artt. 198-205)*, in *Vas, via, aia, rifiuti, emissioni in atmosfera*, a cura di M. Bucello, L. Piscitelli e S. Viola, Milano, 2012, 954.

#### 4.2.3 La deroga al procedimento di bonifica

Il Codice dell'ambiente consente di derogare alla disciplina generale del procedimento di bonifica (previsto agli art. 239 e ss.) attraverso la stipulazione di un accordo di programma, ai sensi dell'art. 252-bis, per attuare programmi e interventi di riconversione industriale e di sviluppo economico produttivo di siti che siano qualificati di interesse pubblico.

L'accordo tra soggetti privati interessati e istituzioni nazionali (Ministri per lo sviluppo economico, dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e della salute) e locali (Presidente della Regione territorialmente competente, sentiti il Presidente della Provincia e il Sindaco del Comune territorialmente competenti) consente l'elaborazione concertata dei *“progetti di riparazione dei terreni e delle acque contaminate assieme ad interventi mirati allo sviluppo economico produttivo”* e sostituisce il provvedimento di approvazione.

Con la stipulazione il privato si obbliga ad affrontare il peso finanziario dell'investimento (art. 252-bis, comma 3, lett. f) e riceve come controprestazione l'esenzione da adempimenti procedurali propri della bonifica.

Dunque gli accordi in materia di bonifica presentano un duplice contenuto.

Essi hanno natura sostitutiva del provvedimento di approvazione dei progetti di intervento su terreni ed acque, ai sensi dell'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241; inoltre contengono impegni per la pubblica amministrazione anche di natura finanziaria di sostegno ai privati (art. 252-bis, comma 3, lett a) per la realizzazione dei progetti, consensualmente definiti, che mirano *“allo sviluppo economico produttivo”* dell'area interessata.

Questa peculiarità avvicina tali accordi ai contratti di programma stipulati tra pubbliche amministrazioni e imprese di rilevanti dimensioni al fine di realizzare l'esecuzione di piani progettuali che consentano l'avvio di nuove iniziative e la creazione di nuova occupazione<sup>118</sup>; difatti anche gli accordi per il recupero ambientale pianificano investimenti, modalità e tempi di adempimento e controlli sui risultati ottenuti (art. 252-bis, comma 3).

---

<sup>118</sup> Rientra tra gli strumenti della programmazione negoziata previsti per i settori dell'industria, del turismo, dell'agricoltura, della pesca ai sensi dell'art. 2 della delibera CIPE 25 febbraio 1994 *“Disciplina dei contratti di programma relativi ai centri di ricerca e ai progetti di ricerca”*.

In caso di mancata partecipazione all'accordo dei soggetti responsabili della contaminazione e in caso di mancato adempimento della parte privata obbligata l'amministrazione può procedere in via unilaterale alla definizione, approvazione ed esecuzione degli interventi ritenuti necessari, salvo il diritto di rivalsa nei confronti dei soggetti che hanno determinato l'inquinamento<sup>119</sup>.

In conclusione benché il legislatore qualifichi tale atto come un accordo di programma le molteplici disposizioni in esso contenute consentono di rinvenire la contemporanea presenza di elementi tipici delle diverse fattispecie consensuali.

Si tratta di un atto idoneo ad avere un effetto derogatorio della disciplina procedimentale, per espressa previsione di legge; sostituisce il provvedimento amministrativo di autorizzazione, secondo la disciplina degli accordi dell'art. 11 della legge n. 241/1990 e infine può avere contenuti patrimoniali, la cui esecuzione è rimessa all'applicazione della normativa civilistica di adempimento delle obbligazioni contrattuali.

##### 5. *Brevi notazioni conclusive*

L'elemento caratterizzante la consensualità tra pubbliche amministrazioni è la varietà di elementi che compongono la figura degli accordi. Si tratta dei profili riguardanti i soggetti stipulanti, i possibili contenuti e gli svolgimenti procedimentali delle azioni che pongono un problema di ordine sistematico in relazione alla configurabilità di un modello unitario di accordo<sup>120</sup>.

Sul piano dei modelli di riferimento deve rilevarsi la molteplicità delle possibili interpretazioni degli accordi.

Si pensi alla materia del paesaggio nella quale l'esclusiva presenza pubblica ha suggerito l'accostamento (o meglio la netta sovrapposizione) tra la figura

---

<sup>119</sup> Si pone un problema di coordinamento tra questa disposizione e la previsione dell'art. 253, comma 2, laddove prevede che, in caso di insolvenza del soggetto responsabile, le garanzie reali che assistono il credito della pubblica amministrazione ricadono inevitabilmente sul proprietario del bene, come affermato anche da Tar Toscana, Sez. II, 30 maggio 2008, n. 1541, pf 7; Tar Toscana, Sez. II, 17 aprile 2009, n. 665, pf. 4, entrambe in *www.dejure.it*. Nelle bonifiche finalizzate al recupero industriale realizzate attraverso gli accordi ex art. 252-bis non si fa menzione del proprietario dell'area interessata.

<sup>120</sup> Aspetti che saranno approfonditi nel seguente capitolo.

dell'accordo e quella dell'atto complesso, in ragione dell'elemento fondante che consiste nella plurilateralità soggettiva della parte – unitariamente considerata - competente all'adozione dell'atto idoneo a produrre gli effetti giuridici.

Fino ad arrivare ad accordi che sembrano riprodurre un vincolo di sinallagmaticità tra le prestazioni in essi contenuti, similmente a quanto accade nei contratti tra privati.

Oltre ai problemi originati dalle relazioni tra le parti pubbliche contraenti, è possibile individuare un'ulteriore livello di complessità del modello derivante dalla presenza del privato in alcune tipologie esaminate.

Benché il privato rappresenti oggi un collaboratore spesso indispensabile nella realizzazione della pubblica funzione (si pensi alle ipotesi della programmazione negoziata e agli accordi in materia di bonifica), è necessario interrogarsi sulle implicazioni che questo elemento produce sulla disciplina degli accordi in termini sistematici.

## CAPITOLO II

### ANALISI DELLA STRUTTURA E QUALIFICAZIONE DEGLI ACCORDI DI PROGRAMMA

SOMMARIO: 1. *Nota introduttiva* 2. *Le finalità, o la finalità, dei modelli di riferimento* 3. *La legittimazione soggettiva a stipulare gli accordi* 3.1 *La legittimazione in funzione della competenza e le ricadute sul piano della validità dell'accordo* 3.2 *La legittimazione dei privati: un'esigenza di semplificazione*; 4. *Il procedimento di formazione* 4.1 *Segue: l'atto di approvazione e l'efficacia dell'accordo fra pubbliche amministrazioni* 4.2 *Segue: gli effetti derogatori di fonti normative* 5. *Il contenuto degli accordi (e la apparente contraddizione) tra tipicità del potere esercitato e parziale atipicità del contenuto negoziale* 5.1 *La considerazione della patrimonialità della prestazione* 6. *La stabilità del vincolo giuridico determinato dall'accordo: l'esercizio della facoltà di recesso* 7. *Nota conclusiva.*

#### *1. Nota introduttiva*

La composizione della molteplicità di interessi rilevanti nei procedimenti indagati nel capitolo precedente si realizza sia nel procedimento di formazione dell'accordo sia nel contenuto definitivo dell'accordo. L'accordo, quale unica scelta, realizza un aspetto sostanziale di composizione degli interessi ed un aspetto formale di coordinamento di diversi procedimenti amministrativi.

Tuttavia l'incontro tra la specialità del potere amministrativo e l'utilizzo del consenso fa emergere la criticità di fondo dovuta al richiamo, quasi automatico, che il secondo opera all'attività di diritto privato della pubblica amministrazione, con gli inevitabili problemi di qualificazione della natura giuridica dell'istituto dell'accordo e del conseguente regime giuridico applicabile.

Al fine di risolvere tali nodi pare opportuno procedere all'analisi della struttura di riferimento.

L'indagine si concentrerà sulla rilevanza degli elementi soggettivo ed oggettivo dell'accordo e sulle specifiche declinazioni di tali fattori determinate dal fatto che, diversamente da quanto accade nel settore dei contratti di diritto privato sottoscritti dalle amministrazioni nel rispetto di quanto previsto dal codice dei

contratti pubblici, in questo contesto vengono esercitate consensualmente funzioni pubbliche sottoposte al rispetto dei principi caratteristici del diritto pubblico e in primo luogo del principio di legalità.

## 2. *Le finalità, o la finalità, dei modelli di riferimento.*

La ricostruzione dell'accordo come mezzo giuridico a disposizione della pubblica amministrazione per l'assolvimento delle funzioni positivamente attribuite consente la riferibilità di finalità specifiche e ulteriori rispetto a quelle previste dai modelli generali.

Come vedremo di seguito la finalità di coordinamento, comprensiva della pluralità di significati che essa racchiude, è intrinseca nell'idea del raggiungimento del consenso su un determinato assetto di interessi rilevanti e attribuiti a una molteplicità di distinte soggettività (pubbliche e private). Tuttavia ciò non esclude la compresenza di altre finalità, come testimoniato dall'utilizzo dell'accordo per la definizione del contenuto del provvedimento finale o per la sostituzione al provvedimento finale.

Risulta dunque necessario, dopo aver chiarito la portata delle singole funzioni dell'accordo, individuarne le reciproche relazioni.

L'accordo tra pubbliche amministrazioni persegue primariamente una finalità organizzativa, in ragione della quale le parti pubbliche concordano l'utilizzo di risorse per "*lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune*"<sup>121</sup>.

La necessità di un intervento congiunto per svolgere attività comuni implica una capacità decisionale (ovvero una competenza) circa le modalità di collaborazione.

L'accordo tra pubbliche amministrazioni ha sancito la presenza di un ambito di discrezionalità ulteriore esercitabile al fine di definire gli assetti organizzativi<sup>122</sup>

---

<sup>121</sup> Si fa riferimento all'accordo previsto dall'art. 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241.

<sup>122</sup> R. FERRARA, *Gli accordi di programma. Potere, poteri pubblici e modelli dell'amministrazione concertata*, Padova, 1993, 180, l'A. parla di "*(relativa) libertà*" ma in realtà anche tale facoltà di scelta è sottoposta al rispetto dei principi vigenti in materia di azione amministrativa, tra i quali il più stringente, in relazione a questo tema, pare essere la garanzia del rispetto del principio di buon andamento dell'azione amministrativa. In ragione di ciò pare più appropriato parlare di discrezionalità invece che di libertà.

idonei allo svolgimento dell'azione amministrativa. Si tratta, a ben vedere, di un profilo che si pone come una specificazione del potere di organizzazione, ma, allo stesso tempo, si discosta dalla discrezionalità organizzativa per la maggiore capacità di incisione sugli interessi sostanziali amministrati attraverso l'organizzazione<sup>123</sup>. Tale affermazione è motivata dal fatto che il peculiare regime giuridico degli accordi incide sulle posizioni sostanziali e sugli interessi dei soggetti coinvolti rispetto alle stesse posizioni soggettive e interessi rinvenibili in ipotesi di azione unilaterale della pubblica amministrazione.

In quanto discrezionalità la scelta di procedere attraverso la modalità consensuale è funzionalizzata al raggiungimento del fine di autocoordinamento dei soggetti pubblici titolari di competenze rilevanti nel procedimento principale<sup>124</sup>.

Difatti in sede procedimentale si realizza la riconduzione ad unità delle diverse azioni di molteplici soggetti pubblici, in vista del raggiungimento di un fine comune (*“per la definizione e l'attuazione di opere, di interventi o di programmi di intervento”*) solitamente rilevante anche sotto il profilo socio-politico<sup>125</sup>.

L'accordo appare come rimedio operativo al pluralismo istituzionale e al conseguente frazionamento delle competenze presente nell'assetto normativo di specifici settori<sup>126</sup>, ma anche nell'architettura costituzionale dell'ordinamento repubblicano e maggiormente rafforzato dalla riforma costituzionale del 2001.

---

<sup>123</sup> Sono gli accordi previsti dall'art. 34 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267.

<sup>124</sup> E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992, 118.

R. FERRARA, *Gli accordi di programma cit.*, 78, ritiene che il coordinamento sia realizzato non attraverso l'utilizzo dello *“strumento tecnico del procedimento amministrativo”* bensì attraverso un'autonomia definita come *“negoziale”* di cui dispongono le parti pubbliche dell'accordo.

G.D. COMPORTELLI, *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, Milano, 1996, 141, ritiene *“negoziale”* solo la *“logica”* che guida l'incontro tra discrezionalità di diversi soggetti pubblici.

<sup>125</sup> N. BASSI, *Gli accordi di programma cit.*, 634.

<sup>126</sup> Si veda in particolare la normativa sul paesaggio, come emerge dal pf. 1 del cap. I, che coinvolge molteplici competenze in virtù di assetti normativi antecedenti alla riforma costituzionale del 2001.

A sostegno di questa affermazione si può ricordare che il modulo procedimentale dell'accordo di programma era previsto già nelle discipline di settore quali l'art. 7 della legge 1 marzo 1986, n. 64 recante la *“Disciplina organica dell'intervento straordinario nel Mezzogiorno”*; l'art. 1 della legge 28 marzo 1988, n. 99 recante misure urgenti in materia di opere pubbliche e di personale degli enti locali in Sicilia; l'art. 4 della legge 28 agosto 1989, n. 305 in materia di programmazione triennale per la tutela dell'ambiente; l'art. 25 della legge 17 maggio 1985, n. 210 di istituzione dell'ente *“Ferrovie dello Stato”*. Solo con la riforma delle autonomie locali l'accordo di programma è stato previsto come modello generale di azione pubblica dall'art. 27 della legge 8 giugno 1990, n. 142.



Da ciò la necessità di garantire un coordinamento tra le competenze che devono esercitarsi in un unico procedimento amministrativo per evitare che l'azione autonoma di ciascuna di esse non consideri adeguatamente gli interessi sottesi all'esercizio delle altre.

Tuttavia l'autonomia costituzionalmente garantita dei soggetti pubblici coinvolti implica una discrezionalità politica nella determinazione dei fini di carattere generale che dovrebbe essere esercitata dagli organi elettivi di tali enti. Di conseguenza il coordinamento talvolta necessario, che opera al livello delle istituzioni politiche, sfugge alle regole amministrative<sup>127</sup> verso logiche di carattere politico.

Infatti l'esercizio del potere politico di indirizzo e coordinamento vive su un piano di astrattezza che non è conciliabile con l'operatività che contraddistingue gli accordi in questione<sup>128</sup>.

Inoltre l'indirizzo politico è espressione di una funzione a esercizio necessario, al pari del potere amministrativo, ma quando occorre una collaborazione essa si realizza esclusivamente attraverso il consenso delle parti (variamente configurabili come coordinante e coordinata) in ragione della autonomia costituzionalmente riconosciuta agli enti coinvolti di cui al comma 2, art. 114 Costituzione.

---

<sup>127</sup> V. BACHELET, *Coordinamento*, in *Enc. dir.*, X, Varese, 1962, 630; L. ORLANDO, *Contributo allo studio del coordinamento amministrativo*, Milano, 1974; F. PIGA, *Coordinamento (principio del)*, in *Enc. giur.*, 1988; M. NIGRO, *Il coordinamento come mistificazione e il coordinamento come partecipazione*, in *I Trib. Amm. reg.*, 1981, fasc. 2, 53; G. FALCON, *Il coordinamento regionale degli enti locali. Gli strumenti consensuali*, in *Reg. e Gov. loc.*, 1990, 1/2, 207; F. MERUSI, *Procedimenti di coordinamento infrastrutturale e procedimenti di collaborazione dopo le leggi sul procedimento amministrativo e sulla riforma delle autonomie locali*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, II, Milano, 1993, 1035.

<sup>128</sup> N. BASSI, *Gli accordi di programma cit.*, 635.

Sulla distinzione tra accordo e intesa politica si veda Tar Lazio, Sez. III-ter, 1 agosto 2005, n. 6068, pf. 1.2, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), in cui il Collegio precisa che il d.lgs. 28 agosto 1997, n. 281 "Definizione ed ampliamento delle attribuzioni della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano ed unificazione, per le materie ed i compiti di interesse comune delle regioni, delle province e dei comuni, con la Conferenza Stato - città ed autonomie locali" distingue tra intese (art. 3) e accordi (art.4) e colloca questi ultimi prevalentemente nell'attività amministrativa. Inoltre la Conferenza permanente non è organo dell'Esecutivo ma neppure è organo degli apparati degli enti territoriali e dunque anche il profilo soggettivo induce ad escludere la natura politica dell'atto di accordo.

Le funzioni amministrative invece trovano ordinaria esplicazione in via unilaterale, restando l'accordo una facoltà rimessa alla scelta dei soggetti agenti.

Solo quando viene compiuta la scelta della consensualità si verifica la necessità di contrattare con la controparte un assetto di interessi conveniente ad entrambe e dunque si realizza una parità nella negoziazione che non consente di individuare una differenziazione tra soggetti coordinati e soggetto coordinante; il rapporto consensuale infatti si fonda sulla parità delle posizioni dei soggetti chiamati a definire l'assetto finale di interessi<sup>129</sup>.

Gli accordi sono utilizzati anche per il perseguimento di finalità programmatiche, ovvero di definizione delle disposizioni necessarie *“per assicurare il coordinamento delle azioni e per determinarne i tempi, le modalità, il finanziamento ed ogni altro connesso adempimento”*<sup>130</sup>.

Inoltre l'accordo si connota anche della finalità provvedimento laddove definisca il contenuto del provvedimento o direttamente ne disponga la sostituzione<sup>131</sup>.

Le molteplici finalità esposte, è bene sottolinearlo, sono riconducibili esclusivamente alla scelta di utilizzare i moduli consensuali di azione ma non sostituiscono (né limitano) la realizzazione degli interessi pubblici ulteriori che le amministrazioni sottoscrittrici devono perseguire e realizzare secondo le previsioni di legge.

---

<sup>129</sup> G.D. COMPORTE, *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, Milano, 1996, 161, definisce per questo motivo *“adespota”* questo tipo di coordinamento.

<sup>130</sup> Art. 34, comma 1, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267. In ragione di ciò è stata qualificata come vera e propria funzione normativa da N. BASSI, *Accordi amministrativi verticali e orizzontali: la progressiva ibridazione dei modelli*, in *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, a cura di M. Cammelli, Bologna, 2007, 456.

<sup>131</sup> Secondo lo schema della consensualità tra pubblica amministrazione e privati in chiave di partecipazione disciplinato dall'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241. Il richiamo all'art. 11 ha suggerito la possibilità di ammettere la presenza del privato negli accordi fra pubbliche amministrazioni (come si vedrà nei paragrafi successivi). Tale partecipazione è sicuramente ammessa nella prassi applicativa degli accordi come dimostrato dalla pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. VI, 5 gennaio 2001, n. 25, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che si occupa specificamente di un accordo stipulato da amministrazioni locali (comunali e provinciali), statali (Ministero) e privati per la realizzazione un progetto di reindustrializzazione, di riassetto territoriale e di sviluppo economico dell'area costiera della Regione Campania, e individua negli accordi dell'art. 11 la *“generale tendenza del legislatore a favorire l'esercizio consensuale della potestà amministrativa”*. La partecipazione dei privati interessati inoltre *“garantisce l'esigenza del temperamento tra interesse generale ed interessi particolari dei privati e del rispetto del principio di proporzionalità che impone di perseguire l'interesse generale con il minor sacrificio possibile per i privati”*.

La riflessione sulle finalità dunque sembrerebbe suggerire l'individuazione di diversi modelli di consensualità a seconda che sia prevalente la funzione di coordinamento, di programmazione o dell'assetto provvedimentale cui le amministrazioni mirano.

In realtà dall'osservazione delle tipologie di accordo previste dalle singole leggi di settore e dalle statuizioni della giurisprudenza emerge che nella scelta della consensualità convivono molteplici finalità e in ciò risiede la peculiare flessibilità del modello<sup>132</sup>.

Infatti l'accordo è previsto dalle norme che disciplinano i poteri quale modalità operativa idonea a realizzare il pubblico interesse, ma la sua efficacia travalica i limiti della composizione sostanziale degli interessi in gioco per realizzare anche aspetti attinenti alle relazioni tra soggetti coinvolti, con un grado di stabilità tale da poter connotare tali relazioni come relazioni organizzative.

### 3. La legittimazione soggettiva a stipulare gli accordi

I modelli di consensualità sono diretti all'esercizio delle pubbliche funzioni e ciò fa supporre che i soggetti legittimati alla conclusione dell'accordo siano le pubbliche amministrazioni titolari delle stesse.

Infatti la legittimazione è determinata dalla competenza a svolgere la funzione pubblica attraverso l'accordo<sup>133</sup>, ovvero dalla titolarità del potere di adottare il provvedimento finale, il cui contenuto o la cui adozione si realizza attraverso l'accordo.

---

<sup>132</sup> Si vedano ad esempio gli accordi descritti nel capitolo I in materia di pianificazione paesaggistica, § 2.2.2., laddove la previsione normativa prescrive l'accordo dell'art. 15, legge 7 agosto 1990, n. 241, pur assolvendo tale atto a finalità di programmazione, coordinamento e di formalizzazione del provvedimento finale costituito dal piano paesaggistico; in materia di scarichi di rifiuti, § 4.2.1, la finalità provvedimentale convive con quella di programmazione.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2636, in *www.dejure.it*, precisa che la finalità dello strumento dell'accordo consiste (senza distinzioni) nel raggiungimento di "un equilibrio degli interessi coinvolti non raggiungibile in altro modo".

<sup>133</sup> In particolare l'art. 34 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, individua nella funzione di definizione e attuazione di opere, interventi e programmi di intervento, la possibile competenza di comuni, province, regioni, amministrazioni statali e altri soggetti pubblici.

La convergenza di molteplici competenze per la realizzazione di un unico interesse pubblico rappresenta oggi una modalità di azione sempre più frequente in ragione della complessità (intesa come pluralità di interessi rilevanti e potenzialmente contrastanti, a prescindere dalla provenienza pubblica o privata degli stessi) che caratterizza molte materie di competenza delle pubbliche amministrazioni<sup>134</sup>.

Tale sovraffollamento di soggettività avviene anche in relazione a competenze non omogenee da un punto di vista qualitativo.

Dunque la partecipazione può essere riservata ad amministrazioni variamente interessate, ovvero coinvolte non necessariamente sul piano sostanziale dell'assetto degli interessi in gioco, ma incise nell'esercizio delle proprie competenze dal regolamento di interessi sancito nell'accordo<sup>135</sup>.

Qualitativamente differente è anche la competenza delle amministrazioni titolari di funzioni di controllo o di vigilanza, ovvero competenti al rilascio di atti autorizzatori.

Difatti la partecipazione dell'amministrazione competente a rilasciare il provvedimento (e a fissare i requisiti necessari per il rilascio, laddove previsto)

---

<sup>134</sup> Le ipotesi tipologiche esaminate nel capitolo I e concernenti la tutela del paesaggio e dell'ambiente ne offrono una limitata esemplificazione.

<sup>135</sup> In tal senso depono il dato letterale dell'art. 34, comma 1, del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, secondo il quale la completa realizzazione di interventi o di programmi di intervento può richiedere l'azione di soggetti (comuni, province, regioni, amministrazioni statali, altri soggetti pubblici) non titolari della competenza primaria o prevalente sull'opera, ai quali è riservata la richiesta di conclusione dell'accordo di programma.

Secondo N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, 472, la legittimazione procedimentale (e processuale) si fonda (e contemporaneamente ne è limitata) nella "norma che stabilisce le finalità di rilievo collettivo dell'azione dell'organismo pubblico".

E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992, 187-191, ritiene che gli enti locali nel cui territorio deve realizzarsi l'intervento o l'opera oggetto dell'accordo siano titolari di "interessi legittimi pubblici coincidenti con quelli che si è inteso curare con la stipulazione dell'accordo" (189), e in tale posizione soggettiva si rinviene la legittimazione alla partecipazione al procedimento di formazione dell'accordo, ma non all'adozione di provvedimenti finali in relazione alla fattispecie. L'A. afferma inoltre la legittimazione alla partecipazione di tali enti in ogni procedimento amministrativo che ne interessi il relativo territorio, in forza del "principio che al procedimento amministrativo devono poter partecipare tutti i titolari degli interessi legittimi coinvolti nel procedimento stesso [...] indipendentemente da una formale canonizzazione di tale pretesa partecipativa" (189).

comporta l'inserimento all'interno dell'accordo dell'esercizio di un potere discrezionale, orientato verso gli obiettivi dell'azione concordata<sup>136</sup>.

In tal caso siffatte funzioni si inseriscono nel rapporto collaborativo di durata instaurato dall'accordo senza creare particolari problemi di adattabilità, poiché non si risolvono nella sola adozione di un atto con effetto autorizzatorio<sup>137</sup>.

### 3.1. *La legittimazione in funzione della competenza e le ricadute sul piano della validità dell'accordo*

Se la legittimazione a essere parte dell'accordo deriva e riflette le competenze delle amministrazioni che potrebbero essere esercitate in via unilaterale, l'accordo apre a nuove problematiche derivanti dalla molteplicità dei soggetti coinvolti (o non coinvolti) nel procedimento volto alla produzione di effetti giuridici.

Ma la difficoltà dell'applicazione del canone della competenza all'azione consensuale deriva dalla considerazione che l'accordo è, per definizione, la sede nella quale si incontrano più competenze, dunque è necessario innanzitutto chiarire quale, tra le altre, è la materia oggetto di consenso e in relazione ad essa individuare le pubbliche amministrazioni competenti<sup>138</sup>.

---

<sup>136</sup> Si pensi agli accordi in materia di scarichi esposti nel § 4.2.1 del capitolo I.

<sup>137</sup> Questa sembrerebbe la resistenza di maggior rilievo ad ammettere la partecipazione all'accordo delle amministrazioni competenti al controllo e vigilanza secondo N. BASSI, *Gli accordi di programma cit.*, 649. L'A. ritiene infatti di difficile ammissibilità la sola partecipazione all'accordo di autorità competenti a compiere accertamenti semplici, poiché in questo caso non si verifica alcuna valutazione discrezionale e la contestualità investe solo la sede procedimentale entro la quale emettere i rispettivi atti, al pari di quanto accade nella conferenza di servizi.

Tuttavia la considerazione della semplificazione e del coordinamento quali obiettivi dell'azione concordata consentono di ritenere ammissibile l'inserimento nel testo dell'accordo del provvedimento autorizzatorio, così creando una "*fattispecie mista, che accorpa nello stesso atto concordato tanto un accordo in senso proprio quanto le determinazioni finali di una conferenza di servizi di tipo decisivo o esterno, producendosi effetti giuridici differenti a seconda della clausola che di volta viene in considerazione e del tipo di competenza spesa da ognuna delle amministrazioni partecipanti*" (650).

Di diverso avviso E. STICCHI DAMIANI, *op. cit.*, 190, non ritiene ammissibile la partecipazione all'accordo delle autorità preposte a controlli che si risolvono in accertamenti semplici, poiché le valutazioni da compiere non hanno margini di opinabilità e quindi di scelta tra un'opzione e l'altra, risolvendosi in un'attività strettamente vincolata.

<sup>138</sup> Tar Lazio, Sez. I, 20 gennaio 1995, n. 62, in *Foro amm.*, 1995, 1063, una delle questioni affrontate riguarda l'individuazione del contenuto dell'accordo di programma, stipulato ai sensi dell'art. 27, legge 8 giugno 1990, n. 142, attraverso il quale "*si è pervenuti, contestualmente, all'approvazione di un piano di lottizzazione e degli allegati progetti edilizi, il tutto finalizzato, a sua*

Inoltre l'individuazione delle amministrazioni legittimate a sottoscrivere l'accordo, perché competenti, non deve essere fraintesa con l'individuazione di quei soggetti (più numerosi, pubblici e privati) competenti a partecipare agli incontri preparatori che precedono l'adozione dell'accordo. Tale partecipazione avviene infatti con lo scopo di chiarire quali sono gli interventi realizzabili attraverso il coordinamento delle singole azioni, ma gli apporti conoscitivi non possono convergere nella sottoscrizione formale dell'accordo riservata ai soli soggetti competenti<sup>139</sup>.

La partecipazione dei soggetti competenti confluisce nel consenso unanime all'accordo, ma la distinzione tra posizioni soggettive sostanziali rilevanti in sede di adozione e in sede procedimentale si riflette sul piano dell'efficacia dell'accordo (in ragione dei possibili vizi).

Difatti la pretermissione dei soggetti titolari dei poteri i cui effetti sono gli stessi che si intende realizzare attraverso il consenso, provoca come inevitabile conseguenza l'adozione di un atto inidoneo alla produzione dell'effetto giuridico che si intende raggiungere<sup>140</sup>. Sulla scelta del coinvolgimento delle amministrazioni

---

*volta, alla realizzazione di un'opera multifunzionale, costituita da un centro ingrosso, da un centro stoccaggio e da un'area di scambio delle merci" (9.2). Secondo il Collegio l'opera da realizzare rappresenta l'unica ragion d'essere del piano di lottizzazione approvato, dunque essa ne definisce la funzione, restando, l'aspetto urbanistico, quale momento strumentale alla realizzazione dell'opera principale. In ragione di ciò l'accordo risulta viziato perché promosso e approvato dal Sindaco, senza che vi sia stato il coinvolgimento della Regione, competente secondo la disciplina regionale, alla realizzazione delle opere pubbliche dirette alla razionalizzazione del traffico delle merci.*

Tale impostazione è ribaltata in appello da Consiglio di Stato, Sez. VI, 7 febbraio 1996, n. 182, in *Cons. di Stato*, 1996, 264, secondo il quale la legge regionale sul trasporto merci si applica esclusivamente ai centri merci di iniziativa pubblica. L'opera oggetto dell'accordo di programma invece è stata promossa da operatori privati su terreni di proprietà privata, dunque non sussiste la competenza prevalente della regione pretermessa. Risultando prevalente la fase urbanistica, si afferma la legittimità dell'accordo promosso e approvato dal Sindaco.

<sup>139</sup> Tar Lazio, Sez. I, 20 gennaio 1995, n. 62, in *Foro amm.*, 1995, 1064, punto 12.1.1. A favore dell'interpretazione che consente una partecipazione estesa a tutti i soggetti interessati si veda G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001, 66.

<sup>140</sup> Dovrebbe configurarsi a riguardo il vizio di incompetenza assoluta e dunque la nullità dell'accordo, ai sensi dell'art. 21-*septies* della legge 7 agosto 1990, n. 241, che regola l'esercizio di un potere da parte di un soggetto che non ne è titolare. Secondo Tar Lazio, Sez. I, 20 gennaio 1995, n. 62, in *Foro amm.*, 1995, 1064, l'atto così sottoscritto da un punto di vista sostanziale è "un atto finale sprovvisto dei presupposti per consentire la «completa realizzazione» dell'opera; dall'altro, sotto l'aspetto formale, ha dato luogo alla formazione di un consenso parziale e, per ciò stesso, inefficace, non avendo a quest'ultimo concorso volontà pubbliche indispensabili al perfezionamento dell'atto finale, in relazione alla sua causa giuridica e alla sua finalità concreta".

(esclusivamente) competenti non pare sussistere alcun margine di discrezionalità in capo ai soggetti promotori dell'accordo<sup>141</sup>.

Le implicazioni sulla validità dell'accordo mutano radicalmente se si accede alla logica che limita l'efficacia dello stesso alle sole parti stipulanti. Da questa premessa discende che la mancata partecipazione (e sottoscrizione) di soggetti necessari non determina l'invalidità dell'accordo *“ma la limitazione dell'estensione del suo contenuto, nel senso che non vi è compresa un'adeguata soluzione del problema”*<sup>142</sup>.

L'esercizio di poteri pubblici in questa ipotesi non produrrebbe effetti nei confronti di altri soggetti (pubblici e privati) che avrebbero dovuto essere coinvolti nel procedimento di formazione consensuale dell'accordo.

Tale conclusione se da un lato supera, senza però risolvere, il problema definitorio della posizione soggettiva del soggetto pubblico competente ma estromesso dal procedimento<sup>143</sup>, dall'altro sovverte uno dei connotati dell'esercizio di poteri pubblicistici, ovvero l'idoneità a produrre effetti giuridici anche nei confronti dei soggetti che non acconsentono.

In conclusione il dato che si può affermare è che lo strumento consensualistico realizza un obiettivo di semplificazione attraverso l'acquisizione contestuale delle manifestazioni di volontà (ma anche di conoscenza, di giudizio)

---

<sup>141</sup> Una apertura sul punto è rinvenibile in N. BASSI, *Gli accordi di programma cit.*, 651, il quale ritiene che la scelta delle amministrazioni da ammettere alla stipulazione dell'accordo sia frutto di una valutazione discrezionale *“entro certi margini (quando si tratti di modificare gli strumenti urbanistici vigenti, ad esempio, la presenza del comune e della regione è incontrovertibilmente necessaria)”*.

<sup>142</sup> Questa è la posizione espressa da Consiglio di Stato, Sez. VI, 7 febbraio 1996, n. 182, in *Cons. di Stato*, 1996, 264, anche se non pare chiaro cosa il Collegio intenda con partecipazione necessaria dal momento che tiene a precisare nel capoverso successivo che i soggetti pretermessi non sono più da considerarsi “necessari” essendo mutata la qualificazione dell'oggetto dell'accordo (in particolare non si ritiene applicabile la disciplina regionale che imponeva la partecipazione dei soggetti esclusi).

L'efficacia limitata alle parti è condivisa da N. BASSI, *Gli accordi di programma dopo un decennio abbondante di esperienza fra questioni ormai superate e problematiche ancora aperte. Parte prima: profili generali*, in *Il dir. dell'econ.*, 2001, 650, il quale ritiene che si applichi il principio sancito all'art. 1372 c.c., secondo il quale il contratto non produce effetti nei confronti dei terzi se non nei casi previsti dalla legge.

<sup>143</sup> Se l'accordo non produce effetti nei confronti dei soggetti estromessi sarà difficile configurare in capo ad essi alcuna posizione giuridica soggettiva.

promananti da diversi soggetti variamente coinvolti nella realizzazione di un fine unitario da raggiungere.

Tale coordinamento però non può comportare alcuna alterazione delle competenze stabilite dalla legge in capo alle singole amministrazioni<sup>144</sup>, poiché nessuna amministrazione può disporre delle proprie competenze attraverso una manifestazione di volontà in tal senso.

Da ciò deriva che il modello di consensualità tra pubbliche amministrazioni tende a realizzare una partecipazione paritaria dei soggetti coinvolti.

### 3.2 La legittimazione dei privati: un'esigenza di semplificazione

La presenza del soggetto privato quale parte dell'accordo tra pubbliche amministrazioni si pone in chiave problematica per molteplici ragioni.

La prima è costituita dal dato normativo che esclude la presenza dei privati quali parti dell'accordo tra pubbliche amministrazioni in via generale<sup>145</sup>, ma ne consente il coinvolgimento in ipotesi specifiche<sup>146</sup> e che risulta contraddittorio poiché non spiega i motivi del mancato coinvolgimento e del coinvolgimento, nell'uno e nell'altro caso.

La soluzione che risolve la questione, ammettendo una limitazione soggettiva degli accordi stipulati per il perseguimento di pubblici interessi risulta un'opzione superata prima che sotto il profilo positivo sotto il profilo logico.

Difatti il coinvolgimento delle parti privati appare quale elemento indispensabile per l'attuazione di interessi pubblici che non sarebbero realizzabili in altro modo<sup>147</sup>.

---

<sup>144</sup> L'affermazione è contenuta anche in Tar Lazio, Sez. I, 20 gennaio 1995, n. 62, in *Foro amm.*, 1995, 1064, punto 13.1.

<sup>145</sup> In tal senso dispone l'art. 34 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 ma anche la norma di carattere generale dell'art. 15 legge 7 agosto 1990, n. 241.

<sup>146</sup> La partecipazione del privato è prevista ad esempio negli accordi di programmazione negoziata, § 3 capitolo I, e in materia di scarichi e di procedimenti di bonifica, si vedano rispettivamente i § 4.2.1 e 4.2.3 del capitolo I.

<sup>147</sup> Si pensi allo sforzo economico richiesto alle parti private nell'azione di programmazione negoziata: infatti in A. CONTIERI, *La programmazione negoziata: la consensualità per lo sviluppo*, Napoli, 2000, 53, si legge "la consensualità come necessità, per l'imprescindibile esigenza della presenza di imprenditori e capitali privati nei grandi processi di sviluppo economico cui è indirizzata



Tale *integrazione strutturale*<sup>148</sup> del modello dell'accordo tra pubbliche amministrazioni non crea particolari problemi poiché avviene nel rispetto degli obiettivi di pubblico interesse perseguiti attraverso il consenso e dunque nell'ottica della semplificazione dell'azione amministrativa.

Infatti se il fine non muta, con l'accordo si abbrevia la strada da percorrere per raggiungerlo: in quanto il consenso contestualmente espresso consente una più *“rapida conclusione di una molteplicità di procedimenti, tutte le volte in cui il loro ordinario svolgimento richiederebbe l'espletamento di più subprocedimenti, indispensabili per la ponderazione di interessi pubblici concorrenti”*<sup>149</sup>.

La seconda ragione di problematicità è costituita dal rilievo sostanziale che assume l'accordo.

Attraverso l'accordo infatti le parti pubbliche vincolano la propria successiva attività attraverso disposizioni che hanno effetti anche nei confronti dei privati destinatari dei poteri esercitati<sup>150</sup>. Tale condizione renderebbe la posizione dei privati incompatibile con la presenza degli stessi tra le parti dell'accordo quando quest'ultimo è idoneo a sostituire o a definire il contenuto di un provvedimento amministrativo<sup>151</sup>.

Quest'ultima affermazione infatti deriva dalla convinzione che il privato sia in posizione di conflitto (continuo) di interessi con l'attività di amministrazione

---

*la programmazione negoziata*”. Difatti la consensualità consente di realizzare lo sviluppo dell'attività imprenditoriale del privato attraverso l'agevolazione sul fronte degli adempimenti amministrativi per l'avvio e la gestione dell'attività, per il raggiungimento di obiettivi occupazionali e di miglioramento delle condizioni economico di intere aree del Paese (55).

<sup>148</sup> L'espressione è utilizzata da N. BASSI, *Gli accordi di programma cit.*, 654.

<sup>149</sup> Questa l'opinione espressa da Tar Lazio, Sez. I, 20 gennaio 1995, n. 62, in *Foro amm.*, 1995, 1062, punto 8.2 e confermata da Consiglio di Stato, Sez. VI, 7 febbraio 1996, n. 182, in *Cons. di Stato*, 1996, 267.

<sup>150</sup> R. FERRARA, *Gli accordi di programma cit.*, 106, esclude la presenza del privato tra i possibili soggetti degli accordi in quanto *“l'accordo di programma si profila come uno strumento marcatamente «direzionale», in quanto le sue statuizioni [...] si impongono autoritativamente, e cioè unilateralmente, ai terzi, ai privati i quali siano successivamente interessati ai (toccati dai) progetti, dagli interventi o dalle opere previsti e disciplinati dall'accordo di programma medesimo”*.

<sup>151</sup> Secondo E. STICCHI DAMIANI, *op. cit.*, 59 *“una norma giuridica qualifica come ammissibile l'incontro di volontà tra amministrazione e privato che abbia per oggetto la disciplina di un rapporto giuridico di diritto pubblico”*.

dell'interesse pubblico, ovvero con l'attività che definisce l'interesse pubblico in concreto a partire da un dato interesse pubblico astratto<sup>152</sup>.

Tale pregiudizio è stato superato, sul piano normativo, dalla disposizione dell'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241, che non ha semplicemente rinviato all'applicazione di modelli contrattuali di stampo civilistico, ma ha ammesso in via generale una modalità di accordo tra pubbliche amministrazioni e cittadini idonea ad esercitare la pubblica funzione.

E tale innovazione avviene perché l'accordo (anche con i privati) garantisce un migliore soddisfacimento dell'interesse pubblico (questa valutazione è riservata, in via generale, all'amministrazione procedente ed è effettuata, in alcune ipotesi analizzate, dallo stesso legislatore che impone il modello consensuale di azione)<sup>153</sup>.

Risolta in senso affermativo la questione dell'ammissibilità del privato quale contraente delle pubbliche amministrazioni è opportuno accennare alle modalità di selezione dello stesso privato.

Difatti se la scelta dei soggetti pubblici è operata dalla legge che dispone l'attribuzione dei poteri da esercitare consensualmente, la sfera dei privati che possono divenire co-titolari di un rapporto consensuale con la pubblica amministrazione invece è potenzialmente indefinita.

Ebbene una prima selezione dei privati (possibili) contraenti tra i privati (possibili) interessati è innanzitutto operata dalla materia oggetto dell'accordo: difatti le ipotesi della programmazione negoziata, degli accordi finalizzati alla disciplina degli scarichi e alla realizzazione di interventi di bonifica si inseriscono in procedimenti che rendono palesi i potenziali contraenti, quando non si tratti persino di procedimenti avviati da questi ultimi.

Dal punto di vista delle pubbliche amministrazioni l'azione è svolta nel rispetto del principio di imparzialità, che si traduce nella predeterminazione dei

---

<sup>152</sup> Questo è il momento procedimentale nel quale è "necessario misurare, bilanciare e determinare la misura di ragionevole contemperamento con interessi privati o addirittura dare ad essi una garanzia" C. MARZUOLI, *Gli accordi di programma*, in corso di pubblicazione, 445.

<sup>153</sup> C. MARZUOLI, *Gli accordi di programma cit.*, 446, ricorda che prima dell'introduzione dell'art. 11, legge 7 agosto 1990, n. 241 l'obiettivo del "risultato di maggiore utilità per l'interesse pubblico" era raggiunto attraverso fenomeni consensuali ricondotti però alla esclusiva impostazione pubblicistica, quali ad esempio la concessione-contratto, le convenzioni urbanistiche, gli atti costitutivi del rapporto di pubblico impiego in regime pubblicistico.

criteri e delle modalità di azione laddove il consenso sia diretto alla concessione di vantaggi economici<sup>154</sup>.

In conclusione si può affermare che la presenza di un soggetto qualificato come privato non rappresenta elemento idoneo a determinare un mutamento del modello di consensualità tra pubbliche amministrazioni, ma fornisce l'occasione per riflettere sulla relazione esistente tra la qualità del potere esercitato e le modalità di esercizio dello stesso.

#### 4. Il procedimento di formazione

Parimenti a quanto si può osservare nella formazione del provvedimento amministrativo unilaterale, anche per la formazione degli accordi si possono distinguere diverse fasi di avanzamento dell'attività.

Salva l'integrazione operata da normative di settore, il procedimento si articola in una fase di iniziativa, una fase istruttoria, segue la fase costitutiva e infine la fase di approvazione.

Il potere di iniziativa è attribuito in via generale al rappresentante dell'ente locale con "*competenza primaria o prevalente sull'opera o sugli interventi o sui programmi di intervento*"<sup>155</sup>, dunque è regolato dalla vigenza del principio di corrispondenza fra soggetto competente a promuovere l'accordo e soggetto competente ad approvare lo stesso<sup>156</sup>.

Tuttavia l'applicazione di tale regola non è tassativa e ciò risulta già nella disciplina di carattere generale laddove l'intervento oggetto dell'accordo riguardi due regioni finitime e nell'ipotesi di accordo che comporti una variazione degli strumenti urbanistici<sup>157</sup>.

---

<sup>154</sup> Il principio è positivizzato all'art. 12 della legge 7 agosto 1990, n. 241, e vi sono ricompresi sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari e vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati.

<sup>155</sup> Così dispone l'art. 34, comma 1, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

<sup>156</sup> E. STICCHI DAMIANI, *op. cit.*, 182, "*La competenza all'approvazione è da ritenersi attribuita allo stesso soggetto che ha concretamente attivato, nella fattispecie, il potere di iniziativa*".

<sup>157</sup> Si tratta rispettivamente dei commi 8 e 5 dell'art. 34, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267. Nel primo caso l'iniziativa è riservata alla Presidenza del Consiglio dei Ministri; nel secondo l'atto di adozione (si presume anche l'iniziativa) è attribuita al sindaco al quale deve seguire l'atto di ratifica da parte del consiglio comunale entro trenta giorni a pena di decadenza.

La definizione della competenza all'iniziativa inoltre può suscitare dubbi laddove l'accordo abbia più contenuti tali da coinvolgere molteplici amministrazioni, tutte chiamate ad esprimere il proprio consenso per l'approvazione<sup>158</sup>.

Per questo motivo la giurisprudenza ha ridefinito i confini della questione relativa al potere di iniziativa limitandola alla competenza all'adozione finale dell'accordo.

Difatti il mancato rispetto dell'ordine delle competenze ad assumere l'iniziativa può inficiare la legittimità dell'accordo solo se l'autorità effettivamente competente non abbia sottoscritto l'accordo stesso, risultando completamente estromessa dalla conclusione procedimento<sup>159</sup>.

Dunque se l'autorità, pur competente all'iniziativa, non abbia esercitato tale prerogativa ma abbia comunque partecipato al procedimento e sottoscritto l'accordo deve ritenersi sanato il vizio sussistente nella fase dell'iniziativa<sup>160</sup>.

La fase istruttoria consente il confronto diretto tra le amministrazioni partecipanti titolari degli interessi rilevanti ai fini della definizione del contenuto dell'accordo amministrativo.

In virtù dell'esigenza conoscitiva delle rispettive posizioni e prerogative si manifesta quale fase scevra di particolari formalismi come emerge sia nella disciplina generale sia in quelle di settore.

Il dato positivo di carattere generale è limitato infatti al comma 3 dell'art. 34 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, che consente lo svolgimento della conferenza tra i

---

<sup>158</sup> È quanto accaduto a proposito di un accordo di programma concernente l'approvazione di un piano di lottizzazione finalizzato alla realizzazione di un'opera multifunzionale comprensiva di un centro ingrosso, un centro stoccaggio e un'area di scambio delle merci. Ebbene il Tar Lazio, Sez. I, 20 gennaio 1995, n. 62, in *Foro amm.*, 1995, 1060, ha ritenuto che non fosse prevalente l'aspetto urbanistico bensì l'aspetto relativo all'organizzazione del traffico delle merci, con la conseguente dichiarazione di incompetenza del sindaco a favore della regione.

La successiva sentenza di appello pronunciata dal Consiglio di Stato, Sez. VI, 7 febbraio 1996, n. 182, in *Foro amm.*, 1996, 589, ha ritenuto non applicabile la disciplina regionale che attribuisce la competenza alla Regione per la tipologia di opere contenute nell'accordo ma solo se di iniziativa di un soggetto pubblico, a differenza del caso in esame nel quale si trattava di un'iniziativa edilizia privata. Dunque ha ritenuto prevalente l'aspetto urbanistico dell'intervento e ha affermato il potere di iniziativa del Sindaco.

<sup>159</sup> Consiglio di Stato, Sez. IV, 28 aprile 2006, n. 2411, in *www.de-jure.it*, pf. 4.

<sup>160</sup> Consiglio di Stato, Sez. IV, 28 aprile 2006, n. 2411, in *www.de-jure.it*, pf. 4, prosegue precisando che si tratta di un "vizio, che, peraltro, sia nel procedimento amministrativo che nel processo nel quale si controverta della legittimità degli atti del primo, solo l'Amministrazione "espropriata" del potere di iniziativa avrebbe interesse a far valere".

rappresentanti di tutte le amministrazioni interessate al fine di vagliare la possibilità di concordare l'accordo di programma, dunque ancor prima di esaminare il merito delle questioni amministrative.

Le parti in tale sede manifestano la propria volontà di procedere consensualmente alla realizzazione di un'opera, di un intervento o di un programma di intervento e tale assenso comporta il solo impegno a procedere sulla strada consensualistica, senza ulteriori implicazioni contenutistiche<sup>161</sup>.

La mancata giuridicizzazione della fase preparatoria pone un problema di (possibile) coordinamento con la necessità di garantire gli interessi dei titolari di una pretesa partecipativa alla fase di elaborazione dell'accordo.

Ebbene tale contemperamento deve avvenire se si considera l'accordo sottoposto ai principi e alle regole (procedimentali e provvedimentali) dell'esercizio del potere amministrativo poiché attraverso di esso *“l'ordinamento non intende derogare al normale modo di formazione della volontà delle singole amministrazioni coinvolte”*<sup>162</sup>. Difatti se l'accordo soddisfa i principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa non può immaginarsi l'estromissione delle parti private nella fase conoscitiva degli interessi coinvolti dall'esercizio del potere.

Se invece viene considerato determinante l'aspetto programmatico dell'accordo (sicuramente presente insieme ad altri aspetti) allora si ammette l'esclusione dell'applicazione delle norme sulla partecipazione dei soggetti interessati<sup>163</sup>, poiché le garanzie procedimentali sono applicabili esclusivamente *“a coloro cui il provvedimento finale direttamente si riferisca e comunque a quei*

---

<sup>161</sup> R. FERRARA, *op. cit.*, 115 ritiene che tale consenso possa essere qualificato come un'intesa preliminare inidonea a *“vincolare in modo assoluto e radicale il successivo esercizio di un potere funzionalizzato, il cui fine ultimo è pur sempre la realizzazione del pubblico interesse alla luce della nota clausola rebus sic stantibus”*. L'A. comunque non esclude che le parti concordino già in sede di conferenza istruttoria preliminari aspetti sostanziali del contenuto del futuro accordo, infatti i rapporti fra conferenza e accordi siano *“caratterizzati da una marcata relatività e variabilità”* (118).

<sup>162</sup> S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Accordo di programma (dir. amm.)*, in *Enc. del dir.*, 1999, Varese, 22; tale impostazione è coerente con quanto esposto in tema di rispetto delle competenze anche quando queste vengano esercitate attraverso l'accordo.

<sup>163</sup> L'art. 13 della legge 7 agosto 1990, n. 241 disciplina l'ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione, in questo senso si veda R. FERRARA, *op. cit.*, 128.

*soggetti i quali siano agevolmente individuabili in relazione al pregiudizio che il provvedimento medesimo può loro arrecare”*<sup>164</sup>.

La questione non è di poco conto se si considera che l'accordo tra pubbliche amministrazioni è idoneo a sostituire i procedimenti in esso ricompresi e costituisce la fase decisionale degli stessi. Dunque la partecipazione al di fuori del procedimento di adozione dell'accordo equivale a una partecipazione al di fuori del procedimento amministrativo, ovvero non può assumere alcun valore giuridico.

In ragione del carattere fondante della partecipazione, intesa quale disciplina che attua i principi costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, si è affermata l'idea che tale normativa non possa essere derogata dalla fattispecie degli accordi, *“ciò soprattutto alla luce del fatto che il precetto che li regola direttamente tace completamente sul punto”*<sup>165</sup>.

D'altronde l'atipicità della fase istruttoria, già rilevata, si presta ad ammettere forme partecipative che si discostano dalla normativa ordinaria pur contemplando le esigenze di garanzia dei partecipanti e quelle di svolgimento del procedimento amministrativo<sup>166</sup>.

Prescindendo dagli aspetti qualificatori, si può affermare che la fase istruttoria rappresenta sempre una fase anteriore alla formalizzazione della volontà (consenso nel nostro caso) e in quanto tale è soggetta al rispetto delle regole della buona fede<sup>167</sup>.

---

<sup>164</sup> R. FERRARA, *op. cit.*, 128, l'accordo si colloca *“per così dire, «a monte» di ogni successiva e conseguenziale attività volta all'individuazione e alla selezione dei soggetti (pubblici e/o privati, a ben vedere) interessati alla pratica realizzazione dell'opera, dell'intervento o del programma di intervento”*.

<sup>165</sup> N. BASSI, *Gli accordi di programma dopo un decennio abbondante di esperienza fra questioni ormai superate e problematiche ancora aperte. Parte seconda: profili procedurali e contenutistici*, in *Il dir. dell'econ.*, 2002, 1, 65, l'esclusione delle garanzie partecipative deve ammettersi ai sensi dell'art. 13 della legge 7 agosto 1990, n. 241 *“solo quando il contenuto dell'accordo sia tale da permetterne realmente l'assimilazione alle tipologie di funzioni indicate dalla disposizione”*.

<sup>166</sup> N. BASSI, *Gli accordi di programma dopo un decennio abbondante di esperienza fra questioni ormai superate e problematiche ancora aperte. Parte seconda: profili procedurali e contenutistici*, in *Il dir. dell'econ.*, 2002, 1, 68.

<sup>167</sup> S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Accordo di programma cit.*, 17, ritiene che l'eventuale interruzione delle trattative non possa comportare la possibilità di ottenere una pronuncia costitutiva, ai sensi dell'art. 2932 c.c. *“poiché l'intesa sulla possibilità di stipulare manca dei requisiti del contratto preliminare – che come noto deve recare gli elementi essenziali del definitivo”*. L'A. però

La successiva fase di conclusione dell'accordo richiede il consenso unanime delle amministrazioni partecipanti in ragione della considerazione dell'assenso di ciascun soggetto, competente ad esprimersi, quale prestazione infungibile<sup>168</sup>.

Tale requisito rappresenta un elemento caratterizzante il modello della consensualità per accordi rispetto alle altre forme di concertazione tra pubbliche amministrazioni presenti nell'ordinamento.

Difatti la conferenza di servizi, a differenza dell'accordo, consente di superare la stasi procedimentale determinata dalle ipotesi di mancata pronuncia dell'amministrazione assente; di manifestazione espressa da un soggetto privo della competenza ad esprimere legittimamente la volontà dell'amministrazione di appartenenza; e infine di dissenso espresso<sup>169</sup>.

Dunque la conferenza può costituire un passaggio procedimentale per giungere alla stipula di un accordo fra pubbliche amministrazioni, ma se ne differenzia poiché rappresenta un modulo procedimentale, a differenza dell'accordo che ha, anche, valenza di statuizione finale del procedimento amministrativo<sup>170</sup>.

---

ammette la sussistenza degli estremi della responsabilità precontrattuale secondo il disposto dell'art. 1337 c.c.

Tar Puglia, Sez. III, 11 novembre 2011, n. 1704 in *www.giustizia-amministrativa.it*, pf. 5, ammette la responsabilità precontrattuale della parte pubblica nei confronti del contraente privato, in via autonoma rispetto all'accertamento della legittimità dell'esercizio del potere di autotutela, laddove la pubblica amministrazione *“con il proprio complessivo colpevole comportamento, leda l'affidamento in buona fede del privato in merito alla legittimità ed operatività dei provvedimenti preordinati alla conclusione dell'accordo medesimo”*.

<sup>168</sup> Così dispone il comma 4 dell'art. 34 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

<sup>169</sup> Nell'ipotesi di mancata partecipazione l'art. 14-ter, comma 6-bis, legge 7 agosto 1990, n. 241, dispone che l'amministrazione procedente *“adotta la determinazione motivata di conclusione del procedimento che sostituisce a tutti gli effetti, ogni autorizzazione, concessione, nulla osta o atto di assenso comunque denominato di competenza delle amministrazioni partecipanti, o comunque invitate a partecipare ma risultate assenti, alla predetta conferenza”*. Il comma 7 dello stesso articolo dispone che si considera acquisito il consenso dell'amministrazione *“il cui rappresentante, all'esito dei lavori della conferenza, non abbia espresso definitivamente la volontà dell'amministrazione rappresentata”*.

Il dissenso, ai sensi dell'art. 14-quater, comma 1, *“deve essere manifestato nella conferenza di servizi, deve essere congruamente motivato, non può riferirsi a questioni connesse che non costituiscono oggetto della conferenza medesima e deve recare le specifiche indicazioni delle modifiche progettuali necessarie ai fini dell'assenso”*.

<sup>170</sup> Tar Liguria, Genova, Sez. I, 22 luglio 2005, n. 1080, in *www.de-jure.it*, pf. 5, ha annullato gli atti della conferenza di servizi attraverso i quali alcune amministrazioni hanno modificato il contenuto di un accordo di programma sottoscritto anche da altri soggetti pubblici, rimasti estranei alla conferenza stessa. Difatti l'ipotesi della *“conferenza dei servizi, [è] intesa alla acquisizione contestuale e coordinata della pluralità di interessi incisi, nell'ambito di un provvedimento di*

La necessità di raggiungere il consenso unanime sul testo dell'accordo e il conseguente rifiuto di meccanismi automatici di superamento dell'inerzia o del dissenso non significa tuttavia rinunciare alla possibilità di superare eventuali fasi di stallo procedimentale. Per le evenienze di protratta inerzia infatti le norme che prevedono gli accordi disciplinano anche l'attribuzione di poteri sostitutivi in capo ad organi ministeriali finalizzati alla conclusione del procedimento ma non diretti a sovvertire il riparto legislativo di competenze delle amministrazioni<sup>171</sup>.

L'adesione delle amministrazioni all'accordo inoltre coinvolge l'ulteriore rapporto esistente tra l'amministrazione, intesa quale persona giuridica, che si impegna e il soggetto, persona fisica, che è legittimato ad impegnare la prima, o per competenza propria o per delega ricevuta dall'organo competente.

Difatti quando il potere di manifestare la volontà dell'ente appartiene ad organi collegiali, anteriormente all'adozione dell'accordo, interviene una delibera collegiale di adesione all'accordo e di delega dei poteri occorrenti alla sottoscrizione in favore della persona fisica che partecipa alle riunioni insieme ai rappresentanti delle altre amministrazioni<sup>172</sup>.

Tale atto dispone di parte del potere discrezionale e dunque riduce lo spazio della "negoziazione" in sede di adozione dell'accordo in misura diversa a seconda che si tratti dell'amministrazione proponente, competente a formulare una proposta, oppure delle altre amministrazioni interessate, che presumibilmente interverranno con l'accettazione.

Per non tradursi in un atto di adesione ad un accordo non ancora redatto, è opportuno che l'atto di delega prefiguri i contenuti dell'accordo stesso e indichi "i

---

*amministrazione attiva, senza che possano assumere efficacia vincolante e preclusiva gli eventuali dissensi", a differenza dell'accordo che richiede il consenso unanime di tutte le amministrazioni competenti in relazione alla materia trattata. Infatti "la mancata partecipazione di una delle amministrazioni interessate in caso di accordo fra pubbliche amministrazioni (in specie di programma in tema di enti locali) ne comporta l'inefficacia in quanto, per la sua natura non di modulo procedimentale, presuppone l'espressa partecipazione e totale espressa adesione al contenuto della pattuizione", nello stesso senso si vedano TAR Liguria, Sez. I, 3 giugno 2005, n. 803 in Foro amm., TAR, 2005, II, 6, 1955, e Consiglio Stato, Sez. VI, 18 marzo 2004, n. 1443, in [www.de-jure.it](http://www.de-jure.it).*

<sup>171</sup> Si veda in proposito il procedimento di approvazione del piano paesaggistico come descritto nel § 2.2.2 del capitolo I.

<sup>172</sup> Manifesta dubbi circa la celerità della procedura che richieda la preventiva autorizzazione dell'organo collegiale S. CIVITARESE MATTEUCCI, *op. cit.*, 19. Al contrario E. STICCHI DAMIANI, *op. cit.*, 204, ritiene logico che gli organi titolari delle funzioni amministrative acconsentano preventivamente all'adozione di procedimenti di coordinamento nell'esercizio delle stesse.



«margini di scostamento» concessi al rappresentante in sede di confronto con le altre amministrazioni (cosiddetto mandato elastico)<sup>173</sup>.

#### 4.1 Segue: l'atto di approvazione e l'efficacia dell'accordo fra pubbliche amministrazioni

Alla conclusione dell'accordo segue l'atto amministrativo di approvazione, ovvero un "atto formale del presidente della regione o del presidente della provincia o del sindaco"<sup>174</sup>.

L'atto di approvazione consente la produzione degli effetti giuridici dell'accordo nell'ordinamento<sup>175</sup> e tale modalità di formalizzazione consiste in un provvedimento amministrativo unilaterale contro il quale è proponibile un'impugnazione giurisdizionale da parte di ciascun controinteressato<sup>176</sup>.

Inoltre l'approvazione consente di esercitare un limitato controllo sugli aspetti formali e sostanziali dell'accordo. Difatti l'amministrazione competente ad adottare l'atto di approvazione può verificare l'esistenza di difformità o irregolarità rispetto al parametro legale di riferimento; tuttavia non potrà procedere alla modifica di quanto statuito nell'accordo, poiché in caso contrario si derogherebbe alla regola dell'unanimità del consenso nella definizione del contenuto dell'accordo.

In ragione di tale limitazione parte della dottrina ritiene che non si possa parlare di esercizio di prerogative di controllo bensì di un semplice provvedimento di ratifica<sup>177</sup>.

<sup>173</sup> S. CIVITARESE MATTEUCCI, *op. cit.*, 20.

<sup>174</sup> Secondo il disposto dell'art. 34, comma 4, del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

<sup>175</sup> S. CIVITARESE MATTEUCCI, *op. cit.*, 21. Parla di "procedura di esternazione degli accordi che ha l'effetto di "prestare" il regime di un atto amministrativo" anche L. TORCHIA, *Gli accordi di programma fra regioni ed enti locali: una ipotesi di lavoro*, in *Reg. e gov. loc.*, 1990, fasc. n. 1-2, 222.

<sup>176</sup> Nel relativo giudizio sarà consentito anche censurare i vizi dell'accordo, in qualità di atto endoprocedimentale contenente la statuizione definitiva (e quindi definitivamente lesiva) dell'intero procedimento.

<sup>177</sup> Per G. DI GASPARE, *L'accordo di programma: strutture, efficacia giuridica e problemi di gestione*, in *Le Reg.*, 1988, 2, 295, l'atto di ratifica è necessitato dalla considerazione che "l'accordo di programma definisca una iniziativa pubblica a competenza adespota, non imputabile, sotto il profilo del riparto delle funzioni, a nessuno dei soggetti partecipanti", dunque l'aspetto del controllo è congiunto a quello di consentire l'unificazione e l'imputazione della funzione esercitata. Tale argomento non è condivisibile in virtù dell'individuazione della legittimazione all'iniziativa e alla

Sul piano formale inoltre l'atto di approvazione determina la produzione di efficacia dell'accordo, dunque costituisce l'atto di "novazione della fonte" di produzione degli effetti<sup>178</sup>.

Questo meccanismo consente la produzione di effetti caratterizzati dalla specialità e in quanto tali potenzialmente idonei a esplicarsi anche nei confronti di soggetti terzi rispetto all'atto consensuale.

Difatti l'atto novativo non pare che possa incidere sull'effetto primario dell'accordo che consiste nel vincolo tra le parti sottoscrittrici, per queste ultime infatti il momento di perfezione dell'atto consensuale rappresenta la fonte di giuridicità, senza che ulteriori e successivi atti possano aggiungere altro ulteriore effetto. Tale efficacia è definita per questo motivo intrinseca all'accordo<sup>179</sup>.

Invece dal momento unilaterale di conclusione del procedimento, costituito dall'atto di approvazione, discendono gli effetti *erga omnes* dell'accordo, definiti per questo estrinseci<sup>180</sup>.

conclusione dell'accordo in ragione della competenza ad esercitare il potere amministrativo così come attribuito dal disposto normativo, come si è tentato di dimostrare nei § 3, 3.1 e 3.2 di questo stesso capitolo.

<sup>178</sup> Tra gli altri si vedano E. STICCHI DAMIANI, *op. cit.*, 208, individua le ragioni della scelta di tale meccanismo "nelle già riscontrate difficoltà di «ambientazione» del contratto nell'ambito del diritto pubblico cui si oppone il principio di unilateralità e imperatività del potere amministrativo"; R. FERRARA, *op. cit.*, 118 l'approvazione dell'accordo con un atto «formale» all'interno di un procedimento "largamente informale" consente di "distinguere, abbastanza agevolmente, tra una fase di tipo preparatorio ed una a carattere, e con effetto, costitutivo"; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *op. cit.*, 21.

<sup>179</sup> Tali effetti intrinseci discendono dal perfezionamento delle volontà delle parti sottoscrittrici secondo Consiglio di Stato, Sez. VI, 5 gennaio 2001, n. 25, in *www.giustizia-amministrativa.it*, pf. 3.6.

Secondo E. STICCHI DAMIANI, *op. cit.*, 208, gli effetti sono prodotti dall'accordo poiché esso ha valore costitutivo "non solo in senso sostanziale ma anche formale". L'impegnatività e giuridicità dell'accordo discendono dal dato normativo dell'art. 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241 che prevede espressamente la facoltà delle pubbliche amministrazioni di stipulare accordi organizzativi.

<sup>180</sup> G. DI GASPARÉ, *L'accordo di programma cit.*, 294, precisa che i modelli di riferimento sono da una parte quello dell'approvazione dell'atto amministrativo unilaterale, che prevede la sospensione dell'efficacia esclusivamente dell'atto amministrativo; dall'altra il modello del contratto tra pubblica amministrazione e privati, nel quale la sospensione dell'efficacia riguarda esclusivamente il perfezionamento della manifestazione di volontà della parte pubblica. Il modello dell'atto di novazione dell'accordo tra pubbliche amministrazioni invece non è riconducibile a nessuno dei due schemi esposti poiché i soggetti pubblici coinvolti sono dotati di diversi gradi di autonomia, ma nessuno è davvero titolare del potere di adottare l'accordo. Dunque secondo l'A. l'atto di approvazione conclude un procedimento di ratifica, "procedimento cioè attraverso il quale un organo fa proprio un atto, nel caso concreto individuante una competenza adespota, emesso da un soggetto (o più soggetti) non competente".

L'atto di approvazione rappresenta dunque un atto inautonomo rispetto all'accordo, o ancor più precisamente, rispetto al contenuto dell'accordo, poiché è idoneo a far conseguire effetti all'accordo, ma non può in alcun modo incidere sul contenuto dispositivo dell'accordo stesso, pena la violazione del principio consensualistico<sup>181</sup>.

Difatti nell'ipotesi in cui l'autorità competente all'approvazione dovesse ravvisare vizi inficianti la legittimità dell'atto la reazione dovrebbe limitarsi al rifiuto di emettere l'atto di novazione, non potendo essa intervenire sul contenuto dell'accordo per non alterare in via unilaterale la modalità consensuale di decisione.

Infine a seguito dell'adozione dell'atto di approvazione è consentita la pubblicazione dell'accordo sul Bollettino Ufficiale della regione e si realizza il massimo grado di conoscibilità da parte dei terzi<sup>182</sup>.

Da questo momento dunque decorre il termine decadenziale di impugnazione dell'accordo.

Tuttavia non pare che possa escludersi la legittimità di un ricorso proposto contro l'accordo di programma concluso ma non ancora oggetto di un formale atto di approvazione e dunque ancora non pubblicato. Difatti, sebbene si tratti di un atto endoprocedimentale, l'accordo esprime un contenuto, che, come si è sopra esposto, non è modificabile dall'atto di approvazione e dunque gli effetti lesivi paiono stabilizzati già dal momento di perfezionamento del consenso delle parti<sup>183</sup>.

---

<sup>181</sup> La definizione di atto inautonomo è di S. CIVITARESE MATTEUCCI, *op. cit.*, 21.

Secondo R. FERRARA, *op. cit.*, 119, "l'accordo si appiattisce e si incorpora nel provvedimento formale di approvazione" poiché l'accordo non è idoneo a produrre alcun effetto giuridico senza che sia intervenuto l'atto di approvazione.

<sup>182</sup> Secondo il disposto del comma 4 dell'art. 34 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

<sup>183</sup> In tal senso si veda Consiglio di Stato, Sez. VI, 18 marzo 2003, n. 1422, in *www.dejure.it*, pf. 2, che ritiene ammissibile il ricorso proposto contro un accordo di programma non ancora formalmente approvato poiché "la formalizzazione prevista dall'art. 34 del T.U. citato [d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267] può solo comportare, quindi, una traslazione in avanti dei termini per ricorrere, ma non precludere l'immediata impugnativa di determinazioni in sé lesive".

#### 4.2 Segue: gli effetti derogatori di fonti normative

Tra i possibili effetti riconducibili agli accordi tra pubbliche amministrazioni destano particolare interesse quelli che consentono di derogare a norme di legge, altrimenti vigenti.

Un'esemplificazione di tale efficacia si rinviene già nella disciplina generale dell'accordo di programma in ragione della finalità di semplificazione perseguita da tale strumento.

Difatti l'accordo di programma può validamente determinare variazioni degli strumenti urbanistici e sostituire le concessioni edilizie (oggi titolo abilitativo edilizio) quando il sindaco del comune interessato abbia espresso il proprio assenso e purché tale adesione sia ratificata dal consiglio comunale entro trenta giorni a pena di decadenza<sup>184</sup>. Inoltre quando l'accordo contenga progetti per i quali siano immediatamente disponibili i relativi finanziamenti, l'approvazione dell'accordo comporta la dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza delle medesime opere<sup>185</sup>.

Tali accelerazioni dei risultati delle azioni amministrative avvengono attraverso la predisposizione di deroghe agli ordinari procedimenti.

Tuttavia prescrizioni di questo tipo se da un punto di vista formale non pongono problemi particolari in quanto si tratta di fonte pariordinata a quella derogata, da un punto di vista sostanziale pongono maggiori difficoltà.

Infatti può verificarsi che l'intervento edilizio, contenuto nell'accordo, sia in contrasto con lo strumento di pianificazione urbanistica, ma nonostante ciò sia consentito derogare quest'ultimo attraverso un procedimento meno articolato di quello ordinario poiché meno garantistico sotto il profilo della partecipazione degli interessati<sup>186</sup>.

---

<sup>184</sup> Art. 34, commi 4 e 5, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267.

<sup>185</sup> Art. 34, comma 6, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267.

<sup>186</sup> Secondo G. IACOVONE, *Accordo di programma e tutela dell'ambiente*, in *Riv. giur. edilizia*, 2006, fasc. 4-5, 195, dati questi presupposti "il problema che si pone attiene alla esatta individuazione dell'ambito di utilizzazione ed applicazione dell'accordo di programma in funzione di variante urbanistica, al fine di contribuire a trovare una giusta collocazione per uno strumento che appare idoneo a soddisfare esigenze connesse al territorio, ma che vanno oltre l'urbanistica, investendo progetti strategici di sviluppo, senza tuttavia indurre l'Amministrazione ad "abdicare" alla propria funzione di determinazione degli assetti territoriali, quanto meno in ordine alle scelte fondamentali e caratterizzanti".

Il medesimo intento di semplificazione procedimentale è rinvenibile a proposito della consensualità nella tutela dell'ambiente<sup>187</sup> e, anche in questo settore, tale accelerazione opera quale incentivo ad assumere obblighi di rilievo economico per il soggetto privato<sup>188</sup>.

In relazione a queste ultime ipotesi tuttavia si manifesta un ulteriore profilo dell'efficacia derogatoria che involge gli aspetti sostanziali delle discipline normative<sup>189</sup>.

Anche in questo caso l'ambito problematico attiene non tanto alla previsione espressa della possibilità di deroga<sup>190</sup>, presente nelle ipotesi considerate, quanto alla misura del *quantum* di deroga consentito dalla fonte legislativa.

La questione infatti si pone in ragione della posizione assunta dal Consiglio di Stato, Sez. VI, 2001, n. 25, in *www.giustizia-amministrativa.it*, pf. da 3.2 a 3.4, a seguito dell'impugnazione di un accordo di programma contenente un progetto di reindustrializzazione, di riassetto territoriale e di sviluppo economico dell'area costiera che avrebbe comportato la modifica del piano territoriale paesistico.

Il Collegio accoglie la ricostruzione del giudice di primo grado che ha affermato la natura paesistica e non solo urbanistica del P.T.P. di cui si discute, ma si discosta dalla sentenza del Tar laddove preveda la non modificabilità di tale strumento pianificatorio attraverso l'accordo di programma.

Difatti il Consiglio di Stato, dopo aver precisato la differenza tra piano paesistico e piano di indirizzo territoriale (3.3), ritiene che la natura paesistica del P.T.P. non sia di ostacolo all'utilizzo dello strumento consensuale per la modifica (3.3) in ragione della generale ammissibilità dell'accordo di programma, inteso quale *species* del *genus* accordo fra pubbliche amministrazioni, disciplinato dall'art. 15 legge 7 agosto 1990, n. 241 (3.4). Inoltre l'art. 34 del d.lgs. 267/2000 prevede l'accordo di programma “*non solo per qualsiasi tipo di opera pubblica, ma anche per la programmazione di attività ulteriori e complementari rispetto alla realizzazione delle opere (come, nel caso di specie, i previsti interventi a sostegno dell'occupazione)*” (3.4).

<sup>187</sup> Sono le ipotesi degli accordi per la disciplina degli scarichi, § 4.2.1, per la raccolta differenziata dei rifiuti, § 4.2.2 e per il procedimento di bonifica, § 4.2.3, capitolo I.

<sup>188</sup> Tale partecipazione non è idonea a fornire una diversa qualificazione giuridica degli accordi derogatori, quali accordi fra pubbliche amministrazioni ex art. 15 l. n. 241/1990, previsti in materia ambientale, secondo S. PIEMONTE, *Accordi di programma e deroghe alla disciplina in materia di ambiente*, in *Riv. giur. edil.*, 2005, 5, 229, che ritiene invece opportuno concentrarsi “*sui limiti entro i quali possa operare la codeterminazione pubblico-privata del contenuto dell'accordo in materia ambientale*”.

<sup>189</sup> La distinzione tra le due tipologie di norme derogate appartiene a S. PIEMONTE, *Accordi di programma e deroghe alla disciplina in materia di ambiente*, in *Riv. giur. edil.*, 2005, 5, 226.

Il riferimento è alle ipotesi di accordi in materia di scarichi, ai sensi dell'art. 101 del Codice dell'ambiente, d.lgs. 3 aprile 2006, n.152 (trattati in questo lavoro al § 4.2.1, del capitolo precedente), la cui peculiarità consente alle parti contraenti (tra le quali può rientrarvi anche il soggetto privato) di derogare ai parametri normativi necessari per il rilascio dell'autorizzazione, sostituendovi dei riferimenti stabiliti consensualmente “*nel rispetto comunque delle norme comunitarie e delle misure necessarie al conseguimento degli obiettivi di qualità*”.

Difatti la questione che si pone coinvolge solo marginalmente il rispetto del principio di legalità che, da un punto di vista formale, risulta garantito, secondo i dati sopra esposti, dalle previsioni considerate.

Invece rischia di rimanere indefinita la misura (necessaria) di pervasività del principio di legalità sostanziale nel rapporto tra norme, che consentono deroghe contenutistiche, e atti (o accordi) amministrativi, di esecuzione delle prime, con il rischio di vedere svuotate di significato le prescrizioni normative.

Tale rischio pare scongiurato se si considera che l'efficacia dell'accordo è subordinata alla manifestazione del consenso di soggetti pubblici vincolati nella propria azione al fine di pubblico interesse delimitato (sicuramente almeno nell'aspetto formale) dalle previsioni di legge, la cui violazione può essere censurata in sede giurisdizionale attraverso i vizi di legittimità dell'atto amministrativo<sup>191</sup>.

---

<sup>190</sup> In tal senso si risolve anche la questione posta da S. PIEMONTE, *Accordi di programma e deroghe alla disciplina in materia di ambiente*, in *Riv. giur. edil.*, 2005, 5, 227 e C. MARZUOLI, *Gli accordi di programma cit.*, 455 in relazione alla riconducibilità degli accordi di cui si tratta ai modelli dell'accordo di programma, art. 34 d.lgs. 267/2000, e dell'accordo sostitutivo, art. 11 l. 241/1990, in quanto entrambi legittimati ad operare deroghe procedurali ed entrambi previsti in via generale, dunque senza la necessaria previsione espressa da parte del Legislatore.

<sup>191</sup> È quanto accaduto nella questione affrontata dal Consiglio di Stato, Sez. IV, 10 luglio 2001, n. 4206, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), a seguito dell'impugnazione di un accordo di programma finalizzato al risanamento ambientale della zona delle ex acciaierie di Genova-Cornigliano con il quale le parti (pubbliche e private) avevano previsto la chiusura parziale delle lavorazioni siderurgiche a caldo, laddove la norma, che consentiva l'utilizzo dell'accordo di programma per la finalità ambientale, imponeva la chiusura completa di tali lavorazioni (legge 9 dicembre 1998, n. 426, art. 4, commi 8, 9, e 10). Il Collegio, dopo aver ricordato la natura di "strumento creativo" dell'accordo, ne ammette la legittimità in ragione dell'interpretazione della volontà delle parti in modo conforme alla legge, poiché il testo dell'atto faceva riferimento "alla sola chiusura del ciclo integrale e non alla chiusura di ogni tipo di lavorazione a caldo, perché l'unico ciclo lavorativo attivo, e dunque suscettibile di chiusura, era solo quello a ciclo integrale" (IV.5.3).

La riconduzione dell'efficacia derogatoria all'interno dei limiti fissati dalla legge è operata da Cassazione penale, Sez. III, 23 febbraio 2001, n. 12819, in [www.de-jure.it](http://www.de-jure.it), pf. 3, poiché "l'accordo di programma si caratterizza per il coinvolgimento espresso della componente privata industriale e per una efficacia giuridica "derogatoria" espressa - alle condizioni stabilite rispetto non solo alla normativa urbanistica, ma anche ad altre normative ambientali".

5. Il contenuto degli accordi (e la apparente contraddizione) tra tipicità del potere esercitato e (parziale) atipicità del contenuto negoziale

L'utilizzo del modello consensualistico quale strumento per l'esercizio di pubbliche funzioni implica inevitabilmente una connotazione pubblicistica del contenuto dello stesso<sup>192</sup>.

Le implicazioni di tale affermazione sono importanti se si considera che il tradizionale punto di partenza della riflessione su questo tema è consistito nella incompatibilità tra l'esercizio dell'autorità pubblicistica e la consensualità come modalità di azione<sup>193</sup>.

Il superamento di tale impostazione, già presente nelle contrattazioni cui è da sempre addivenuta la pubblica amministrazione, ha trovato formale riconoscimento nel dato positivo che legittima l'utilizzo dell'accordo, individuando alcuni possibili contenuti: si può trattare di accordi con i privati per la definizione del contenuto del provvedimento amministrativo e per l'adozione stessa del provvedimento amministrativo<sup>194</sup>; ma gli accordi sono anche ammessi tra pubbliche

---

<sup>192</sup> “Il potere che l'amministrazione esercita è sempre potere amministrativo, mai (almeno in linea di principio, e fatte salve eventuali situazioni speciali, o, meglio, eccezionali) un potere libero, qualificabile (a pieno titolo) come autonomia privata”, F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 2002, fasc. 3, 451.

<sup>193</sup> La ricostruzione storica delle posizioni della dottrina tedesca e italiana sul punto sono rintracciabili in G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984, capitoli primo e secondo, 9 e ss. M.A. CABIDDU, *Principio di legalità e amministrazione*, in *Amministrare*, 2008, fasc. 1-2, 28, precisa “che neanche nel XIX sec. l'esperienza amministrativa si svolgeva esclusivamente sotto il segno dell'autorità”; tuttavia l'impossibilità di ammettere accordi sull'esercizio del potere si fondava sulla non negoziabilità dell'oggetto dell'accordo, ovvero del potere pubblico, poiché tale contrattazione avrebbe comportato uno sviamento dal perseguimento del pubblico interesse. L'impostazione che si fondava sulla “pregiudiziale antiprivatistica” muta a seguito dell'attenzione posta ai profili funzionali del potere pubblico esercitato attraverso gli accordi, “più che alla qualificazione autoritaria del soggetto agente e dei suoi atti”. G. CUGURRA, *Principio di legalità e amministrazione negoziata*, in *Foro amm. Cons. di Stato*, 2006, 11, 3208, ritiene che l'avvicinamento tra l'esercizio dell'autorità e la logica negoziale che caratterizza l'autonomia privata si sia realizzato a seguito dell'introduzione del principio di partecipazione del privato alla procedura di formazione del provvedimento amministrativo in via generale da parte della legge 7 agosto 1990, n. 241. E la conferma di tale impostazione si rinviene nella collocazione della norma sugli accordi (art. 11) nel capo dedicato appunto alla partecipazione.

Maggiori dubbi sono manifestati da F. LEDDA, *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in *Foro amm.*, 1997, 4, 1300, il quale ritiene che “il potere – essenzialmente «forza» od energia giuridica, come insegnava chiaramente Miele – non possa essere neutralizzato da quella «forza di legge» che al contratto è attribuita dal diritto”.

<sup>194</sup> Articolo 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241.

amministrazioni, e in questo caso possono avere per contenuto la definizione e attuazione di opere, di interventi o di programmi di intervento che richiedono, per la loro completa realizzazione, l'azione integrata e coordinata di molteplici soggetti pubblici<sup>195</sup>.

Il consenso dunque interviene sull'esercizio di prerogative che devono essere da un lato necessariamente esercitate e dall'altro esercitate secondo modalità necessariamente predefinite, questa condizione pone la necessità di conoscere quale sia lo spazio effettivo della negoziazione, garantendo, in particolar modo, che la stessa non travalichi i limiti che definiscono il potere pubblico esercitato<sup>196</sup>.

Cambiando i termini della questione, l'interrogativo che si pone concerne le caratteristiche e i conseguenti rapporti che identificano il potere esercitato e la struttura (nel caso di accordi, bilaterale) dell'atto scelto per l'esercizio del primo.

Dal punto di vista sostanziale lo spazio di negoziazione in relazione all'esercizio del potere muta a seconda che si tratti di potere discrezionale o vincolato.

Il potere discrezionale è potere che consente una scelta tra più alternative, tutte legittime, finalizzate alla realizzazione di un interesse pubblico predefinito<sup>197</sup>, la negoziazione dunque si inserisce nel momento di ponderazione delle diverse legittime possibilità e determina la preferenza per una di esse. L'attività vincolata invece sembrerebbe essere esclusa dalla previsione di legge che espressamente consente la stipulazione degli accordi “*al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale*”<sup>198</sup>, anche se non mancano opinioni divergenti sul punto<sup>199</sup>.

---

<sup>195</sup> Articoli 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e articolo 34 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267. Il valore dell'innovazione legislativa operata dalle norme citate in questa nota e in quella precedente è enfatizzato da F. MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. amm.*, 1993, 1, 31.

<sup>196</sup> Si tratta della questione posta da G. CUGURRA, *Principio di legalità cit.*, 3206, “*E' lecito, infatti, chiedersi se il fenomeno della pubblica amministrazione, la quale negozia, con il soggetto privato, il modo come esercitare il potere discrezionale, sia compatibile con il principio di legalità*”.

In relazione alla negoziazione diretta alla definizione dell'interesse pubblico si veda F.P. PUGLIESE, *Il procedimento tra autorità e «contrattazione»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 1490.

<sup>197</sup> D. SORACE, *Promemoria per una nuova "voce" «atto amministrativo»*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, 758, osserva che il “*centro funzionale*” dell'amministrazione “*non sia nell'imporre, ma nello scegliere*”.

<sup>198</sup> Art. 11, comma 1, legge 7 agosto 1990, n. 241.



L'accordo è una modalità di azione prevista anche nell'ipotesi in cui l'amministrazione agente debba esercitare una discrezionalità tecnica, poiché anche in questa ipotesi è necessario operare una valutazione per definire quale opzione (tra più possibilità tutte tecnicamente plausibili) è quella che meglio realizza l'interesse pubblico<sup>200</sup>.

Trattandosi di potere amministrativo, comprensivo delle diverse modalità di esercizio (discrezionale o vincolato), ciò che rileva in relazione alla struttura

---

A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1988, 43, afferma l'estraneità del potere vincolato al potere amministrativo, che consisterebbe soltanto in prerogative discrezionali in ragione del fatto che nell'esercizio del potere vincolato non assume alcuna rilevanza la considerazione dell'interesse pubblico. L'A. infatti ritiene che il potere vincolato non necessiti di una posizione di sovraordinazione di un soggetto rispetto ad un altro (rispettivamente pubblico e privato) poiché tale assetto è funzionale alla predisposizione da parte del primo di una *composizione* degli interessi rilevanti (pubblici e privati) in forza del criterio dell'interesse generale. Ma nel caso dell'attività vincolata il conflitto tra interessi “è esaurientemente risolto, gli interessi definitivamente ordinati” la fattispecie dunque rileva solo sotto il profilo del risultato “perdendo ogni significato il riferimento all'interesse pubblico o alle relative deduzioni in termini di subordinazione ad esso o al soggetto che lo impersona”.

<sup>199</sup> Sul punto si veda Consiglio di Stato, Sez. IV, 10 dicembre 2007, n. 6344, in *www.giustizia-amministrativa.it*, a proposito di un “verbale d'audizione” sottoscritto dal privato e dall'amministrazione comunale e avente ad oggetto le modalità di regolarizzazione delle opere edilizie realizzate dal privato in difformità al permesso di costruire precedentemente concesso. Con la sottoscrizione infatti il privato si impegna a eseguire specifiche opere di ripristino e l'amministrazione comunale si impegna a rilasciare il permesso di costruire in variante in parziale sanatoria. Il ricorso viene proposto dal privato per l'annullamento del provvedimento di rigetto dell'istanza di rilascio del permesso in variante adottato a seguito della mancata realizzazione delle opere di ripristino e per la dichiarazione di nullità del verbale di audizione, che non può essere considerato un accordo ai sensi dell'art. 11 della legge 241 del 1990, poiché si tratterebbe di attività vincolata (pf. 1). Il Collegio, respingendo la ricostruzione di parte ricorrente, afferma che l'attività amministrativa di cui si tratta è attività vincolata e l'atto sottoscritto dalle parti è un accordo integrativo. Quest'ultima affermazione è motivata dalla considerazione che “anche nel caso di procedimenti finalizzati alla adozione di provvedimenti di natura sostanzialmente vincolata, come le autorizzazioni in materia edilizia, sussistono fasi in cui l'Amministrazione deve esercitare poteri chiaramente discrezionali - come appunto si è verificato nel caso di cui si tratta - quanto meno sotto il profilo tecnico, attinenti al “quantum”, al “quomodo” ed al “quando” degli adempimenti da eseguire” (pf. 1.2).

S. VASTA, *Accordi ex art. 11 l. n. 241 del 1990 e attività vincolata*, in *Foro amm. – Cons. di Stato*, 2008, fasc. 5, 1460, arriva a porre in discussione l'autonomia stessa della figura giuridica dell'attività vincolata, che per il suo esercizio richiede elementi tipici della discrezionalità.

<sup>200</sup> Si tratta dell'ipotesi di accordi in materia ambientale, in particolare degli accordi in materia di scarichi (§ 4.2.1 del capitolo I) laddove sia previsto che la negoziazione verta sul parametro tecnico in relazione al quale potrà essere esercitata l'attività pubblica di autorizzazione.

D. SORACE, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir. Annali*, III, Milano, 2010, 53, “quando invece vi siano incertezze tecniche o circa l'apprezzamento e la qualificazione di presupposti, o circa la conclusione cui giungere o la decisione da prendere, così che si debbano operare delle scelte, ci si trova nelle situazioni correntemente ricondotte alla cosiddetta “discrezionalità tecnica”, o se si preferisce ad una “discrezionalità cognitiva” in contrapposizione ad una “discrezionalità volitiva”.

bilaterale è la produzione di effetti giuridici a seguito della statuizione convenzionale.

Il consenso infatti si inserisce nella fase procedimentale di esercizio del potere secondo due alternative: può trattarsi di una scelta rimessa all'amministrazione agente<sup>201</sup> oppure può trattarsi del consenso che sostituisce la bi- (o pluri-)lateralità all'unilateralità dell'azione, in virtù di un'espressa previsione di legge<sup>202</sup>.

In tale fase di formazione della volontà l'aspetto più problematico è determinato dal conseguimento di effetti ulteriori rispetto a quelli che sono espressamente previsti dalla legge.

Difatti se da una parte si ritiene che l'accordo deve essere una scelta idonea *“a far conseguire a tutte le parti un'utilità ulteriore rispetto a quella che sarebbe*

---

<sup>201</sup> È l'ipotesi prevista dall'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241, in relazione al quale G. SCIULLO, *Profili degli accordi fra amministrazioni pubbliche e privati*, in *Dir. amm.*, 2007, 4, 805, ritiene che la scelta del modulo consensuale non incida sulla previsione di un potere che è definito dalla norma (e dunque resta nonostante la scelta consensualistica) autoritativo.

<sup>202</sup> In questo caso il consenso assume un ruolo imprescindibile nella dinamica del procedimento amministrativo, in quanto diviene condizione per il verificarsi degli effetti previsti dalla norma che attribuisce il potere.

Parte della dottrina ritiene che un potere così costruito non possa essere considerato autoritativo, poiché non è idoneo ad incidere *“nella sfera giuridica del destinatario senza che abbiano rilievo la volontà, le intenzioni, le condizioni psicologiche o di altro genere di quest'ultimo”* ovvero i suoi effetti non si realizzano senza il consenso del destinatario, secondo la definizione contenuta in D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2012, 97, il quale individua il carattere dell'autoritatività del potere nella idoneità a produrre effetti *“malgrado la volontà contraria del destinatario, ma anche [...] il consenso di quest'ultimo, se pure eventualmente vi fosse, non avrebbe comunque rilevanza”*. Si veda inoltre D. SORACE, *Promemoria cit.*, 751, secondo cui *“l'autorità dell'atto, che sembra, sempre e comunque, da escludere quando gli effetti non possono realizzarsi senza la volontà del destinatario”*.

Secondo la ricostruzione di R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, vol. I, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Bologna, 2005, 783, la perdita del carattere di unilateralità non determina la fine del potere autoritativo in virtù della espressa previsione dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990, che disciplina l'utilizzo di moduli convenzionali senza riservarlo all'esercizio di poteri non autoritativi. Nello stesso senso si veda F.G. SCOCA, *Poteri amministrativi e strumenti di diritto pubblico e privato. A margine di un recente disegno di legge*, in *Annuario 2002. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 48, il quale ritiene che il potere autoritativo *“sia un potere di eterodeterminazione di interessi (altrui), avremo che questo potere si potrà esplicitare in atti imperativi (come sono i provvedimenti amministrativi), o in atti consensuali; il potere resterà però sempre autoritativo, e ciò è dimostrato dal fatto che, se l'accordo non si raggiunge, l'amministrazione potrà ben adottare un provvedimento amministrativo”*. L'A. prosegue affermando che diversa è l'ipotesi in cui il consenso della controparte (anche privata) sia necessario, e non solo eventuale. In quest'ultima ipotesi infatti si tratterà di poteri amministrativi non autoritativi.

*consentita dal provvedimento finale*<sup>203</sup>, dall'altra l'utilizzo della consensualità come modo di esercizio di un potere amministrativo deve avvenire nel rispetto del principio di legalità, inteso non solo quale rispetto dell'indirizzo<sup>204</sup>, ma anche quale garanzia della posizione di destinatari e terzi.

Per quel che rileva in questa prospettiva, si può affermare che il principio di tipicità attiene alla definizione normativa del contenuto del potere dell'amministrazione, competente ad agire, in un momento antecedente il suo esercizio<sup>205</sup>. Definisce gli schemi provvedimentali adottabili dalle pubbliche amministrazioni, si parla in queste ultime ipotesi di principio di nominatività<sup>206</sup>, e inoltre garantisce la predeterminazione degli effetti dell'azione amministrativa<sup>207</sup>.

Si tratterebbe dunque di un principio che uniforma tanto il potere (e i suoi effetti) quanto l'atto che ne rappresenta l'esecuzione e ciò a garanzia di coloro che non possono opporre alcuna posizione giuridica (qualificata e non) nei confronti dell'operato dell'amministrazione<sup>208</sup>.

---

<sup>203</sup> Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2636, in *www.dejure.it*.

<sup>204</sup> Per le relazioni sussistenti tra la legge e l'atto amministrativo e tra gli atti programmatici e di indirizzo e l'atto amministrativo finale (imperativo) si veda C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, 42.

<sup>205</sup> Questo aspetto fa confluire il contenuto del principio di tipicità nel più ampio vincolo posto dal principio di legalità dell'azione amministrativa.

<sup>206</sup> Sulla questione se tipicità e nominatività siano fenomeni differenti o profili diversi della stessa questione si veda G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche cit.*, 238, e in particolare nota 35, nella quale l'A. spiega che la tipicità atterrebbe agli elementi e agli effetti dei provvedimenti amministrativi, la nominatività atterrebbe invece al contenuto.

R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, Vol. I, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Bologna, 2005, 787, "*si parla anche di nominatività, per indicare che l'Amministrazione può agire solo per schemi interamente prefigurati*".

<sup>207</sup> M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Varese, 1959, 165, "*il principio di tipicità ha per contenuto non solamente la predeterminazione normativa delle figure di ciascuno provvedimento amministrativo, ma anche e principalmente la predeterminazione degli elementi che lo compongono, con la conseguente delimitazione positiva del contenuto di ciascuno di essi*".

<sup>208</sup> R. VILLATA, *L'atto amministrativo cit.*, 786, "*la pubblica amministrazione può produrre soltanto i tipi di vicende previste dalla legge; ciò in diretta derivazione della circostanza che, ancor prima, all'Amministrazione sono conferiti poteri tipici, ciascuno rispondente ad una funzione specifica, e non già un potere innominato di disporre*".

Il fondamento legislativo è irrinunciabile laddove si tratti di poteri autoritativi in ragione della funzione di garanzia di interessi di rilievo costituzionale. A tal fine il soddisfacimento del principio di tipicità consiste non solo in una "*generica autorizzazione*" del legislatore ad esercitare il potere, ma "*occorre una disciplina comprensiva anche di presupposti e condizioni per il suo esercizio*", D. SORACE, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir. Annali*, III, Milano, 2010, 53 e 83. Lo stesso A. infatti ritiene che la tipicità sia requisito degli atti discrezionali che siano anche autoritativi, D. SORACE,

In questo contesto si inserisce la modalità di azione consensuale: la previsione legislativa (nel rispetto del principio di nominatività) non attribuisce all'accordo alcuna forza giuridica idonea a scardinare le garanzie previste dalla tipicità della disciplina del potere<sup>209</sup>.

Tuttavia dall'analisi delle ipotesi applicative degli accordi risulta in modo inequivocabile che i testi di tali atti si compongono di elementi tipici (in quanto rispondenti alle previsioni legislative formali e sostanziali che regolano il potere tipico esercitato) ma anche di elementi atipici, espressivi di prerogative non tipizzate idonee a sollecitare il perimetro giuridico di influenza del principio di tipicità<sup>210</sup>.

L'equilibrio può ricomporsi laddove si consideri che il principio di tipicità, quale articolazione della legalità, significa anche (e forse primariamente) definizione della funzione attribuita al soggetto pubblico per la realizzazione di un interesse pubblico qualificato come fine ultimo dell'azione<sup>211</sup>.

In tale prospettiva la tipicità appare come un vincolo che incide primariamente sul potere sostanziale attribuito ed esercitato, e solo di riflesso sull'atto, la cui legittimità sarà parametrata anche in relazione alle caratteristiche del

*Promemoria per una nuova "voce" «atto amministrativo», in Scritti in onore di Massimo Severo Giannini, III, 760.*

Ritiene invece opportuna una gradazione nel rispetto del principio di legalità, comunque sempre vigente, a seconda che si tratti di attività autoritativa o non autoritativa E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazioni e privati*, Milano, 1996, 123.

<sup>209</sup> Per una diversa ricostruzione sul punto di veda B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, 35, il quale reputa che "il tradizionale schema tipico risulta sconvolto dalla presenza di accordi procedurali e sostitutivi". E prosegue "In definitiva, il provvedimento non può risultare atto tipico quando oramai il fenomeno del procedimento amministrativo è in bilico tra autorità e contrattazione" (36).

<sup>210</sup> Si veda sul punto Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2636, in *www.dejure.it*, secondo cui "può affermarsi che l'accordo procedimentale rivela la sua peculiare funzione non nella semplice determinazione dell'esito favorevole o sfavorevole dell'istanza del privato ma nella determinazione del contenuto del provvedimento, nei casi in cui detto contenuto sia controverso o controvertibile, o contenga clausole che, in difetto di accordo, non sarebbero facilmente accettate dal privato".

<sup>211</sup> E tale requisito è rispettato anche per gli accordi dell'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241, che sono stipulati "in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse"; quelli dell'art. 15 della stessa legge stipulati per lo svolgimento di "attività di interesse comune" e infine gli accordi dell'art. 34 del TUEL stipulati "per la definizione e l'attuazione di opere, di interventi o di programmi di intervento che richiedono, per la loro completa realizzazione, l'azione integrata e coordinata di comuni, di province e regioni, di amministrazioni statali e di altri soggetti pubblici".

potere di cui è espressione<sup>212</sup>. E ciò non stupisce se si considera che le articolazioni sopra esposte riguardano il profilo sostanziale del potere e non procedimentale-attizio del suo esercizio<sup>213</sup>, ma ciò non impedisce che i limiti che definiscono l'ambito del potere non debbano valere anche per i relativi procedimenti e atti di esecuzione<sup>214</sup>.

Dunque il rischio di un aggiramento del principio di tipicità per quegli elementi degli accordi non espressamente contemplati dalla previsione normativa appare arginato in definitiva dalla presenza del consenso della controparte, poiché la manifestazione della volontà concorde delle parti non comporta un mutamento nella

---

<sup>212</sup> La perdita del carattere di unilateralità del provvedimento finale non dovrebbe destare problemi in relazione alla qualificazione amministrativa del potere esercitato. La considerazione di un potere come amministrativo infatti discende dal carattere essenziale della funzionalizzazione del potere, che coincide con la necessità che l'autorità amministrativa agisca per gli scopi stabiliti dalla legge di rilievo collettivo (136), senza che rilevi l'utilizzo di uno strumento bilaterale di azione. Ancora, laddove vi sia funzionalizzazione vi è autorità e dunque si amplia l'ambito di applicazione del principio di legalità, questa è l'argomentazione contenuta in C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, 135-136.

Il ruolo di garanzia della funzionalizzazione assicura il rispetto della tipicità non dell'atto finale dell'amministrazione, ma della fase precedente alla stipulazione del contratto, ovvero della fase procedimentale secondo M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996, 115.

<sup>213</sup> F. SATTA, voce *Atto amministrativo*, *I Diritto amministrativo*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, 6, ritiene che l'elemento sul quale incide il principio di tipicità e dunque che merita attenzione non sia l'atto bensì "gli schemi tipici in cui l'azione dell'amministrazione può svolgersi, sono, in altre parole, i diversi complessi di disposizioni sostanziali, nell'ambito delle quali e nel rispetto delle quali soltanto la sua azione può svolgersi". Non vi è spazio dunque per una tipicità limitata al solo atto.

<sup>214</sup> G. SALA, *Accordi sul contenuto discrezionale del provvedimento e tutela delle situazioni soggettive*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 2, 230, al fine di definire la situazione giuridica soggettiva del privato pone l'accento sul tipo di potere esercitato più che sulla natura dell'atto adottato. Lo stesso A. ritiene che "tipizzato dall'indicazione normativa dei presupposti, dell'oggetto e degli effetti è il potere prima dell'atto che ne concreta l'esercizio", infatti l'atto è tipico se il contenuto e il procedimento definiti dalla norma "sono compatibili con lo spettro prefigurato dalle disposizioni che tipizzano il potere", G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, 253.

C. MAVIGLIA, *Accordi con l'amministrazione pubblica e disciplina del rapporto*, Milano, 2002, 108, pur affermando che l'esercizio di un potere autoritativo non implica necessariamente l'utilizzo della tecnica dell'autoritatività, precisa che la relazione inammissibile è quella che segna il passaggio da un potere non autoritativo a un potere autoritativo a seguito della scelta di agire con una determinata tipologia di atto, poiché "l'autorità deve sempre obbedire alla regola della tipicità". In particolare l'A. ravvisa la perdita del carattere di autoritatività e nell'ipotesi di accordi sostitutivi e nell'ipotesi di accordi integrativi del contenuto attribuendo al consenso il ruolo di "strumento di tutela nei confronti di eventuali prevaricazioni del soggetto pubblico" (109). Il consenso esclude la rilevanza della tipicità per G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001, 117, poiché il principio di tipicità rileva solo per gli atti amministrativi autoritativi e gli accordi invece rappresentano "un'attività che sicuramente è tutt'altro che autoritativa" (118).

fisionomia del potere amministrativo (e delle regole cui è sottoposto) ma rappresenta solo una diversa forma di garanzia di esercizio dello stesso. Difatti l'accordo sarà raggiunto se il riparto delle prestazioni che compongono il contenuto sarà proporzionale e il rispetto di tale principio può essere efficacemente valutato e sollecitato anche (e soprattutto) dalla controparte privata.

### 5.1 *La considerazione della patrimonialità della prestazione*

L'elemento della patrimonialità della prestazione dedotta nell'accordo è stato affrontato dalla dottrina al fine di affermare l'unitarietà del modello di riferimento e per l'accordo amministrativo e per il contratto di diritto privato in quanto strumenti idonei a disciplinare un contenuto patrimoniale.

Secondo una diversa impostazione invece la qualificazione dell'oggetto dell'accordo in termini di esercizio del potere pubblicistico finalizzato al raggiungimento dell'interesse pubblico, come sopra evidenziato, non consentirebbe la valutazione patrimoniale delle prestazioni dedotte nell'accordo<sup>215</sup>.

Infatti, nonostante il raggiungimento del miglior risultato al minor costo per la collettività renda imprescindibile la considerazione economica dell'azione amministrativa, essa non è altro che *“una componente, ma non l'unica, che deve valutarsi ai fini dell'ottimizzazione dell'interesse pubblico”* che deve essere realizzato ad ogni costo (anche se superiore a quello minimo)<sup>216</sup>. Inoltre l'utilità economica non può essere contestata nella considerazione dell'interesse del privato contraente, anche se bisogna ammettere che tale valutazione non rappresenta un elemento sufficiente a qualificare la fattispecie consensualistica dell'accordo in termini di negozio di diritto privato<sup>217</sup>.

---

<sup>215</sup> G. PERICU, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in *Diritto amministrativo*, vol. II, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Bologna, 2005, 307, oggetto del contratto di diritto pubblico sono solo i beni giuridici nella disponibilità esclusiva della pubblica amministrazione e dunque sottratti alla libera circolazione giuridica tra privati.

<sup>216</sup> *“Nell'attività amministrativa funzionalizzata, infatti, la posizione dell'amministrazione persegue un pubblico interesse, il quale prescinde da valutazioni economiche di tipo specifico”* secondo E. STICCHI DAMIANI, *op. cit.*, 65.

<sup>217</sup> E. STICCHI DAMIANI, *op. cit.*, 67.

Una posizione intermedia infatti considera la prestazione della pubblica amministrazione conciliabile con la nozione di patrimonialità se di quest'ultima si abbandona l'accezione che ne restringe la portata alla sola considerazione del carattere pecuniario della prestazione<sup>218</sup> e si accoglie invece la nozione civilistica, che intende la patrimonialità come suscettibilità di valutazione economica<sup>219</sup>.

Per quel che rileva in questa sede può ricordarsi che l'elaborazione civilistica della nozione di patrimonialità della prestazione ha condotto ad ampliare ulteriormente l'interpretazione del disposto dell'art. 1174 c.c. fino a giungere alla assimilazione della nozione di patrimonialità alla negoziabilità delle prestazioni assunte dalle parti<sup>220</sup>.

Tuttavia, nonostante la rilevazione della adattabilità della patrimonialità-negoziabilità al contenuto dell'accordo, non pare che possa per questo giustificarsi la piena riconducibilità del modello amministrativo consensuale al negozio di diritto privato<sup>221</sup>.

---

<sup>218</sup> Come afferma anche C. MAVIGLIA, *Accordi con l'amministrazione pubblica e disciplina del rapporto*, Milano, 2002, 66, che contesta l'utilizzo di una nozione di patrimonialità ristretta al carattere pecuniario della prestazione.

<sup>219</sup> Si fa riferimento al significato di patrimonialità secondo il disposto dell'art. 1174 c.c. rubricato "*Carattere patrimoniale della prestazione*" che dispone "*La prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore*". La prestazione, oltre che corrispondere a un interesse di una delle parti, deve anche essere suscettibile di valutazione economica, intesa come possibile valutazione economica da compiersi considerando il rapporto giuridico nel suo complesso, secondo A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2004, 624.

<sup>220</sup> In particolare il rapporto di continenza tra le nozioni di patrimonialità e di negoziabilità è affrontato da G.D. COMPORI, *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, Milano, 1996, 309, il quale contesta sia l'impostazione che rimette interamente alle parti la valutazione della patrimonialità della prestazione sia quella che lega la patrimonialità ad un carattere oggettivo della prestazione, senza che abbia alcun rilievo la volontà dei soggetti stipulanti l'accordo. Nello stesso senso si veda C. MAVIGLIA, *op. cit.*, 70. Si fa riferimento alla teoria sviluppata da G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità delle prestazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, 251 sui rapporti fra patrimonialità della prestazione e limiti all'autonomia privata. L'A. ritiene che la suscettibilità di valutazione economica non costituisce un elemento che debba necessariamente caratterizzare la prestazione né, d'altra parte, l'assenza di tale suscettibilità può costituire un limite all'autonomia privata. Dunque l'art. 1174 c.c. esprime un significato più restrittivo rispetto a quella che (secondo l'A.) è la "*sua volontà obiettiva*: il requisito della negoziabilità della prestazione infatti è espresso "*attraverso il suo più importante, ma non unico, indice di rilevamento: la suscettibilità, appunto, di valutazione economica della prestazione*".

<sup>221</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, II, 428, in forza della fungibilità tra gli strumenti del provvedimento amministrativo e dell'accordo per la nascita, modificazione ed estinzione di diritti reali e di obbligazione, l'A. precisa che solo qualora gli effetti giuridici prodotti

Il richiamo alla negoziabilità invece consente di comprendere come la dinamica dei rapporti intersoggettivi, anche (ma non solo) quando questi ultimi siano suscettibili di valutazione economica, si fondi sulla possibilità di disporre (almeno di una parte) del proprio interesse in vista della migliore realizzazione dello stesso.

Dunque gli interessi perseguiti dalle parti nel rapporto bilaterale, benché appaiano negli accordi tra pubbliche amministrazioni qualitativamente diversi rispetto agli interessi perseguiti dai soggetti privati, non possono ritenersi perseguiti attraverso metodi diversi da quelli applicati nel settore dell'autonomia privata, ovvero la contrattazione. Ciascun soggetto (siano entrambi pubblici oppure pubblico e privato) negozia al fine della realizzazione del proprio interesse nei limiti della realizzazione dell'altro.

In tal modo pare si possa affermare la compatibilità della natura pubblicistica degli accordi amministrativi e della sussistenza del carattere patrimoniale - o meglio sarebbe dire negoziale - delle prestazioni<sup>222</sup>.

#### *6. La stabilità del vincolo giuridico determinato dall'accordo: l'esercizio della facoltà di recesso*

La facoltà di recedere dall'accordo si pone come elemento idoneo a minare la stabilità dello strumento consensualistico poiché l'esercizio di tale facoltà determina lo scioglimento del vincolo giuridico a seguito di una scelta, che è il risultato della valutazione del pubblico interesse, operata dalle stesse parti pubbliche che sottoscrivono l'accordo. Infatti la pubblica amministrazione muta il proprio

---

dall'azione amministrativa abbiano contenuto patrimoniale si potrà utilizzare l'accordo per disciplinare il rapporto giuridico sottostante "o quantomeno l'aspetto patrimoniale del rapporto".

Ciò tuttavia non conduce automaticamente alla considerazione dell'accordo stipulato come contratto di diritto pubblico. Tale qualificazione infatti discende solo dall'esistenza di norme positive che diano all'accordo caratteri propri e distinti da quelli caratterizzanti il contratto di diritto privato, in caso contrario la disciplina applicabile agli accordi conclusi con le pubbliche amministrazioni aventi un oggetto pubblico è quella di diritto comune.

<sup>222</sup> E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, 1996, 180, ai fini della suscettibilità di valutazione economica che dimostra la sussistenza del carattere della patrimonialità non rileva la natura dell'interesse perseguito dalle parti, che potrà essere secondo il disposto dell'art. 1174 c.c. "anche non patrimoniale" e dunque anche pubblico.



orientamento per impossibilità di adempiere gli obblighi assunti se non a condizione di adottare dei comportamenti contrari al pubblico interesse.

Il grado di instabilità dell'azione amministrativa - accettato nel caso di provvedimenti unilaterali - diviene di difficile coordinamento con la vincolatività riconosciuta allo strumento consensualistico soprattutto in ragione della previsione di controprestazioni, cui si impegnano le altre parti, pubbliche e private, connesse agli obblighi assunti dalla parte pubblica che intende recedere.

L'inconciliabilità dell'incisione unilaterale su rapporti giuridici consensuali ha condotto all'affermazione della inammissibilità del recesso in ipotesi di accordi fra pubbliche amministrazioni.

Tale impostazione si fonda sul dato testuale dell'art. 15 della legge sul procedimento amministrativo che non prevede il rinvio espresso alla facoltà di recesso disciplinata all'art. 11, comma 4, della stessa legge<sup>223</sup>.

Inoltre da un punto di vista strutturale si fa leva sulla considerazione che l'efficacia dell'accordo discende dall'incontro delle volontà dei soggetti coinvolti, ed in particolare dalla adozione dell'atto di adesione da parte dei singoli enti territoriali coinvolti. Per tale ragione non è configurabile un potere di recesso unilaterale idoneo a revocare l'atto di adesione ad un atto bilaterale produttivo di effetti<sup>224</sup>.

---

<sup>223</sup> E. STICCHI DAMIANI, *op. cit.*, 116, afferma la maggiore stabilità degli accordi organizzativi rispetto a quelli procedurali con la conseguente implicazione della sussistenza del divieto di revoca dell'atto di adesione all'accordo. Dunque in nessun modo le sopravvenienze in tema di interesse pubblico rilevano sulla esistenza degli accordi, le uniche ipotesi ammissibili di risoluzione sono quelle di autoannullamento e le fattispecie di recesso disciplinate dal codice civile nei limiti della loro applicabilità.

Nello stesso senso si vedano G. COMPORI, *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, Milano, 1996, 321, l'omesso rinvio per gli accordi dell'art. 15 è da intendere quale garanzia di stabilità del rapporto contrattuale, in quanto il programma di interesse comune non sarebbe realizzabile se si consentisse alle parti pubbliche contraenti di ripensare gli impegni assunti; N. BASSI, *Gli accordi di programma dopo un decennio abbondante di esperienza fra questioni ormai superate e problematiche ancora aperte. Parte seconda: profili procedurali e contenutistici*, in *Dir. dell'econ.*, 2002, 1, 90; G. SALA, *Accordi sul contenuto discrezionale del provvedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 1, 245, il tema del recesso infatti è affrontato unicamente nell'ambito dei rapporti tra privati e pubblica amministrazione.

<sup>224</sup> Tar Lazio, Sez. I, 3 ottobre 1997, n. 1434, in *Foro amm.*, 1998, 1850, pf. 6, precisa che negli accordi di programma la revoca è atto unilaterale preordinato a rimuovere un precedente atto della stessa amministrazione che però costituisce una manifestazione di volontà non unilaterale, poiché si inserisce in un procedimento "paracontrattuale", quale è quello preordinato all'adozione dell'accordo di programma.

Tuttavia la conclusione che conduce all'esclusione della facoltà di recesso non convince in quanto la prima argomentazione, di carattere letterale, sembra archiviare in modo eccessivamente sbrigativo l'ammissibilità di tale facoltà, generalmente prevista nella disciplina del procedimento amministrativo<sup>225</sup>, in virtù di

---

L'accordo infatti acquisisce definitiva efficacia nel momento dell'incontro delle volontà validamente espresse dalle parti (trattandosi nel caso di specie di accordo che interveniva sugli strumenti urbanistici tale momento coincide con la ratifica del consiglio comunale dell'adesione già prestata dal sindaco) e dunque non è configurabile il recesso unilaterale di una di esse, che coincide con la revoca unilaterale della precedente ratifica.

<sup>225</sup> La previsione generale della facoltà di revoca è contenuta nell'art. 21-*quinquies* *Revoca del provvedimento* della legge 7 agosto 1990, n. 241.

D. SORACE e C. MARZUOLI, voce *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, 1989, 293, affrontano la questione della relazione esistente tra contrattualità e revocabilità, poiché l'una è fonte di posizioni soggettive di diritto e l'altra presuppone posizioni soggettive di interesse o di "diritti affievoliti" in ragione della possibilità di ri-esercizio del potere quando l'atto non sia più conforme all'interesse pubblico. In particolare la posizione soggettiva sorta dal provvedimento, che si intende revocare, costituisce il limite alla revocabilità, poiché quest'ultima facoltà è prevista solo nell'ipotesi in cui si tratti di incidere su posizioni di interesse legittimo e dunque originate dall'esercizio di potere amministrativo. La revoca non è invece ammissibile laddove l'azione amministrativa costituisca l'esercizio di alcun potere, generando in capo alla controparte posizioni di diritto soggettivo, come avviene nell'ipotesi di stipulazione di contratti di diritto privato (294).

Tali limiti tuttavia non incidono efficacemente sulla revoca poiché ammettere quest'ultima facoltà solo nell'ipotesi di poteri idonei ad imporre significa escludere la possibilità di raggiungere la cura degli interessi pubblici in tutte le altre ipotesi di attività destinata ad amministrare; inoltre anche nell'esercizio di attività di diritto privato la p.a. sarebbe vincolata al dovere costituzionale di perseguire interessi pubblici (295).

Dunque l'affermazione che la revocabilità vive in relazione al requisito della imperatività del provvedimento, che crea posizioni soggettive di interesse legittimo e in relazione alla materia non regge alla prova della rilevanza costituzionale della facoltà prevista in capo all'amministrazione agente (296).

Gli A. dunque risolvono la questione dei limiti al potere di revoca ritornando al piano costituzionale dei principi coinvolti dalla revocabilità dei provvedimenti amministrativi. Difatti se la revoca si pone in relazione, da un lato, con la strumentalità dell'azione amministrativa rispetto agli interessi pubblici e, dall'altro, con la tutela delle posizioni soggettive dei singoli cittadini deve ammettersi la necessità di una espressa previsione di legge che disciplini tale facoltà in capo alla pubblica amministrazione, senza che sia possibile ammetterne una generale ammissibilità solo perché si esercitano poteri amministrativi.

Il ruolo della legalità quale condizione per la protezione delle posizioni soggettive insorte per effetto del provvedimento che si intende revocare è evocato anche da S. STAMMATI, *La revoca degli atti amministrativi. Struttura e limiti: linee dell'evoluzione, con una parentesi sull'annullamento d'ufficio*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet, II Amministrazione e garanzie*, Milano, 1987, 660.

Ancora C. MARZUOLI, *Accordo di programma cit.*, 458, nota 70, precisa che in relazione agli accordi dell'art. 15 della l. 7 agosto 1990, n. 241 e al mancato richiamo del quanto comma dell'art. 11, che espressamente prevede la facoltà di recesso, è opportuna una lettura coordinata degli articoli 11 e 21-*quinquies* della legge 241/1990. Infatti "dalle due disposizioni si ricava l'ulteriore conferma «positiva» del principio secondo cui un potere unilaterale di intervento dell'Amministrazione in vicende pattizie può essere ammesso (ove non giustificabile in base a principi generali valevoli anche

un'interpretazione eccessivamente rigida che non tiene in adeguata considerazione la realtà sostanziale sottostante la struttura consensualistica<sup>226</sup>.

Rispetto all'argomento di carattere strutturale, invece, si deve rilevare che l'ordinamento tolleri la cessazione di efficacia di atti giuridici bilaterali a seguito dell'esercizio della facoltà unilaterale di recesso, riconosciuta ad una sola delle parti in via consensuale<sup>227</sup>.

Per comprendere la questione della applicabilità del recesso agli accordi fra pubbliche amministrazioni appare forse preferibile chiarire i limiti di applicabilità del recesso (previsto espressamente solo per gli accordi integrativi e sostitutivi del provvedimento) in ragione dei presupposti sostanziali che consentono l'esercizio di tale facoltà.

Il recesso infatti rappresenta l'unica deroga che l'ordinamento consente al principio di carattere generale che informa la disciplina della consensualità (senza distinzioni) tra più entità riconosciute dall'ordinamento: *pacta sunt servanda*. Difatti a seguito della valida stipulazione dell'accordo l'esercizio del recesso consente a una delle parti di liberarsi dal vincolo giuridico che da esso deriva attraverso l'adozione di un nuovo atto giuridico.

Nel nucleo essenziale del proprio funzionamento tale facoltà è disciplinata sia nell'ambito del procedimento amministrativo<sup>228</sup> sia nella disciplina dei rapporti tra privati contenuta nel codice civile<sup>229</sup>.

---

*nei rapporti fra privati) solo su base legale*". Le eccezioni previste da espresse previsioni di legge dunque devono essere interpretate rigorosamente, come nell'ipotesi prevista dall'art. 21-*quinquies*, comma 1-*bis*, l. 241/1990.

<sup>226</sup> Secondo C.P. SANTACROCE, *Note generali sull'ammissibilità di un potere amministrativo di "recesso" unilaterale dagli accordi tra pubbliche Amministrazioni*, in *www.giustamm.it*, 9, ritiene viziata l'impostazione del problema solo dal punto di vista del dato letterale della norma poiché rappresenta la "*sopravalutazione interpretativa di una scelta legislativa che, in realtà, non vi è stata*".

<sup>227</sup> Il riferimento è ovviamente alla disciplina del recesso contenuta nel codice civile all'art. 1373 *Recesso unilaterale*.

<sup>228</sup> Con riferimento agli atti unilaterali i presupposti e la disciplina sono contenuti nell'art. 21-*quinquies*, comma 1, per gli atti negoziali la disciplina si rinviene nel comma 1-*bis* dello stesso articolo e nell'art. 21-*sexies*. Quanto agli accordi tra pubbliche amministrazioni e privati il riferimento è all'art. 11, comma 4, legge 7 agosto 1990, n. 241. In particolare sulla relazione che intercorre tra revoca del provvedimento e recesso degli accordi si veda F.G. SCOCA, *Diritto Amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, Torino, 2008, 424, "*intendendo comunque il recesso dagli accordi in termini di esercizio di un potere di autotutela, o comunque di riesame, esso deve essere ricondotto, in termini di species, al genus revoca*". Sul punto si veda inoltre V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto*

E il richiamo alla disciplina privatistica pare particolarmente opportuno laddove si rammenti che anche agli accordi fra pubbliche amministrazioni è possibile applicare i principi in materia di obbligazioni e contratti “*ove non diversamente previsto*” e “*in quanto compatibili*”<sup>230</sup>.

Difatti, facendo leva sulla possibile applicazione di tale disciplina, si è andata formando la posizione giurisprudenziale che ammette il recesso privatistico ed esclude la configurabilità dei poteri pubblicistici di autotutela (revoca o recesso) in capo all'amministrazione. Il dato di partenza è costituito (ancora una volta) dalla inconciliabilità tra il potere amministrativo, considerato inesauribile, e il carattere vincolante dell'accordo, dotato appunto della “*forza di legge*” del contratto in virtù del rinvio ai principi del codice civile<sup>231</sup>.

Dunque la questione sarebbe risolta qualora l'amministrazione agente scegliesse l'accordo quale modalità di azione, con ciò rinunciando tacitamente all'esercizio unilaterale del potere amministrativo, comprensivo delle facoltà di revoca (o recesso nell'ipotesi di accordi). Il limite al recesso del codice civile, secondo l'articolo 1373 c.c., è costituito dalla espressa previsione delle parti, senza che sia necessario indicare ulteriori presupposti per l'esercizio della facoltà<sup>232</sup>.

---

*amministrativo*, Torino, 2002, 495, che afferma la piena assimilazione tra revoca e recesso per pubblico interesse: il recesso dell'art. 11, comma 4 “*è in realtà una revoca del tutto corrispondente alla revoca del provvedimento amministrativo sostitutivo dall'accordo*”.

<sup>229</sup> Una diversa ricostruzione conduce la facoltà di recesso negli accordi amministrativi lontano dal recesso *ex art.* 1373 c.c. come teorizzata da S. CIVITARESE MATTEUCCI *Contratti e accordi di diritto pubblico*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, a cura di V. Cerulli Irelli, 115. L'A. infatti contrappone il carattere facoltativo del recesso privatistico alla previsione del comma 4 dell'art. 11 della legge n. 241/1990, nel quale si rinvencono specifiche ipotesi di esercizio della facoltà di recedere. E in ragione di tali stringenti presupposti il recesso dagli accordi è ricondotto all'area dell'autotutela amministrativa e in particolare alla revoca. Infatti nella necessità dell'esercizio della facoltà di recesso da parte della pubblica amministrazione a fronte di “*sopravvenuti motivi di pubblico interesse*” si intravede “*una implicita clausola rebus sic stantibus*”, così da configurare il recesso *ex art.* 11, comma 4, l. n. 241/1990 più vicino ad un'ipotesi di risoluzione civilistica piuttosto che di recesso *ex art.* 1373 c.c., la cui “*struttura tipica sembra logicamente incompatibile con la tematica della sopravvenienza*” (116).

<sup>230</sup> Articolo 11, comma 2, richiamato dall'art. 15, comma 2, legge 7 agosto 1990, n. 241.

<sup>231</sup> Questa è la posizione di Tar Lombardia, Milano Sez. I, 8 novembre 2004, n. 5620, in *Urb. e app.*, 2005, fasc. 7, 837, con nota di A. DI MARIO, *Il recesso dagli accordi tra amministrazioni abbandona l'autotutela*, *ivi*, 838, secondo il quale la sentenza in oggetto esclude l'applicazione della facoltà di recesso, prevista dal comma 4 dell'art. 11, agli accordi dell'art. 15 l. 241/1990, ma applica a quest'ultima categoria il recesso privatistico *ex art.* 1373 c.c.

<sup>232</sup> Esattamente come previsto dal codice civile agli articoli 1341, comma 2, e 1373, comma 1.

Tale conclusione tuttavia non pare condivisibile poiché la scelta della modalità di esercizio del potere consensuale comporta delle ricadute in termini di disciplina applicabile fortemente divergenti a seconda che si tratti di consensualità che coinvolge o meno il soggetto privato. Al punto tale da arrivare a configurare una differenza di carattere sostanziale tra il potere speso nell'accordo con il privato, considerato inesauribile (ex art. 11 l. 241/1990, laddove sia previsto il recesso), e il potere esercitato attraverso la consensualità fra pubbliche amministrazioni, considerato invece "esaurito" (il recesso ex art. 1373 infatti deve essere espressamente previsto dalle parti), sulla base di un elemento di carattere formale, quale è la qualificazione privata del soggetto destinatario<sup>233</sup>.

Se la posizione sopra esposta privilegia un'interpretazione rigorosa della "forza di legge" del contratto, non mancano argomentazioni idonee a ridimensionarne la portata oltre ogni limite. Si tratta dell'opinione che offre uno spazio incondizionato alla inesauribilità della funzione pubblica al punto da ammettere la facoltà di recesso di stampo pubblicistico libera dal connesso obbligo di indennizzo<sup>234</sup>.

---

<sup>233</sup> C.P. SANTACROCE, *Note generali sull'ammissibilità di un potere amministrativo di "recesso" unilaterale dagli accordi tra pubbliche Amministrazioni*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 27, contesta invece "il tentativo di far passare come "totalizzante" il rinvio ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti".

<sup>234</sup> Tar Marche, Sez. I, 19 settembre 2003, n. 1015, pf. 4.2, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), ritiene che il mancato richiamo dell'art. 15 al comma 4 dell'art. 11 l. 7 agosto 1990, n. 241 non può essere inteso come "l'irretrattabilità dell'espressa volontà dell'Amministrazione statale di addivenire ad una gestione concordata". Difatti la funzione di amministrazione attiva conosce in via generale il potere di revoca del provvedimento amministrativo, del quale l'accordo ha il contenuto, "per cui è affievolita la forza vincolante di una convenzione sottoscritta da soggetti pubblici ed è reso inapplicabile il principio civilistico per il quale il contratto ha "forza di legge"". Inoltre la regola generale della revocabilità è confermata (e non derogata) dalla previsione dell'art. 11, comma 4, l. n. 241/1990, quest'ultima previsione infatti prescrive solo che "ove la revoca incida su posizioni soggettive (e su diritti), impone il pagamento al privato di un indennizzo (sostitutivo ed assorbente del diritto al risarcimento del danno)".

Nello stesso senso si veda anche Corte dei Conti, Puglia, sez. giurisd., 21 marzo 2003, n. 244, pf. 3.3, in [www.de-jure.it](http://www.de-jure.it), nella quale si legge che il mancato richiamo all'art. 11, comma 4, consente due interpretazioni astrattamente possibili: l'una esclude il recesso, l'altra afferma che "il recesso sarebbe consentito a prescindere dalla sopravvenienza di motivi di pubblico interesse e senza che residui alcun obbligo di indennizzo", dunque prefigurando un favor incondizionato per lo *ius poenitendi*, che non conosce il limite costituito dal principio *rebus sic stantibus*. Il Collegio ritiene (andando ben oltre la statuizione del giudice amministrativo sopra esposta) di aderire alla seconda impostazione "sia per l'inesauribilità delle potestà amministrative, sia in quanto, vertendosi in materia di accordi fra enti pubblici, non assumono rilievo gli interessi privati che, secondo la

Una posizione intermedia rispetto a quelle sopra indicate ritiene invece di dover contemperare l'inesauribilità della funzione amministrativa (che consentirebbe la facoltà di recesso) insieme all'indisponibilità unilaterale degli interessi gestiti in forma consensuale da parte di una singola amministrazione (che imporrebbe l'esclusione di qualsiasi forma di recesso).

Per tale ragione, da un lato, si ritiene ammissibile la possibilità di una regolamentazione pattizia, contenuta nell'accordo, del diritto di recesso delle parti, dall'altro, che *“il contenuto dell'accordo sia modificabile solo mediante una nuova determinazione espressa da tutte le amministrazioni contraenti che giungono ad una nuova sistemazione concordata dell'assetto degli interessi sottostanti all'azione amministrativa”*<sup>235</sup>.

Difatti la manifestazione di volontà espressa dalle pubbliche amministrazioni nell'accordo non è fondata sull'autonomia privata, ma si tratta di *“una volontà discrezionale funzionalizzata alla tutela degli interessi pubblici”* allo stesso modo della decisione di rifiutare la modifica consensuale dell'assetto di interessi precedentemente statuito<sup>236</sup>. Quest'ultimo rifiuto infatti potrà essere censurato in sede giurisdizionale per contrarietà al principio di leale collaborazione, che regola i rapporti tra pubbliche amministrazioni<sup>237</sup>.

---

*disciplina di cui al quarto comma dell'art. 11, l.241/1990, per quanto recessivi, devono essere indennizzati per il sacrificio sopportato”.*

In dottrina G. GRECO, *Art. 15, in Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti (Legge 7 agosto 1990, n. 241 e regolamenti di attuazione)*, a cura di Alberti e altri, Milano, 1995, 356, ammette la facoltà di recedere anche negli accordi ex art. 15, nonostante il mancato rinvio all'art. 11, comma 4, e reputa *“incongruo”* il superamento dell'obbligo di indennizzo. Tuttavia auspica un superamento della lacuna legislativa in sede di stipulazione del singolo accordo, pena la diminuzione di vincolatività di quest'ultimo.

<sup>235</sup> Tar Lombardia, Milano, Sez. II, 14 gennaio 2009, n. 90, in *www.de-jure.it*, pf. 4, l'esercizio della facoltà di recesso dunque si traduce nella condivisione con le altre parti pubbliche di una nuova determinazione. Sul punto si veda anche la ricostruzione che offre S. VALAGUZZA, *L'accordo di programma: peculiarità del modello, impiego dei principi del codice civile e applicazione del metodo tipologico*, in *Dir. amm.*, 2010, 2, 427.

<sup>236</sup> Ancora Tar Lombardia, Milano, Sez. II, 14 gennaio 2009, n. 90, in *www.de-jure.it*, pf. 4 l'esercizio di poteri pubblicistici non può consentire che una determinazione antecedente vincoli in modo irreversibile la successiva nell'ipotesi di sopravvenute circostanze di fatto o di diritto idonee a modificare la definizione – o le modalità di perseguimento - dell'interesse pubblico.

<sup>237</sup> La differenza tra il recesso così come declinato nel codice civile e la facoltà di recesso della pubblica amministrazione è di carattere sostanziale. Difatti l'esercizio del recesso non corrisponde mai all'esecuzione di una posizione meramente potestativa, bensì rientra anch'essa nell'ambito delle prerogative pubblicistiche, G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*,

### 7. Nota conclusiva

La trattazione delle problematiche sopra condotta consente di pervenire ad alcune prime e provvisorie considerazioni di sintesi sugli accordi fra pubbliche amministrazioni.

In primo luogo si rileva la autonomia della figura consensualistica utilizzata dalle pubbliche amministrazioni quale modalità di esercizio delle funzioni attribuite rispetto alla consensualità governata dalla evidenza pubblica<sup>238</sup>, da una parte, e alla consensualità realizzata nei rapporti tra privati, dall'altra.

Nonostante l'analisi degli elementi strutturali e la partizione degli stessi consenta di considerare unitariamente alcune regole che governano la consensualità, a dimostrazione del fatto che il consenso si fonda su principi generali che toccano aspetti soggettivi e oggettivi dell'accordo<sup>239</sup>, questo dato non impedisce l'emersione di ulteriori e caratteristiche potenzialità dello strumento analizzato.

In particolar modo, oltre all'attuazione dei poteri attribuiti alle amministrazioni agenti, l'accordo tra soggetti pubblici soddisfa esigenze organizzative di coordinamento al pari del procedimento amministrativo<sup>240</sup>, ma con una maggiore dose di flessibilità.

Quest'ultimo dato è rilevabile non solo sul piano formale della semplificazione operata dalla collaborazione tra soggetti che influisce sulla

---

Milano, 1984, 276. Ciò comporta la sua sindacabilità in sede giurisdizionale in relazione alle sopravvenienze che hanno determinato il mutamento nella determinazione. E nella ponderazione dei nuovi elementi di fatto o di diritto che legittimano una nuova considerazione del pubblico interesse un ruolo di primo piano assume l'esistenza di un rapporto consensualmente statuito tra le parti.

<sup>238</sup> Il riferimento è al decreto legislativo, 12 aprile 2006, n. 163, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, forniture e servizi in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

<sup>239</sup> Si fa riferimento al principio della parità dei soggetti contraenti ribadito dalla regola dell'unanimità nella formazione dell'accordo. Il riflesso di tale dato strutturale sul piano degli interessi mostra una forza tanto dirompente quanto relativa. Poiché, da una parte, la consensualità pone gli interessi (pubblico e privato) in una relazione paritaria, dall'altra, la connotazione pubblicistica consente in molti casi la riemersione della specialità di prerogative giuridiche riconosciute alla parte pubblica.

<sup>240</sup> M. NIGRO, *Il coordinamento come mistificazione e il coordinamento come partecipazione*, in *T.A.R.*, 1981, fasc. 2, 55, "l'insistenza, oggi, sull'idea del coordinamento muove dall'esigenza di assicurare all'indirizzo la partecipazione dell'indirizzato: anche il coordinamento appartiene cioè al grande tema della partecipazione".

statuizione finale, come si può notare a proposito della deroga di prescrizioni procedurali<sup>241</sup>, ma anche sul piano sostanziale del contenuto degli accordi<sup>242</sup>.

La salvaguardia delle competenze e più in generale dei limiti di legge è rimessa ancora una volta alle caratteristiche insite nel consenso<sup>243</sup>, ovvero in una manifestazione di volontà che, tenendo principalmente in considerazione gli interessi della parte che consente, realizza nel modo migliore la dimensione relativa e atipica della proporzionalità.

Ancora gli accordi fra pubbliche amministrazioni hanno la caratteristica di realizzare una programmazione di successive azioni finalizzate alla realizzazione di un obiettivo di rilievo per tutti i soggetti partecipanti all'accordo.

Tale impostazione concentra l'attenzione sul progetto che attende realizzazione e sulle azioni che più efficacemente possono conseguire il risultato, di conseguenza si colloca in secondo piano la qualifica soggettiva (pubblica o privata) del soggetto che è in grado di compiere le attività rilevanti.

L'accordo dunque rappresenta un modello idoneo a contenere diverse dimensioni, nessuna delle quali può risultare prevalente con una valutazione preventiva, ma ciascuna sufficiente a prevalere sulle altre in ragione delle esigenze che la pratica pone innanzi alle amministrazioni e agli amministrati<sup>244</sup>.

---

<sup>241</sup> A tal proposito si veda in particolare il § 4.2 di questo capitolo.

<sup>242</sup> Come si è cercato di dimostrare nel precedente § 5.

<sup>243</sup> *“L'unico limite immaginabile, piuttosto che nella legalità, pare risiedere proprio nel principio di consensualità, nel senso che è il negoziato che legittima, orienta e condiziona le decisioni pubbliche”*, si legge in G.D. COMPORI, *Il principio di consensualità tra bilanci e prospettive*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>244</sup> Tar Liguria, Sez. I, 13 giugno 2006, n. 542, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), a proposito dell'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241, si legge *“esemplifica cioè uno schema concettuale espressivo dell'esercizio consensuale del potere amministrativo: un modulo aperto suscettibile di vari modelli e graduazioni (consensuali) a seconda degli interessi pubblici coinvolti”*.



## CAPITOLO III

### PUBBLICO E PRIVATO NELLA DISCIPLINA DEGLI ACCORDI

SOMMARIO: 1. *Introduzione: i limiti di applicabilità del codice civile* 2. *Interpretazione degli accordi* 3. *Le cause di invalidità dell'accordo: tra l'esercizio di poteri amministrativi e le implicazioni della scelta consensualistica* 3.1 *La posizione dei terzi lesi dall'accordo* 4. *L'annullamento d'ufficio* 5. *Inosservanza alle statuizioni contenute nell'accordo e posizioni giuridiche soggettive* 5.1 *Segue: le prestazioni non adempiute e le azioni esperibili* 5.1.1 *La condanna all'adempimento* 5.1.2 *L'azione costitutiva di risoluzione dell'accordo per inadempimento.*

#### 1. *I limiti di applicabilità del codice civile*

L'individuazione del regime giuridico applicabile agli accordi delle pubbliche amministrazioni ha fatto emergere fino a questo punto una figura giuridica che vive a metà tra la logica pubblicistica e la logica privatistica, senza che nessuna delle due assuma un ruolo preminente.

Depone in tal senso anche l'espressa previsione normativa secondo cui “*ad essi [accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento] si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili*”<sup>245</sup>.

I problemi interpretativi sono sorti sulla base della considerazione che il punto di maggiore lontananza tra la disciplina privatistica e le previsioni amministrative relative alla qualità e alla forma di esercizio dei poteri attribuiti pare concentrato nella tipicità, assente nella prima ipotesi e costituzionalmente imposta nella seconda.

Dunque se da una parte è ammissibile la convivenza nello stesso strumento giuridico di elementi dell'uno e dell'altro settore, dall'altra è necessario intendersi

---

<sup>245</sup> Art. 11, comma 2, al quale rinvia l'art. 15, comma 2, legge 7 agosto 1990, n. 241. Le difficoltà interpretative derivate dalla tecnica normativa di un rinvio – dell'art. 15 - al rinvio – dell'art. 11 – al codice civile è espressa da A. PIOGGIA, *Gli accordi di programma*, in *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, a cura di B. Cavallo, Torino, 2001, 167, e sono lette in chiave di allontanamento della fattispecie convenzionale dal modello del contratto di diritto civile.

sul *quantum* di ammissibilità di ciascuno al fine di garantire le tutele di rango costituzionale presidiate dal principio di tipicità.

La questione può essere definita se si circoscrivono i rispettivi campi di influenza del principio di atipicità dei contratti, determinato dalla autonomia contrattuale delle parti secondo il disposto dell'art. 1322 c.c., e del principio di tipicità dei poteri - da un lato - e dei provvedimenti - dall'altro - amministrativi. Difatti le sfere regolate dai due principi non coincidono.

La tipicità che regola i poteri dell'amministrazione si colloca all'interno del principio di legalità che impone "*l'adozione dei soli provvedimenti che costituiscono espressione di una specifica attribuzione di potere*" ma ciò non incide sulla generale capacità, e libertà, di stipulare contratti della pubblica amministrazione, che "*potrà anche concludere contratti atipici, purché diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela non confliggenti con le finalità istituzionali*", e dunque muovendosi comunque nel rispetto del principio di tipicità<sup>246</sup>.

Verificati i limiti di compatibilità tra i due sistemi di produzione di effetti giuridici bisogna affermare la prevalenza di eventuali specifiche disposizioni di diritto amministrativo che stabiliscano deroghe all'applicazione dei principi in materia di obbligazioni e contratti<sup>247</sup>.

E rilievo preminente è attribuito ai principi che reggono l'attività amministrativa come positivizzati all'art. 1, comma 1, della legge 7 agosto 1990, n. 241<sup>248</sup>, in quanto idonei a conformare la capacità negoziale della pubblica amministrazione anche di stampo privatistico<sup>249</sup>.

---

<sup>246</sup> Consiglio di Stato, Sez. V, 7 settembre 2001, n. 4680, in *Cons. Stato*, 2001, I, 2036, l'unica valutazione che rileva in tema di ammissibilità dei contratti della pubblica amministrazione infatti incide sull'eventuale mancanza o illiceità della causa.

<sup>247</sup> Secondo il disposto dell'art. 11, comma 2, legge 7 agosto 1990, n. 241, i principi del codice civile si applicano "*ove non diversamente previsto*".

<sup>248</sup> "*L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario*".

In giurisprudenza Consiglio di Stato, Sez. IV, 6 maggio 2008, n. 2062 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), ritiene che attraverso l'accordo l'attività amministrativa possa essere svolta in modo più efficace, efficiente, razionale ed adeguata alla cura degli interessi pubblici rilevanti, nel rispetto dell'art. 97 della Costituzione.

<sup>249</sup> V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 2, 243, afferma che la disciplina civilistica è derogata dalle norme

Il potere esercitato attraverso l'accordo è un potere amministrativo, ovvero un potere definito dalla legge, che ne attribuisce la titolarità in capo al soggetto agente. La legge inoltre stabilisce che sia sempre soggetto ai principi contenuti all'art. 1, comma 1, legge 7 agosto 1990, n. 241, se si tratta di attività autoritativa e che vi sia sottoposto solo nei casi previsti, se si tratta di potere non autoritativo (art. 1, comma 1-bis)<sup>250</sup>.

L'accordo invece non rappresenta una modalità di azione che connota univocamente una tipologia di potere, in quanto è previsto per l'attività autoritativa (articoli 11 e 15 legge 241/1990) e per l'attività c.d. di diritto privato della pubblica amministrazione (decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163) con declinazioni differenti, determinate dalle esigenze del soggetto pubblico agente, ma tutte compatibili con uno schema di consensualità la cui disciplina, nei tratti essenziali, è positivizzata nel codice civile.

Inoltre anche nell'esercizio di poteri tradizionalmente considerati distanti dalla negoziabilità (potere unilaterale perché autoritativo oppure potere vincolato) possano collocarsi fasi prive di tale carattere e che, per questo, formano oggetto del consenso di più parti<sup>251</sup>.

---

speciali “che consentono la rimozione degli effetti del negozio o la modificazione del suo contenuto dispositivo, qualora ciò sia reso necessario da esigenze di interesse pubblico”. Si tratta di principi che incidono e sulla fase di formazione degli atti negoziali e sulla fase di esecuzione, senza escludere le relative modalità di tutela giurisdizionale, che l'A. individua nei principi di economicità e convenienza, della parità di accesso, della corretta esecuzione del contratto e dell'autotutela.

<sup>250</sup> L'art.1, comma 1-bis, della legge 7 agosto 1990, n. 241, dispone “la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente”.

<sup>251</sup> C. MARZUOLI, *Gli accordi di programma cit.*, 452 “se, attraverso l'accordo, il titolo costitutivo dell'effetto è non l'autorità ma il consenso, il principio di tipicità, caratteristico esclusivamente degli atti autoritativi, deve essere accantonato”.

Secondo M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 1, 36, l'amministrazione esercita un potere discrezionale attraverso gli accordi con i privati e gli atti di esecuzione degli stessi sono sicuramente atti non autoritativi, poiché “dove c'è consenso, non pare esserci spazio per l'autorità” (37).

Pare invece ridurre la portata del comma 1-bis dell'art. 1 in relazione alla questione degli accordi G. SCIULLO, *Profili degli accordi fra amministrazioni pubbliche e privati*, in *Dir. amm.*, 2007, 4, 823. L'A. qualifica l'atto non autoritativo, ai sensi del comma 1-bis, come un atto espressione di “un potere che non è in grado di determinare unilateralmente l'assetto degli interessi coinvolti dal suo esercizio”, al contrario l'art. 11, l. n. 241/1990, consente alla pubblica amministrazione di esercitare poteri autoritativi attraverso “atti tanto unilaterali (i provvedimenti) quanto bilaterali (gli accordi)”. L'A. afferma inoltre che la qualificazione degli accordi quali atti di natura non autoritativa comporta l'applicazione della disciplina civilistica secondo il disposto dell'art. 1, comma 1-bis, che

Il consenso presuppone una potenziale cedevolezza delle reciproche posizioni che consiste nella negoziabilità degli interessi. Tale azione si realizza anche attraverso forme riconducibili ai modelli di diritto civile, fermo restando l'adeguamento ai principi idonei a realizzare l'interesse pubblico<sup>252</sup>.

In ragione delle considerazioni sopra esposte si può affermare che il primo principio di carattere civilistico con il quale si confronta il metodo degli accordi è il principio consensualistico.

La vigenza di tale principio consente di attribuire giuridica rilevanza al consenso prestato dalle parti al fine della realizzazione di determinati effetti<sup>253</sup>.

Tuttavia la consensualità declinata in ambito pubblicistico significa rinunciare alla modalità di azione unilaterale e anche tale preferenza non può non essere determinata da esigenze verificabili in relazione a dati predefiniti. Se il dato di partenza infatti è la titolarità distinta di molteplici attribuzioni tutte rilevanti per la definizione di un unico problema, la strada del consenso svolge una funzione di semplificazione del necessario coordinamento.

---

rinvia alle norme di diritto privato “*salvo che la legge disponga diversamente*”; quanto agli accordi dell'art. 11 sussiste la “*diversa regolamentazione*” dettata dal medesimo articolo.

<sup>252</sup> Entro questi limiti l'utilizzo di modelli civilistici contribuisce a esplicitare aspetti importanti della struttura degli accordi. In particolare la lettura che avvicina gli accordi tra pubbliche amministrazioni ai contratti associativi, di S. VALAGUZZA, *L'accordo di programma: peculiarità del modello, impiego dei principi del codice civile e applicazione del metodo tipologico*, in *Dir. amm.*, 2010, 2, 395, consente di verificare l'esistenza, anche tra privati, della possibilità di sottoscrivere un atto costitutivo (o uno statuto) che stabilisca diritti ma soprattutto obblighi in capo a singoli al fine della realizzazione di uno scopo comune. La realizzazione dell'obiettivo conforma le successive azioni degli associati esattamente come l'attività amministrativa da svolgersi in collaborazione, secondo le prescrizioni dell'accordo, uniforma la successiva azione delle amministrazioni coinvolte.

<sup>253</sup> Il riferimento è all'art. 1372 c.c. secondo il quale “*il contratto ha forza di legge tra le parti*”.

Il richiamo al consenso come momento a partire dal quale si producono gli effetti è sottolineato da L. TORCHIA, *Gli accordi di programma tra regioni ed enti locali. Una ipotesi di lavoro*, in *Reg. e gov. loc.*, 1990, 1, 220.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 18 marzo 2003, n. 1422, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), pf. 2, specifica che l'accordo di programma, ai sensi dell'art. 34, comma 4, del d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267, si forma a seguito del consenso unanime dei soggetti coinvolti e a seguito della formalizzazione del consenso di tutte le parti “*sorge un vincolo per le Amministrazioni, obbligate ad ottemperare agli impegni assunti con l'accordo, nel rispetto delle competenze proprie di ciascuna, così producendosi gli effetti giuridici derivanti dalla conclusa convenzione*”. Alla produzione di effetti è legata l'impugnabilità dell'accordo di programma, negata per gli atti antecedenti definiti endoprocedimentali. Nello stesso senso anche Consiglio di Stato, Sez. VI, 5 gennaio 2001, n. 25, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

La semplificazione si realizza perché la struttura dell'accordo si presta alla definizione soltanto degli obiettivi e relativi strumenti operativi di realizzazione, definendo in capo ai soggetti sottoscrittori maggiore agibilità nel percorso procedimentale<sup>254</sup>.

Inoltre la consensualità - secondo i principi contenuti nel codice civile - contribuisce a definire la stabilità del vincolo giuridico derivante dell'accordo, imponendo una disciplina in parte derogatoria rispetto alla situazione prodotta dal provvedimento unilaterale, si pensi, oltre alla possibilità di disciplinare l'efficacia del provvedimento<sup>255</sup>, soprattutto ai poteri di revoca e di annullamento d'ufficio<sup>256</sup>.

La scelta del procedimento consensuale non preclude le prerogative pubbliche ma ad esse affianca la possibilità di legare la stabilità del vincolo all'adempimento delle obbligazioni nascenti dall'accordo<sup>257</sup>.

---

<sup>254</sup> L. TORCHIA, *Gli accordi di programma cit.*, 220, ricorda che “*le norme non indicano i modi di formazione dell'accordo*”.

Si può ricordare a sostegno che il comma 1-*bis* dell'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241 rimette al responsabile del procedimento la scelta del coinvolgimento procedimentale del destinatario e di eventuali controinteressati, ma fissa l'obiettivo al quale anche il responsabile deve conformarsi: “*al fine di favorire la conclusione degli accordi*”.

Tale premessa conduce inoltre a rendere plausibili ulteriori possibili ipotesi ricostruttive del fenomeno consensuale - secondo schemi civilistici alternativi a quello bilaterale - che tengano primariamente conto della particolare dimensione collaborativa che caratterizza gli accordi tra pubbliche amministrazioni finalizzati allo svolgimento in modo coordinato di determinati servizi e funzioni. Infatti l'aspirazione alla realizzazione di uno scopo comune da raggiungere a seguito di una sequenza di attività programmata e scandita cronologicamente nel testo dell'accordo ha suggerito l'accostamento degli accordi fra pubbliche amministrazioni al modello della associazione. Secondo G. CORSO E F. TERESI, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti*, Rimini, 1991, 111, il modello dei contratti associativi è alternativo al modello dei contratti di scambio e particolarmente indicato per l'interpretazione dell'art. 15 della legge n. 241/1990; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contratti e accordi di diritto pubblico*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2006, 120 e S. VALAGUZZA, *L'accordo di programma cit.* 395.

<sup>255</sup> Art. 21-*quater* della legge 7 agosto 1990, n. 241 *Efficacia ed esecutività del provvedimento*.

<sup>256</sup> Rispettivamente articoli 21-*quinquies* e 21-*nonies*.

<sup>257</sup> Secondo quanto espresso al successivo § 5.1.

Si ricorda inoltre Consiglio di Stato, Sez. VI, 29 luglio 2008, n. 3786, pf. 2.2, in *www.dejure.it*, a proposito di accordi di programma conclusi per l'attuazione di opere di urbanizzazione finanziate con fondi pubblici e di interventi di edilizia residenziale sovvenzionata, convenzionata, commerciale e direzionale con fondi privati, stabilisce che le clausole dell'accordo sui termini di inizio dei lavori, posti a pena di risoluzione dell'accordo stesso, “*non operano con effetto di automatismo, ma richiedono, secondo la regola dettata dall'art. 1456, secondo comma, cod. civ., che l'altra parte interessata manifesti l'intendimento di avvalersi*”. Il Collegio inoltre ricorda che sebbene i termini siano fissati con intento sollecitatorio rispetto all'adempimento, l'aver preservato uno spazio di

## 2. Interpretazione degli accordi

Riprendendo l'impostazione seguita fino ad ora, si può affermare che gli atti consensuali, che coinvolgono una pubblica amministrazione, siano collocabili nell'ambito dell'esercizio di funzioni pubbliche.

Occorre ora verificare quali regole e criteri di interpretazione dell'atto amministrativo unilaterale siano applicabili agli atti consensuali, in considerazione delle specifiche esigenze determinate dalla struttura del modulo consensuale.

Difatti il momento interpretativo costituisce, anche per il provvedimento amministrativo, il collegamento essenziale tra la perfezione dell'atto, dotato di rilevanza giuridica, e l'effettiva produzione di tale rilevanza<sup>258</sup>, il quale deve avvenire sulla base di criteri certi e prevedibili.

L'atto amministrativo invece non conosce un insieme organico di regole che disciplinino il momento interpretativo e per tale motivo l'elaborazione del tema è avvenuta attraverso la mutazione di canoni interpretativi formulati a proposito dei testi di legge e degli atti negoziali<sup>259</sup>.

Tuttavia la specificità degli elementi caratterizzanti gli atti di esercizio del potere amministrativo (oggi disciplinati nella legge sul procedimento amministrativo) ha determinato la necessità di vagliare la validità dei criteri

*“prudente valutazione”* dell'eventuale ritardo nell'esecuzione in capo ai soggetti pubblici rappresenti la scelta maggiormente conforme al perseguimento dell'interesse pubblico al recupero urbanistico.

<sup>258</sup> M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica. I. Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Milano, 2012, 233, *“L'interpretazione rappresenta un ponte ideale che non si può omettere di attraversare per il passaggio dal momento della produzione a quello di applicazione della «regola amministrativa»”*. *“Il modello del processo interpretativo si presenta dunque unitario, perché univoca nella interpretazione della legge e del negozio è la finalità «di determinare il contenuto giuridicamente rilevante di una volizione attraverso la manifestazione esteriore» della medesima”*, B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, vol. III, Padova, 1993, 444; S. VASTA, *Alcune riflessioni sull'interpretazione nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2009, fasc. 4, 475.

<sup>259</sup> Si fa riferimento, rispettivamente, all'art. 12 R.D. 16 marzo 1942, n. 262, *Disposizioni sulla legge in generale*, e gli articoli da 1362 a 1371 c.c., Capo IV, *Dell'interpretazione del contratto*. Difatti *“l'interpretazione del provvedimento amministrativo comporta un'operazione tecnica identica a quella che si adopera per l'interpretazione dell'atto normativo, dei trattati internazionali, del negozio privato”*, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, vol. II, 294. S. VASTA, *Alcune riflessioni sull'interpretazione nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2009, fasc. 4, 492, ritiene che anche nell'interpretazione dell'atto amministrativo sia necessario attingere alle regole interpretative del negozio giuridico e della legge poiché sono le uniche a possedere un fondamento normativo.

interpretativi mutuati da altre tipologie di atti fino a ripensare la stessa possibilità di utilizzare tali criteri e affermare invece l'autonomia delle regole interpretative proprie degli atti amministrativi<sup>260</sup>.

In tale quadro è valido il criterio interpretativo che si fonda sul dato letterale del testo interpretato<sup>261</sup>, considerando i collegamenti tra le diverse parti del provvedimento<sup>262</sup> al fine di ricostruire la volontà della pubblica amministrazione e il potere che essa ha inteso esercitare.

Si tratta del criterio positivizzato in relazione all'interpretazione del contratto all'art. 1363 c.c., secondo il quale le singole clausole devono interpretarsi “*le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell'atto*”. Nel provvedimento amministrativo le relazioni di significati si sviluppano tra gli elementi testuali costituiti dall'intestazione, preambolo, motivazione e dispositivo; e un indubbio ruolo chiarificatore del contenuto dell'intero

---

<sup>260</sup> La necessità di adattare le regole interpretative alla tipologia di atto interpretata, nella fattispecie l'atto amministrativo, pare essere la ragione che consente di affermare l'autonomia dell'interpretazione dell'atto amministrativo secondo M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, 1939, in ID., *Scritti*, Vol. 1, Milano, 2000, 205, afferma la differenza della volontà espressa nell'atto amministrativo non solo rispetto alla volontà espressa nel negozio privato, ma anche rispetto alla volontà espressa in un negozio unilaterale.

Diversa l'opinione di M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo cit.*, 287, il quale auspica invece “*una prossima archiviazione, da parte della dottrina e della giurisprudenza, del paradigma della mutazione*” e cerca di fondare “*un sistema organico e autosufficiente di canoni ermeneutici affrancati da ipoteche giusprivatistiche*” (294).

<sup>261</sup> Il criterio interpretativo letterale è positivizzato per l'atto legislativo dall'art. 12 R.D. 16 marzo 1942, n. 262, *Disposizioni sulla legge in generale*, e pare essere il punto di partenza logico e univoco per la comprensione di qualsiasi testo, salvo dover essere affiancato da altri criteri selezionati in base alla tipologia di atto da interpretare. Difatti, in relazione allo stesso art. 12 non può ritenersi mutuabile il criterio interpretativo che sana la lacuna normativa attraverso l'analogia, come previsto al comma 2 dello stesso articolo.

<sup>262</sup> In dottrina si veda M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, vol. II, 294, “*chi è chiamato ad applicare un provvedimento deve pertanto in primo luogo fondarsi sulla esternazione di esso, intendendone le articolazioni e le eventuali clausole le une per mezzo delle altre (cfr. art. 1363 c.c.)*”. Nello stesso senso si vedano R. VILLATA, *Interpretazione del provvedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, II, Bologna, 2005, vol. I, 886; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2013, 593.

Si tratta del rapporto logico che lega le premesse dell'atto al suo dispositivo anche per Consiglio di Stato, Sez. V, 5 settembre 2011, n. 4980, in *www.de-jure.it*, pf. 5.1.2.1; Consiglio di Stato, Sez. V, 21 dicembre 2012, n. 6615, in *www.de-jure.it*.

provvedimento è svolto dalla motivazione<sup>263</sup>, poiché esplicita il percorso logico-giuridico seguito dell'amministrazione agente.

Spesso accade che il semplice riferimento al testo dell'atto amministrativo interpretato non sia idoneo a chiarire il significato dell'atto considerato, in tal caso sopperisce il richiamo ad elementi extra-testuali che hanno un collegamento necessario di tipo logico con il testo del provvedimento in virtù della statuizione di legge.

Difatti l'interprete potrà avvalersi di elementi presenti nello svolgimento procedimentale, secondo un canone interpretativo che richiama il comportamento complessivo del soggetto agente, come previsto dall'art. 1362 c.c. a proposito dei contratti<sup>264</sup>. La differenza tra le due impostazioni deve essere attribuita al ruolo conclusivo del provvedimento in relazione al procedimento nel quale si inserisce<sup>265</sup>.

Rilevano a fini interpretativi l'istanza che ha dato inizio al procedimento e la comunicazione di avvio del procedimento; gli accertamenti istruttori, gli eventuali pareri e valutazioni tecniche; i verbali delle conferenze di servizi, le osservazioni presentate dai soggetti partecipanti e l'eventuale comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza.

---

<sup>263</sup> La centralità del ruolo interpretativo svolto dalla motivazione è stata sottolineata da M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo cit.*, 2000, 316. B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, vol. III, Padova, 1993, 447, ritiene che la motivazione "costituisce un indubbio dato interpretativo «differenziale» per il provvedimento". Nello stesso senso si veda inoltre M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo cit.*, 294.

S. VASTA, *Alcune riflessioni cit.*, 493, sottolinea il ruolo interpretativo degli elementi "che non spendono significato solo sul piano della legittimità dell'azione amministrativa" quali la motivazione, la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, la comunicazione di avvio del procedimento e l'obbligo di considerare gli apporti partecipativi dei soggetti interessati.

<sup>264</sup> L'art. 1362 cod. civ. coordina il criterio della "comune intenzione delle parti" e il criterio limitato "al senso letterale delle parole" dando prevalenza al primo, al punto da ritenere rilevante ai fini interpretativi il comportamento dei contraenti successivo alla stipulazione del contratto.

<sup>265</sup> M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo cit.*, 295, nota 71, in nome dell'autonomia dei criteri interpretativi del provvedimento amministrativo rileva la lontananza della considerazione del procedimento anteriore alla statuizione provvedimento rispetto alla disposizione dell'art. 1362 c.c., comma 2, secondo il quale "per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto". Quest'ultima regola infatti ponendo ai fini interpretativi sullo stesso piano il comportamento anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto, configura una continuità nell'agire nella quale la conclusione del contratto è solo una fase del comportamento complessivo.



La verifica della coerenza con gli elementi testuali e con gli elementi ulteriori appartenenti al procedimento di formazione consentono inoltre di adattare al processo interpretativo del provvedimento amministrativo unilaterale il criterio dell'interpretazione secondo buona fede<sup>266</sup>.

Tale criterio impone di tutelare l'affidamento generato dal provvedimento nel destinatario dello stesso in buona fede attraverso una lettura del testo dell'atto idonea a far emergere ciò che è espressamente statuito, senza ricorrere ad “*indagini ermeneutiche ed integrative*” finalizzate all'affermazione di “*ulteriori ed inespressi significati*”<sup>267</sup>.

Dunque gli effetti dell'atto devono essere “*individuati solo in base a ciò che il destinatario può ragionevolmente intendere*” dal testo dell'atto<sup>268</sup>, infatti l'amministrazione, nel rispetto del principio di buon andamento, deve redigere i propri provvedimenti con chiarezza e linearità “*in modo da fornire ai cittadini regole di condotte certe e sicure, soprattutto quando da esse possano derivare conseguenze negative*”<sup>269</sup>.

Qualora, nonostante l'applicazione dei criteri sopra esposti, siano presenti molteplici significati del medesimo atto, tutti plausibili, l'interprete deve scegliere il contenuto che sia conforme alla funzione di cui il provvedimento amministrativo è espressione<sup>270</sup>, ovvero al parametro normativo che definisce il contenuto tipico dell'atto<sup>271</sup>.

---

<sup>266</sup> L'interpretazione secondo buona fede è prevista per il contratto all'art. 1366 cod. civ.

<sup>267</sup> Secondo la ricostruzione del Consiglio di Stato, Sez. V, 17 ottobre 2008, n. 5064, pf. 2, in *www.de-jure.it*, il bando di gara che contenga clausole equivoche o di dubbio significato deve essere interpretato nel senso di favorire la massima partecipazione alla gara, tutelando in tal modo l'affidamento degli interessati alla partecipazione in buona fede. Difatti tale criterio realizza l'interesse pubblico a vagliare un numero superiore di offerte al fine di scegliere quella maggiormente vantaggiosa in termini qualitativi e quantitativi. Nello stesso senso si veda Consiglio di Stato, Sez. V, 6 marzo 2013, n. 1371, pf. 2.1, in *www.de-jure.it*.

Anche Consiglio di Stato, Sez. V, 21 dicembre 2012, n. 6615, in *www.de-jure.it*, afferma che non si può addebitare “*al cittadino un onere di ricostruzione dell'effettiva volontà dell'amministrazione attraverso complesse indagini ermeneutiche ed integrative*”.

<sup>268</sup> Consiglio di Stato, Sez. V, 5 settembre 2011, n. 4980, pf. 5.1.2.1, in *www.de-jure.it*; Consiglio di Stato, Sez. V, 21 dicembre 2012, n. 6615, in *www.de-jure.it*.

<sup>269</sup> Consiglio di Stato, Sez. V, 5 settembre 2011, n. 4980, pf. 5.1.2.1.

<sup>270</sup> Si tratta del criterio teleologico orientato alla legge, M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo cit.*, 297.

C. MARZUOLI, *L'interpretazione cit. dell'atto amministrativo nella giurisprudenza*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Vol. II, Napoli, 2005, 1556, ridimensiona il ruolo del pubblico interesse,

Il riferimento alla norma che disciplina il potere pone il vero nodo dell'interpretazione del provvedimento amministrativo che esprime una volontà connotata dai caratteri dell'autoritatività e della funzionalizzazione rispetto alla volontà dei privati libera e soggetta ai soli limiti negativi posti dalla legge<sup>272</sup>.

Gli accordi rappresentano una modalità di azione che coinvolge la formazione di tale volontà della pubblica amministrazione e per questo pone dei problemi interpretativi ulteriori. Un primo chiarimento a riguardo proviene dalla precisazione della natura della volontà espressa in tali atti.

Difatti la struttura bilaterale dell'accordo permette la formazione della volontà espressa nell'accordo attraverso un processo di negoziazione che accresce il

---

specificando che in relazione al momento interpretativo ciò che rileva è la presenza di una finalità contenuta nella legge, ma non rileva la connotazione pubblicistica di tale finalità (legata al potere di autorità); in caso contrario infatti si determinerebbe l'“*onnipotenza dell'interesse pubblico*” che proprio la vigenza del principio di legalità tende a scongiurare (1557). L'esigenza del rispetto del principio di legalità anche nella fase interpretativa impone dunque di non sopravvalutare l'interesse pubblico e di manifestare in modo non equivoco la “*portata autoritativa, con la conseguenza che, nel dubbio, vale la regola dell'elisione del singolo aspetto di autorità*”.

<sup>271</sup> Il criterio teleologico degli atti amministrativi rappresenta un canone interpretativo autonomo rispetto alla regola dell'art. 1369 c.c. applicabile al contratto tra privati, secondo la quale “*le espressioni che possono avere più sensi devono, nel dubbio, essere intese nel senso più conveniente alla natura e all'oggetto del contratto*”. Difatti il riferimento alla “natura” e all'“oggetto” del contratto sembra suggerire l'idea che l'interpretazione deve rispettare la differenziazione di fattispecie contrattuali e l'applicazione ai provvedimenti amministrativi comporterebbe la differenziazione di interpretazione a seconda della *species* dell'atto (ablatorio, concessorio, sanzionatorio). Così che l'elemento finalistico invece di svolgere una ruolo di unificazione della disciplina interpretativa applicabile agli atti amministrativi contribuirebbe a specificarne i criteri interpretativi, questa l'opinione espressa da M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo cit.*, 299, nota 74.

R. LASCHENA, voce *Interpretazione: IV) Interpretazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, 2, ritiene che l'interprete, al pari dell'amministrazione agente, debba individuare, interpretare ed applicare la norma regolatrice del potere esercitato attraverso il provvedimento.

<sup>272</sup> A proposito della volontà espressa nell'atto amministrativo M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo cit.*, 205, richiama l'attenzione “*intorno alla volontà, per vedere quali caratteristiche di essa abbiano rilievo ai fini dell'interpretazione*” e “*intorno al modo con cui l'ordinamento giuridico disciplina l'uso dei mezzi intrinseci ed estrinseci nell'operazione interpretativa di questo atto giuridico*” (206). C. MARZUOLI, *L'interpretazione cit.*, 1560, risolve l'apparente contraddizione generata dall'applicazione di “*un sistema interpretativo predisposto per l'esercizio di una volontà libera (il contratto)*” a “*una volontà che è l'esatto contrario: non libera, ma vincolata (nel fine)*” attraverso l'esatta considerazione di tale distinzione a fini interpretativi. Difatti una “*decisione funzionale*” indica soltanto l'utilizzo di criteri interpretativi ulteriori, “*quelli che pongono il vincolo, rispetto a quelli utilizzabili per la decisione libera*”. Dunque non si tratta di una contraddizione determinata da incompatibilità, bensì “*di una diversa articolazione di regole in ordine ad un fenomeno che è il medesimo*” (1561).

marginale di discrezionalità dei soggetti pubblici in misura differente a seconda del modello di consensualità adottato dall'amministrazione agente.

La differenza non è di poco conto qualora consenta l'ingresso di criteri interpretativi riservati alla contrattazione di stampo privatistico e che accrescono il ruolo della volontà espressa, come vedremo.

La consensualità caratterizzata dalla finalità programmatica e organizzativa (articoli 15 l. 241/1990 e 34 d.lgs. 267/2000) difatti non consente di dare un rilievo interpretativo alla volontà del soggetto agente differente da quanto previsto per l'atto amministrativo unilaterale<sup>273</sup>.

La prevalenza accordata al significato che emerge dal dato letterale sugli altri criteri ermeneutici è garanzia di certezza, trasparenza e pubblicità dell'azione amministrativa, perciò gli ulteriori criteri interpretativi potranno avere solo una *“funzione integrativa, sussidiaria e comunque complementare”*<sup>274</sup>.

Dunque la flessibilità che caratterizza gli accordi fra pubbliche amministrazioni e che si traduce nella mancata tipizzazione di tutti gli aspetti, formali e sostanziali, è compensata (anche, ma non solo) dall'applicazione delle regole interpretative dell'atto amministrativo unilaterale idonee a coordinare la

---

<sup>273</sup> Per l'atto amministrativo unilaterale si veda R. VILLATA, *Interpretazione del provvedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, II, Bologna, 2005, vol. I, 886. Nello stesso senso, ma in relazione alla volontà espressa in un accordo si veda Tar Molise, Sez. I, 3 novembre 2009, n. 692, in *www.de-jure.it*.

<sup>274</sup> Tar Molise, Sez. I, 3 novembre 2009, n. 692, in *www.de-jure.it*.

La finalità tipica degli accordi di programma, consistente nella definizione di azioni coordinate e reciprocamente connesse al fine di realizzare interventi rilevanti per tutti i soggetti sottoscrittori, non consente di dare prevalenza alla qualificazione difforme che le parti offrono dell'atto in questione, sul punto di veda Consiglio di Stato, Sez. VI, 21 settembre 2006, n. 5565, in *www.dejure.it*, nella quale il Collegio, a proposito della definizione giuridica di una convenzione, afferma che essa *“si ispira”* all'accordo di programma poiché *“essa, ad avviso della sezione, costituisce anche nella sostanza un accordo di programma ai sensi del citato art. 27, in quanto stipulata per la definizione e l'attuazione di opere e di interventi che richiedono l'azione integrata e coordinata di due soggetti pubblici, al fine di coordinare le azioni e di determinare i vari momenti e gli adempimenti del procedimento”*. Precisa inoltre il giudice che *“il fatto che le parti hanno parlato di convenzione, anziché di accordo, è irrilevante”*.

Nello stesso senso si veda Consiglio di Stato, Sez. V, 19 ottobre 2011, n. 5627, pf. 3, in *www.de-jure.it*, che ritiene sussistente il vincolo di sinallagmaticità tra le prestazioni cui le parti si sono obbligate - il trasferimento delle risorse e il complesso dei servizi che la Provincia è tenuta ad espletare - in forza del dato testuale della clausola interpretata. Non rileva infatti la volontà della Provincia emersa anche dalla strategia difensiva adottata in sede processuale, poiché quest'ultima determina *“un trasferimento di risorse senza causa, ove - come accaduto - non è stato completato il livello dei servizi minimi”*.

formazione e manifestazione di volontà con il dettato normativo che disciplina il potere esercitato attraverso l'accordo<sup>275</sup>.

La consensualità infraprocedimentale diretta a definire il contenuto discrezionale del provvedimento finale o a sostituire quest'ultimo (accordi *ex art.* 11 legge 241/1990) comporta un vincolo giuridico per le parti che si colloca in un momento procedimentale differente rispetto al modello precedente con delle ricadute in termini di qualificazione del consenso prestato e quindi di criteri interpretativi utilizzabili.

Difatti l'ambito di discrezionalità previsto in capo alla pubblica amministrazione è già esaurito quando si svolge la fase di negoziazione con il privato e non pare irragionevole configurare la fase contrattuale quale momento (infra)procedimentale separato dalla elaborazione unilaterale dell'amministrazione (oggi richiesta ai sensi dell'art. 11, comma 4-*bis*), la quale è assoggettata alle regole interpretative esaminate a proposito dell'atto amministrativo unilaterale.

Il vincolo contrattuale che caratterizza la fase successiva che coinvolge il soggetto privato (si presume in termini esclusivamente positivi per quest'ultimo) pare limitato a quella parte dell'oggetto del procedimento nel quale si attenuano i profili pubblicistici, compresi e tendenzialmente risolti nell'atto unilaterale antecedente la stipulazione del negozio<sup>276</sup>.

---

<sup>275</sup> Il consenso non è l'elemento idoneo a legittimare l'applicazione delle norme del codice civile nella regolazione della questione interpretativa, essendo l'applicazione già pacificamente ammessa nell'attività interpretativa che interessa gli atti unilaterali con i temperamenti richiesti dall'esercizio del potere amministrativo. In tal senso si veda E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2013, 594; C. MARZUOLI, *L'interpretazione cit.*, 1531; R. VILLATA, *Interpretazione del provvedimento cit.*, 886. In giurisprudenza Consiglio di Stato, Sez. V, 5 settembre 2011, n. 4980, in *www.de-jure.it*; Consiglio di Stato, Sez. V, 21 dicembre 2012, n. 6615, in *www.de-jure.it*.

<sup>276</sup> L'interpretazione degli accordi *ex art.* 11 consente di dare un rilievo importante (anche) all'elemento della collocazione procedimentale. A tale proposito Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2636, in *www.dejure.it*, ritiene che l'accordo concluso in sede sindacale tra l'azienda richiedente la proroga del trattamento di cassa integrazione guadagni straordinaria per crisi aziendale, i rappresentanti sindacali e i rappresentanti del Ministero del lavoro e della previdenza sociale non possa essere annoverato tra gli accordi *ex art.* 11 legge 7 agosto 1990, n. 241 poiché sottoscritto prima dell'avvio del procedimento per la proroga della cassa integrazione guadagni straordinaria, il quale ha inizio con la presentazione della richiesta di integrazione salariale dell'imprenditore o degli organismi rappresentativi dei lavoratori.

Inoltre il Collegio rileva che la presenza dei rappresentanti dell'amministrazione in tale fase è volta solo "ad assicurare i migliori sforzi dell'amministrazione per la composizione del conflitto sociale originato dalla crisi aziendale", ma non comporta l'assunzione di obblighi procedimentali che

Il richiamo a “*i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili*” comporterebbe allora l’applicazione al contratto stipulato di tutte le regole interpretative di stampo privatistico compatibili con la struttura bilaterale così intesa<sup>277</sup>, e dunque anche di criteri esclusi nell’ipotesi di provvedimento amministrativo unilaterale<sup>278</sup>.

---

debbano essere assolti nel provvedimento finale “*poiché tali obblighi si assumono rispetto ad un procedimento già esistente, a fronte cioè di chiare e motivate istanze delle parti in un contraddittorio pieno e non rispetto a procedimenti ancora da avviare*”. Nel caso di specie il rappresentante che ha preso parte all’incontro non è competente all’adozione del provvedimento finale e non ha ricevuto alcuna delega alla sottoscrizione dell’accordo. Difatti dal verbale dell’accordo la non definitività degli impegni assunti dal Ministero viene dedotta dalla clausola “*salvo buon fine*” inserita nell’impegno dell’imprenditore di corresponsione del trattamento economico ai lavoratori.

Tali valutazioni consentono al giudice amministrativo di negare agli accordi in questione la qualificazione di accordo amministrativo ex art. 11 l. n. 241/1990.

Inoltre Consiglio di Stato, Sez. V, 20 marzo 2006, n. 1447, in *www.dejure.it*, pf. 4 non ritiene sussistente l’accordo ex art. 11, l. n. 241/1990 poiché non era ancora stato avviato l’iter procedimentale. Infatti l’adozione di atti consensuali con natura precontrattuale ha soltanto lo scopo di sancire la necessità di un comportamento trasparente e secondo buona fede, ma non comporta l’assunzione di vincoli giuridici specifici.

<sup>277</sup> TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 16 luglio 2009, n. 1504, in *www.de-jure.it*, nel giudizio promosso per far valere l’inadempimento a un piano di lottizzazione stipulato tra l’amministrazione comunale e la società di costruzioni, avente ad oggetto la realizzazione di opere di urbanizzazione primaria e la corresponsione in denaro del costo delle opere di urbanizzazione secondaria, il Collegio ha individuato l’esatto significato di alcune clausole della convenzione urbanistica attraverso l’applicazione dei criteri interpretativi del codice civile. In particolare si richiama il criterio dell’art. 1362, comma 2, che valorizza il comportamento complessivo delle parti anche successivo alla stipulazione e il criterio dell’interpretazione secondo buona fede dell’art. 1366. Me particolare rilievo assume l’applicazione dell’art. 1371 c.c. che prescrive di attribuire al contratto il “*senso meno gravoso per l’obbligato, se è a titolo gratuito, e nel senso che realizzi l’equo contemperamento degli interessi delle parti, se è a titolo oneroso*”. Quest’ultimo criterio infatti è considerato inapplicabile agli atti amministrativi unilaterali da M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo cit.*, 285-286, nota 61, in quanto risulta particolarmente difficile distinguere tra un atto a titolo gratuito e uno a titolo oneroso.

<sup>278</sup> Non tutte le regole che disciplinano i criteri di interpretazione dei contratti, contenute nel codice civile, possono trovare applicazione all’atto amministrativo unilaterale. In particolare come evidenziato da M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo cit.*, 285-286, nota 61, si deve escludere l’utilizzo del criterio interpretativo dell’art. 1365 c.c. secondo il quale quando l’atto contenga un caso che sia esemplificazione di una regola “*non si presumono esclusi i casi non espressi, rispetto ai quali, secondo ragione, può estendersi la stessa regola dei casi espressi*”; nell’ipotesi di attuazione di un provvedimento autoritativo questo assunto consentirebbe di superare in via interpretativa il principio di legalità cui devono sottostare i poteri amministrativi. Non è applicabile neppure la regola che prevede che “*le clausole ambigue s’interpretano secondo ciò che si pratica generalmente nel luogo in cui il contratto è stato concluso*”, art. 1368 c.c., comma 1, poiché comporterebbe l’introduzione regionali di elementi idonei a minare l’uniformità dei giudizi dei Tribunali amministrativi regionali.

*3. Le cause di invalidità dell'accordo: tra l'esercizio di poteri amministrativi e le implicazioni della scelta consensualistica*

L'accordo tra pubbliche amministrazioni è inquadrabile tra le modalità di esternazione del potere amministrativo che implicano la consensualità.

Le discipline della consensualità di stampo privatistico da una parte e di derivazione pubblicistica dall'altra divengono i possibili parametri normativi rispetto ai quali valutare la legittimità dell'accordo. E per chiarire in quale misura trovino applicazione la disciplina del codice civile relativa alla invalidità del contratto e la disciplina relativa ai vizi degli atti amministrativi è necessario compiere alcune precisazioni preliminari.

Innanzitutto è opportuno richiamare l'attenzione sulla decisione della pubblica amministrazione di avvalersi dello strumento di azione consensuale: essa rientra nell'ambito delle scelte consentite alla pubblica amministrazione, ovvero nella sfera di discrezionalità riservata al soggetto pubblico e per questo verificabile in relazione ad un parametro normativo precostituito, attraverso i vizi di illegittimità amministrativa.

La pubblica amministrazione decide di avvalersi dell'apporto di soggetti – privati e/o pubblici – poiché tale coinvolgimento garantisce, secondo un giudizio preventivo, un migliore soddisfacimento dell'interesse pubblico, nel rispetto delle esigenze del buon andamento dell'azione amministrativa.

Dal punto di vista delle controparti l'accordo è uno strumento che consente il soddisfacimento maggiore di interessi pubblici e/o privati in ragione del rapporto privilegiato che si instaura con l'amministrazione agente.

La scelta consensualistica inoltre crea una relazione tra le prestazioni assunte dalle parti, la quale da una parte non può essere inquadrata nel più riduttivo schema della corrispettività dei reciproci impegni, dall'altra impone una garanzia di proporzionalità tra le prestazioni assunte.

Tale bilanciamento è un assetto difficile da conseguire in ragione della particolare natura delle prestazioni assunte dalle parti pubbliche.

Infatti l'azione di una delle parti rappresenta un'utilità insostituibile per la controparte, e per la collettività intera, in virtù della esclusività delle prerogative riservate alla sfera pubblica dalla legge.

Dunque se la parte pubblica muta arbitrariamente il proprio intendimento di svolgere consensualmente l'azione amministrativa, ovvero senza che vi siano ragioni di pubblico interesse sopravvenute a motivare la scelta di agire in via unilaterale, tale comportamento è idoneo a cagionare una lesione soltanto nei confronti del soggetto destinatario dell'azione<sup>279</sup> - futuro contraente dell'amministrazione - poiché perde l'utilità conseguibile dal rapporto privilegiato con l'amministrazione<sup>280</sup>.

L'amministrazione viola infatti l'affidamento ingenerato nella controparte dalla fase preparatoria dell'accordo, assumendo un comportamento contrario al principio di buona fede e dunque censurabile secondo il regime pubblicistico perché viziato da eccesso di potere<sup>281</sup>.

La fase successiva alla conclusione dell'accordo prospetta ulteriori profili di criticità.

Difatti l'esercizio di prerogative esclusive da parte della pubblica amministrazione pone le parti dell'accordo in una posizione di disuguaglianza e questa è, tra le altre, una delle ragioni che non consente la piena assimilazione dell'accordo amministrativo al contratto di diritto privato.

La posizione di potenziale superiorità della pubblica amministrazione può dunque tradursi nella predisposizione di un regolamento di interessi eccessivamente gravoso per la controparte, attraverso la predisposizione di condizioni o clausole sproporzionate a fronte dell'emanazione di un provvedimento favorevole.

Ebbene nell'ipotesi sopra esposta l'ammissibilità della logica pubblicistica consente sicuramente una tutela più efficace di quanto sarebbe consentito dalla disciplina dell'abuso del diritto di matrice privatistica<sup>282</sup>.

---

<sup>279</sup> G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984, 263, identifica questa eventualità come un'ipotesi di abuso della situazione di potere della pubblica amministrazione.

<sup>280</sup> Qualora si tratti di soggetto pubblico la realizzazione unilaterale dell'azione che si intendeva svolgere in comune, potrebbe comportare una perdita in termini di efficienza ed economicità.

<sup>281</sup> G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche cit.*, 263; di diverso avviso F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, 259, ritiene che la buona fede non possa rientrare tra le figure sintomatiche del vizio di eccesso di potere, in quanto si tratta di "un parametro di giudizio che, come tutte le clausole generali, si presta, in un giudizio del tipo di quello attribuito al Consiglio di Stato, ad una verifica giudiziale per sintomi".

<sup>282</sup> Di contrario avviso è F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo. Contributo ad uno studio dei c.d. contratti di diritto pubblico*, Torino, 1952, L'A., pur ammettendo che il privato contraente della pubblica amministrazione riceve una tutela più efficace nei confronti

Difatti la contrattazione che sconfini nell'abuso dell'esercizio del potere attraverso l'imposizione di un sacrificio dell'interesse privato superiore a quello necessario alla realizzazione del pubblico interesse, configura un'azione amministrativa contraria al principio di proporzionalità e per questo viziata da eccesso di potere<sup>283</sup>.

In relazione agli accordi fra pubbliche amministrazioni l'eventuale invalidità è regolata dalla disciplina dei vizi dell'atto amministrativo unilaterale, la modalità consensuale infatti non può consentire l'ingresso della disciplina dei vizi del volere di stampo privatistico poiché rimane collocata all'interno dell'esercizio di un pubblico potere.

Se ne può trarre allora una prima conclusione. La definizione della controprestazione, da parte della pubblica amministrazione e della controparte, a fronte dell'azione pubblica implica un margine di discrezionalità che è sempre sottoposto ai criteri di legittimità e proporzionalità<sup>284</sup>.

Al pari dell'atto unilaterale inoltre l'accordo sarà inciso anche dall'ipotesi di invalidità derivata dai momenti antecedenti la sua perfezione (si pensi ai vizi del procedimento) o ancora dagli atti presupposti diretti alla perfezione dell'accordo, quali ad esempio gli atti unilaterali di adesione<sup>285</sup>.

Quanto agli accordi con i privati destinatari diretti alla definizione del contenuto finale del provvedimento o diretti alla sostituzione di quest'ultimo sono opportune ulteriori precisazioni.

---

“dell'amministrazione-autorità” che nell'ipotesi di accordo, ritiene che non si debba abbandonare l'impostazione privatistica dell'accordo.

<sup>283</sup> Il principio di proporzionalità inteso quale strumentalità dell'azione al fine stabilito dalla legge secondo D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2012, 109.

<sup>284</sup> In questo senso si veda G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984, 264.

<sup>285</sup> F. LEDDA, *Il problema del contratto cit.*, 156, in particolare sostiene la necessità di valutare i limiti entro cui i vizi relativi alla valutazione dell'interesse pubblico – “e riconducibili alla nozione di eccesso di potere” - possano incidere sulla validità del contratto. I limiti all'ingresso del vizio tipico dell'esercizio del potere amministrativo garantiscono che la tutela del pubblico interesse si arresti di fronte alla tutela dell'affidamento ingenerato da una disposizione impegnativa. L'A. precisa inoltre che dopo aver prestato il consenso, il privato potrà contestare la validità del contratto solo “quando risulti che la pattuizione verte su diritti indisponibili, o che il rapporto stabilito tra il provvedimento ed una prestazione del privato contrasta con principi o norme inderogabili” (158).



Difatti la determinazione antecedente la stipulazione dell'accordo consente di tenere distinti due momenti l'uno di determinazione unilaterale della pubblica amministrazione, l'altro consensuale, il quale a sua volta potrà collocarsi quale fase del procedimento ancora in corso oppure al termine di quest'ultimo.

Ebbene la composizione negoziale di interessi è delimitata dal precedente atto amministrativo poiché deve rispettare quanto in esso statuito, pena l'adozione di un accordo con un contenuto censurabile perché contraddittorio con la precedente determinazione<sup>286</sup>.

L'autonomia della fase negoziale rispetto alla fase "amministrativa" unilaterale ha suggerito una qualificazione delle volontà espresse dai soggetti, pubblico e privato, in termini di volontà regolata dal codice civile e in particolare dalle cause di invalidità del contratto, che possono concorrere con le patologie proprie dell'atto amministrativo<sup>287</sup>.

In particolare tale carattere è ben evidente nell'ipotesi di un accordo infraprocedimentale diretto a definire il contenuto del successivo provvedimento finale.

L'accordo infatti, a differenza dell'atto unilaterale della pubblica amministrazione, non è impugnabile di fronte al giudice amministrativo. Tuttavia l'accordo è censurabile attraverso l'applicazione della disciplina civilistica di invalidità e il relativo accertamento è idoneo a riverberarsi sul successivo

---

<sup>286</sup> Come ricorda anche P. GRAUSO, *Gli accordi della pubblica amministrazione con i privati*, Milano, 2007, 184, tale previsione "è dichiaratamente posta a presidio dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, e, come la delibera a contrarre nella procedura dell'evidenza pubblica ha la funzione di autorizzare l'organo rappresentativo ad impegnare contrattualmente l'ente, così essa ha la funzione di consentire che l'esercizio del potere amministrativo si sviluppi secondo il modulo consensuale dell'accordo con il privato, abbandonando del tutto il consueto schema dell'atto unilaterale imperativo, ovvero integrandolo con la negoziazione – vincolante – del contenuto discrezionale del provvedimento".

G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, 236, ritiene che questo istituto avvicini l'accordo amministrativo ai contratti ad evidenza pubblica, questi ultimi, secondo l'A., sono espressione della volontà della pubblica amministrazione quale manifestazione di autonomia privata e quindi l'invalidità dell'atto antecedente si riverbera sul contratto secondo il regime dettato per l'annullamento delle delibere delle persone giuridiche, ai sensi degli articoli 23, comma 2, e 25, comma 2, c.c. Gli accordi sostitutivi ed endoprocedimentali invece saranno soggetti alle norme procedurali, secondo le quali i vizi dell'atto antecedente viziano l'atto conclusivo (237).

<sup>287</sup> P. GRAUSO, *Gli accordi cit.*, 168, ritiene che le patologie del contratto idonee a sfociare nella nullità e nell'annullabilità concorrano con i vizi dell'atto amministrativo nell'ipotesi di accordi sostitutivi di provvedimento in ragione della clausola di compatibilità contenuta nell'art. 11, comma 2.

provvedimento finale, censurabile esclusivamente per i vizi dell'atto amministrativo<sup>288</sup>.

Il necessario coordinamento tra le invalidità che seguono differenti corsie processuali e colpiscono i due atti del medesimo procedimento sarebbe raggiunto mantenendo fermo il termine di sessanta giorni per l'impugnazione dell'atto finale, entro questo termine e nel relativo giudizio potranno verificarsi la sussistenza delle cause di nullità o annullabilità dell'accordo.

La soluzione rischia di perdere la propria chiarezza quando ammette la possibilità di rilevare i vizi dell'atto contrattuale anche per la pubblica amministrazione al fine di ottenere la rimozione dell'accordo, senza dover intervenire in autotutela sul provvedimento finale; in tal caso l'amministrazione agisce per far dichiarare la nullità o l'annullamento del contratto stipulato, i quali si trasmetteranno sull'atto finale che la stessa amministrazione ha adottato.

In conclusione il vincolo giuridico che sorge da un tipo di contrattazione fra pubbliche amministrazioni (e aperto anche alla presenza di privati) si concentra sulla programmazione dell'azione amministrativa ed include, tra le altre cose, l'adozione di atti amministrativi, senza però che sorga alcun obbligo in merito al contenuto, se non espressamente previsto<sup>289</sup>: la disciplina della validità in questo caso coincide con quanto previsto per l'atto unilaterale.

Gli accordi integrativi e sostitutivi del provvedimento, invece, determinano un vincolo che pare più vicino alla logica privatistica in ragione della separazione dei due momenti unilaterale da una parte e negoziale dall'altra; e ciò consente una maggiore apertura alla disciplina dell'invalidità della contrattazione privatistica<sup>290</sup>.

---

<sup>288</sup> P. GRAUSO, *Gli accordi cit.*, 181, gli accordi infraprocedimentali sono soggetti alla medesima disciplina degli accordi sostitutivi, ma, a differenza dei secondi, non possono essere impugnati autonomamente per far valere i vizi dell'atto amministrativo, non contenendo una statuizione definitiva del procedimento nel quale si inseriscono.

<sup>289</sup> *“Pertanto, laddove l'attuazione di un accordo di programma comporti, tra l'altro, anche l'adozione di atti amministrativi, l'amministrazione sarà bensì “vincolata” ad adottarli (nel senso civilistico sopra precisato), ma non per questo tali atti saranno necessariamente e sempre “vincolati”, ossia caratterizzati dall'assenza di ogni margine di discrezionalità, ben potendo residuare in capo al soggetto pubblico facoltà di scelta anche ampie in ordine a tempi, modalità e cadenza della loro adozione”*, Consiglio di Stato, Sez. IV, 2008, n. 1238, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), pf. 3.1.

<sup>290</sup> Nell'ipotesi di accordo di programma Consiglio di Stato, Sez. IV, 21 novembre 2005, n. 6467, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2005, 3270, afferma che l'accordo è approvato con atto formale del

### 3.1 La posizione dei terzi lesi dall'accordo

L'attività consensuale di natura pubblicistica non esclude la rilevanza giuridica dell'interesse del soggetto terzo, ovvero del soggetto estraneo all'accordo ma interessato nella misura in cui la propria situazione è incisa dagli effetti dell'accordo stesso<sup>291</sup>.

Dunque il consenso delle parti determina un regolamento di interessi i quali in parte sono distribuiti in capo ai soggetti sottoscrittori e in parte risiedono nella sfera giuridica di soggetti altri.

Questi ultimi sono titolari di una posizione soggettiva conseguente all'esercizio del potere amministrativo e dunque la qualifica di tale posizione risente della qualità – discrezionale o vincolata - del potere esercitato.

---

Presidente della Regione o della Provincia (comma 4, art. 34, d.lgs. 267/2000) e che, ove esso comporti variazione degli strumenti urbanistici, l'adesione del sindaco allo stesso deve essere ratificata dal consiglio comunale entro trenta giorni a pena di decadenza (comma 5 dello stesso articolo). Ciò significa che il termine per impugnare l'accordo decorre dalla pubblicazione della delibera consiliare, poiché *“l'accordo va comunque direttamente impugnato, non essendo sufficiente l'impugnativa della sola delibera consiliare, la quale non ha autonoma portata lesiva”*.

Quanto agli accordi sostitutivi e procedimentali dell'art. 11 un'opinione diversa da quella esposta nel testo è presente in C. MAVIGLIA, *Accordi con l'amministrazione pubblica e disciplina del rapporto*, Milano, 2002, 113. L'A. reputa applicabile la disciplina dei vizi dell'atto amministrativo all'atto unilaterale del soggetto pubblico che costituisce, insieme ad altro atto unilaterale, l'accordo. G. GRECO, *Accordi amministrativi cit.*, 229, ritiene l'applicazione della disciplina civilistica complementare e integrativa rispetto a quella di diritto amministrativo nei limiti dei profili non coperti da quest'ultima. Ritiene applicabile le norme sulle condizioni generali di contratto (art. 1341 c.c.), sull'integrazione automatica del contratto quando si tratti di elementi imposti dalla legge (art. 1339 c.c.), sui vizi del consenso ma solo per la parte privata (art. 1427 c.c. e ss.).

<sup>291</sup> L'idoneità dell'accordo a produrre effetti oltre la sfera giuridica delle parti che hanno prestato il consenso è uno degli elementi che non consentono l'equiparazione al modello consensualistico di stampo privatistico, il quale invece è sottoposto al principio secondo il quale *“il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge”*, art. 1372, comma 2, c.c.

La previsione normativa dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990, comma 1, prescrivendo che gli accordi si concludono *“senza pregiudizio dei diritti dei terzi”* non intende negare l'opponibilità di tali accordi ai terzi, bensì mira a scongiurare invasioni arbitrarie della sfera dei terzi da parte delle amministrazioni. Sempre secondo B. CAVALLO *Accordi e procedimento amministrativo*, in *Procedimento amministrativo e diritto di accesso (l. 7 agosto 1990, n. 241)* a cura di B. Cavallo, Napoli, 1993, 80, infatti il termine *“diritti”* ha una valenza più ampia, *“ragionevolmente non limitabile alle situazioni soggettive nominalmente corrispondenti”*.

Dunque la regola della relatività degli effetti dell'accordo riguarda l'efficacia diretta, ma non incide sull'efficacia riflessa, e cioè sulla rilevanza esterna dell'accordo idonea ad incidere nella sfera giuridica dei terzi, secondo TAR Lombardia, Brescia, 29 settembre 2005, n. 903, in *www.dejure.it*, pf. 1.2.

Sicuramente i terzi interessati agli effetti dell'accordo possono ottenere una forma di tutela anche a seguito di un'azione amministrativa di natura consensuale, dal momento che, in qualità di controinteressati, avrebbero potuto ottenerla nell'ipotesi di azione unilaterale della pubblica amministrazione. E l'interrogativo su quale sia tale forma di tutela dipende dalla qualifica della posizione soggettiva del terzo.

Sebbene esista una previsione che riserva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie concernenti la *“formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo e degli accordi fra pubbliche amministrazioni”*, si pongono due ordini di questioni.

Innanzitutto è opportuno chiarire se le controversie intentate dal terzo rientrano nella formulazione della norma che prevede la giurisdizione esclusiva e in secondo luogo quale sia la posizione soggettiva della quale il terzo chiede tutela.

Difatti se la giurisdizione esclusiva sussiste sicuramente nelle controversie tra le parti che hanno sottoscritto l'accordo e concernenti le questioni espressamente contemplate dalla norma<sup>292</sup>, il terzo invece si pone al di fuori dell'accordo e per tale motivo si ritiene che le controversie che lo interessano non possano rientrare nella previsione della giurisdizione esclusiva<sup>293</sup>.

Proprio tale assunto rende indispensabile l'indagine sulla qualità delle posizioni giuridiche prefigurabili al fine di determinare la forma di tutela giudiziale<sup>294</sup>, così superando la posizione più risalente per cui la riconduzione alla

---

<sup>292</sup> Oggi art. 133, comma 1, lett. a), n. 2, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

<sup>293</sup> Secondo l'opinione di E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992, 134, *“i terzi i cui interessi sono stati lesi potranno adire sempre il giudice amministrativo nell'ambito dell'ordinaria giurisdizione di annullamento”*; così anche G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001, 145. Di contrario avviso G. PERICU, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, II, Bologna, 2005, 326, ritiene che *“la riserva di giurisdizione non operi soltanto per le parti dell'accordo, ma abbia ad oggetto ogni momento dell'accordo stesso. Non si spiegherebbe, altrimenti, perché il legislatore abbia in modo dettagliato fatto riferimento ai diversi momenti della formazione e della conclusione dell'accordo”*.

Dello stesso avviso è la Cassazione civile, Sez. Un., 3 marzo 1994, n. 2084, in *www.dejure.it*. Difatti nell'ipotesi in cui il terzo domandi *“l'accertamento delle inadempienze convenzionali [ ... ] e la declaratoria dell'obbligo di entrambe di provvedere in conseguenza”* si tratta di questioni inerenti gli aspetti esecutivi dell'accordo e dunque rientranti nell'ambito della giurisdizione esclusiva.

<sup>294</sup> A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 58, spiega che l'assegnazione alla giurisdizione amministrativa per materia svaluta il criterio fondato sulla qualificazione della posizione soggettiva di cui si chiede tutela, ma *“nasconde gravi*

competenza esclusiva del giudice amministrativo comportava l'irrelevanza della definizione della posizione del terzo<sup>295</sup>.

Venendo quindi alla seconda questione relativa alla definizione delle posizioni soggettive configurabili, si può rilevare che il terzo può subire una lesione dalla regolazione di interessi contenuta nell'accordo alla definizione della quale non ha potuto contribuire attivamente<sup>296</sup>. Così il terzo si trova di fronte all'esercizio di un potere pubblicistico connotato da un diverso grado di discrezionalità - che si sviluppa dalla determinazione di agire consensualmente fino alla definizione del contenuto dell'accordo.

Il terzo può quindi trovare tutela attraverso l'impugnazione dell'accordo - e del presupposto atto di adesione<sup>297</sup> - essendo legittimato a richiederne l'annullamento di fronte al giudice amministrativo, ma - la precisazione è opportuna - non in sede di giurisdizione esclusiva, bensì in sede di giurisdizione di legittimità, vedendosi garantita la tutela degli interessi legittimi.

Potrebbe anche verificarsi, con frequenza forse superiore all'ipotesi precedente, che il terzo sia invece interessato - legittimamente - all'esecuzione dell'accordo e dunque chieda che venga censurata la mancata esecuzione dello stesso<sup>298</sup>.

---

*insidie per l'effettività della tutela, nella misura almeno in cui si risolve nell'affidare ad un giudice situazioni soggettive per la cui tutela questi non disponga (tradizionalmente) di strumenti adeguati".* Le situazioni soggettive dunque determinano una corrispondenza non con un tipo o l'altro di giudice ma con le diverse forme di tutela.

<sup>295</sup> Secondo V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, 1988, 60, "il ruolo delle situazioni soggettive [ ... ] non può non passare in secondo piano, riportandosi sotto la luce del processo la lesione prodotta dall'amministrazione nell'intera e complessa vicenda intercorrente fra potere amministrativo e pretese dei cittadini".

In giurisprudenza si veda Cassazione civile, Sez. Un., 3 marzo 1994, n. 2084, in *www.dejure.it*, afferma la sussistenza della giurisdizione esclusiva anche nell'ipotesi di controversia proposta dal terzo.

<sup>296</sup> Salva l'ipotesi in cui il responsabile del procedimento non abbia ritenuto opportuno il coinvolgimento agli incontri preparatori - separatamente o contestualmente alle parti - dei terzi controinteressati, secondo quanto prevede l'art. 11, comma 1-bis, della legge n. 241 del 1990.

<sup>297</sup> L'annullamento dell'atto di adesione, a seguito della dichiarazione di illegittimità, determina la caducazione dell'intero accordo per nullità di quest'ultimo, esattamente come accade nei contratti di appalto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, secondo S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contratti e accordi di diritto pubblico*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, a cura di V. Cerulli Irelli, 114.

<sup>298</sup> Cassazione civile, Sez. Un., 4 gennaio 1995, n. 91, in *www.dejure.it*, si pronuncia su un regolamento di giurisdizione promosso nei confronti dell'ordinanza del Sindaco con la quale si è

Questa evenienza ha suscitato il dubbio circa la configurabilità in capo al terzo della posizione di diritto soggettivo, originata dalla considerazione della consensualità dell'azione pubblica in chiave civilistica e in quanto tale idonea a creare posizioni di diritto all'esecuzione della prestazione dedotta in contratto<sup>299</sup>.

Tuttavia se il vincolo creato dall'accordo è equiparato al contratto tra privati, si ammetterebbe la formazione di posizioni di diritto e obbligo in capo al terzo in ragione della sola scelta dell'agire consensuale e ciò sembra tralasciare la rilevanza della qualità del potere esercitato.

Infatti l'estraneità della posizione del terzo all'accordo e l'idoneità a subire la sola efficacia riflessa, ma non quella diretta, paiono deporre a sfavore della ricostruzione sopra esposta.

Il terzo può essere titolare di un diritto soggettivo inciso dall'accordo, ma non si tratta di una posizione soggettiva derivante dall'accordo stesso. Difatti l'eventuale lesione avviene non in ragione dell'esercizio di un pubblico potere bensì in conseguenza di una violazione del generale principio del *neminem ledere*.

Ciò spiega perché in tal caso rimane ferma la giurisdizione del giudice ordinario<sup>300</sup>.

---

disposta la sospensione della precedente ordinanza sindacale di approvazione dell'accordo di programma, da parte di privati interessati all'esecuzione delle opere ricomprese nell'accordo di programma medesimo. Dovendo ricostruire la posizione soggettiva dei ricorrenti, il Collegio precisa che la posizione soggettiva è identificata in relazione all'atto consensuale e non in ragione dei successivi atti convenzionali e concessori adottati in esecuzione dell'accordo stesso. Dunque, trattandosi di esercizio di poteri pubblicistici attraverso lo strumento dell'accordo di programma, i soggetti controinteressati, in qualità di proprietari delle aree interessate dall'accordo, saranno titolari di diritti affievoliti e di posizioni di interesse legittimo: *“è evidente che non può trattarsi di una posizione di diritto soggettivo, perché ciò equivarrebbe a sostenere che quei privati hanno il diritto soggettivo pieno a vedere attuato l'accordo, nei termini inderogabili in cui è stato stipulato, in guisa che le Amministrazioni che l'hanno stipulato non possano mai più modificarlo”*.

<sup>299</sup> G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001, 144, ritiene che *“la categoria del diritto soggettivo si è da tempo dimostrata ben più duttile di quanto generalmente si pensi”*.

<sup>300</sup> Secondo TAR Lombardia, Brescia, 29 settembre 2005, n. 903, in *www.dejure.it*, pf. 1.2 la formula secondo cui l'accordo è concluso «senza pregiudizio dei diritti dei terzi» significa soltanto escludere che con l'accordo si possano produrre arbitrarie invasioni della sfera giuridica del terzo e perciò rappresenta il corollario del principio di relatività del contratto estensibile agli accordi. Il terzo infatti può subire pregiudizi dall'efficacia riflessa, avente rilevanza esterna, dell'accordo.

Le controversie instaurate dal terzo dunque seguiranno l'ordinario riparto di giurisdizione che si fonda sulla qualifica della posizione soggettiva fatta valere *“avendo pertanto riguardo alla intrinseca consistenza della situazione soggettiva dedotta in giudizio, in relazione alla reale tutela accordata dall'ordinamento, prescindendo dalla prospettazione fattane dalle parti in giudizio”*

Invece nella diversa ipotesi in cui il terzo sia legato alle sorti dell'accordo non può non ammettersi la presenza di una posizione di interesse legittimo in ragione dell'esercizio di un potere della pubblica amministrazione che è - in origine, ma tale resta anche a seguito della scelta consensualistica – discrezionale.

A favore di tale ricostruzione si ricorda che la disposizione che impone la motivazione degli accordi rappresenta una forma di esternazione delle ragioni pubbliche che potrebbe apparire ridondante in relazione alla posizione dei contraenti, i quali presumibilmente partecipano ai lavori preparatori, ma assume rilevanza essenziale nella tutela delle posizioni dei terzi<sup>301</sup>.

#### 4. L'annullamento d'ufficio

La possibilità di esercizio della facoltà di agire in autotutela da parte della pubblica amministrazione attraverso l'annullamento d'ufficio dell'atto affetto da vizi di legittimità richiede dei chiarimenti di carattere sostanziale e formale qualora l'azione amministrativa sia esercitata attraverso il modulo consensuale.

Difatti l'annullamento comporta l'esercizio di una funzione di amministrazione attiva rivolta alla tutela di un interesse pubblico ed è per questo soggetta ai presupposti posti dalla legge che sono l'illegittimità del provvedimento e le ragioni di pubblico interesse<sup>302</sup>.

---

secondo quanto affermato anche da Tar Lombardia, Brescia, 29 dicembre 2000, n. 1079, in *www.de-jure.it*.

<sup>301</sup> Art. 11, comma 2, legge 7 agosto 1990, n. 241.

<sup>302</sup> E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2013, 633, la valutazione della conformità dell'annullamento all'interesse pubblico è effettuata tenendo conto “*degli interessi nel frattempo sorti sia in capo ai destinatari dell'atto, sia in capo ai controinteressati*”.

“*La motivazione necessaria relativamente all'affermazione dell'interesse pubblico, infatti, appare svolgere una funzione essenziale di raccordo tra l'elemento costituito dall'interesse dell'amministrazione pubblica che viene invocato al momento di esercitare il potere di annullamento e l'elemento che si identifica nelle situazioni dei soggetti, direttamente o indirettamente, coinvolti dagli effetti dell'atto che si vuole annullare*”, S. STAMMATI, *La revoca degli atti amministrativi. Struttura e limiti: linee dell'evoluzione, con una parentesi sull'annullamento d'ufficio*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet, II Amministrazione e garanzie*, Milano, 1987, 628. P. GRAUSO, *Gli accordi della pubblica amministrazione con i privati*, Milano, 2007, 217, le ragioni di pubblico interesse devono essere differenti dall'interesse al ripristino della legalità violata.

La garanzia della tutela dell'affidamento generato dal provvedimento che si intende annullare è assicurata dalla previsione normativa che stabilisce anche un termine ragionevole entro il quale fare valere l'illegittimità<sup>303</sup>.

La compatibilità dei poteri di autotutela con la stipulazione dell'accordo da una parte non dovrebbe essere messa in dubbio laddove si affermi che attraverso l'accordo si eserciti una funzione pubblica<sup>304</sup>; ma dall'altra dovrebbe invece escludersi poiché equivarrebbe ad ammettere la facoltà di disporre in via unilaterale di un atto bilaterale, e dunque di consentire a un soggetto dell'ordinamento giuridico, non investito della funzione giurisdizionale, di annullare un atto contenente anche l'altrui manifestazione di volontà.

Entrambe le soluzioni contengono del vero e del falso e perciò è opportuno fare alcune precisazioni.

La pubblica amministrazione che intenda far valere l'illegittimità di un accordo da essa sottoscritto non potrà adottare un atto idoneo ad incidere sull'accordo bilaterale che involge il consenso della controparte, la quale potrebbe essere anch'essa una pubblica amministrazione.

Difatti la consensualità che coinvolge la pubblica amministrazione è interessata da un momento unilaterale di determinazione (positivizzato all'art. 11, comma 4-*bis*) che potrà essere oggetto di annullamento in autotutela qualora risultino sussistenti le condizioni previste dall'art. 21-*nonies*<sup>305</sup>.

La caducazione dell'atto antecedente è destinata a riverberarsi sull'accordo secondo la regola dell'invalidità derivata, la quale potrà essere fatta valere in sede di giurisdizione esclusiva anche dai terzi controinteressati all'accordo.

---

<sup>303</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, fasc. 4, 2005, 847, precisa che l'interesse al mantenimento dell'atto favorevole al destinatario "non assume l'autonoma consistenza che gli è attribuita dalla teoria della tutela pubblicistica dell'affidamento", ma rileva quale elemento della situazione complessiva che l'amministrazione deve valutare nell'esercizio del potere discrezionale di rimozione degli atti illegittimi.

<sup>304</sup> "Proprio la mancanza di una disciplina derogatoria dettata dall'art. 11 consente, infatti, l'applicabilità dell'annullamento d'ufficio, in quanto istituto tipico dello "statuto" dell'atto amministrativo", G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, 250. Nello stesso senso V. CERULLI IRELLI, *Il negozio come strumento di azione amministrativa*, in *www.giustamm.it*, 10. In giurisprudenza Tar Toscana, Sez. II, 30 dicembre 2011, n. 2077, in *www.de-jure.it*, pf. 5.2.

<sup>305</sup> Tar Campania, Napoli, Sez. I, 1 luglio 2008, n. 6513, in *www.de-jure.it*, precisa che l'annullamento travolge esclusivamente la delibera a contrarre.



Il medesimo effetto di trasferimento dell'invalidità dall'atto unilaterale all'atto bilaterale può rinvenirsi a proposito dei contratti di diritto privato soggetti alle procedure ad evidenza pubblica<sup>306</sup>, e anche in questo caso l'invalidità derivata del successivo negozio è conosciuta dal giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva<sup>307</sup>.

#### 5. *Inosservanza alle statuizioni contenute nell'accordo e posizioni giuridiche soggettive*

La necessità di dare risposta al quesito inerente le conseguenze giuridiche che si possono verificare in capo alle parti contraenti in caso di inadempimento della controparte impone delle precisazioni preliminari in ordine alla tipologia di inosservanza e alle posizioni soggettive originate dal vincolo degli accordi.

Innanzitutto è necessario precisare che il mancato rispetto dell'accordo di cui si tratta non è motivato da ragioni di pubblico interesse sopravvenute fatte valere con un apposito provvedimento amministrativo<sup>308</sup>.

---

<sup>306</sup> G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, 251, l'annullamento d'ufficio è espressamente previsto in relazione al provvedimento di aggiudicazione definitiva nella procedura ad evidenza pubblica, per questo motivo "non potrà essere negata la sua presenza anche agli accordi ex art. 11, che presentano un più spiccato connotato pubblicistico". Consiglio di Stato, Sez. V, 18 ottobre 2001, n. 5516, in *www.de-jure.it*, chiarisce che l'atto di aggiudicazione conclude il procedimento amministrativo di individuazione del contraente e contiene la manifestazione di volontà dell'amministrazione di concludere il contratto, ma non per questo si può escludere "la possibilità per l'amministrazione di procedere, con atto successivo, adeguatamente motivato con richiamo ad un preciso e concreto interesse pubblico, alla revoca d'ufficio ovvero alla non approvazione del relativo verbale".

<sup>307</sup> La statuizione è contenuta nell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, 1 marzo 2006, n. 4508, in *www.de-jure.it*, poiché l'invalidità che si accerta non afferisce alla fase di esecuzione del contratto, ma è conseguenza dell'esercizio del potere di annullamento in autotutela, avente ad oggetto gli atti del procedimento di gara.

Peraltro anche in materia di contratti di diritto privato della pubblica amministrazione è disposta la giurisdizione esclusiva nell'ipotesi di impugnazione degli atti della procedura di evidenza pubblica, ai sensi dell'art. 120, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104. Inoltre la pronuncia di annullamento dell'aggiudicazione definitiva consente allo stesso giudice di conoscere dell'efficacia del contratto secondo quanto disposto dagli articoli 121 e seguenti c.p.a.

<sup>308</sup> Infatti qualora si tratti di ragioni di pubblico interesse sopravvenute rispetto alla stipulazione dell'accordo è consentito alla pubblica amministrazione compiere una valutazione sulla opportunità di eseguire quanto statuito nell'accordo e di sottrarsi al vincolo consensualistico attraverso il recesso, istituto che è retto da una diversa logica e per questo genera altri problemi, come si è tentato di spiegare nel capitolo II, § 6.

Ciò che rileva in questa sede è l'inadempimento della parte pubblica, inteso come mancata esecuzione dell'accordo. Detto inadempimento ha un rilievo particolare sulle posizioni sostanziali delle controparti dal momento che configura un comportamento non conforme a quanto determinato nell'accordo concluso, si ricorda, rispettando le prescrizioni di legge e, in ragione di ciò, si può affermare che la pubblica amministrazione adotta un comportamento contrario al diritto.

Un secondo ordine di precisazioni concerne la verifica delle posizioni soggettive sorte dall'accordo e dunque lese dal mancato adempimento di una delle parti.

Difatti, in considerazione della posizione soggettiva violata, è possibile ricostruire l'entità (il valore da attribuire all') dell'inadempimento e le possibili reazioni processuali a fronte di quest'ultimo.

A tal fine è opportuno richiamare quello che è stato individuato come un primo punto fermo della presente analisi in merito all'oggetto degli accordi amministrativi. Come si è cercato di dimostrare nel precedente § 3 del capitolo II, l'oggetto degli accordi è costituito dall'esercizio di un potere amministrativo, ovvero di un potere sottoposto al rispetto del principio di legalità.

Proprio tale assunto di partenza aveva condotto alla formulazione della teoria del c.d. "doppio grado" in base alla quale è possibile individuare due rapporti all'interno della sequenza procedimentale interessata dall'accordo.

Il primo è originato dal provvedimento con il quale la pubblica amministrazione dispone dell'oggetto pubblico, ovvero esercita un potere pubblicistico a fronte di una posizione soggettiva di interesse legittimo.

Il secondo rapporto, accessivo al primo, regola gli aspetti patrimoniali tra le parti e dunque è retto dalla logica contrattuale, generando conseguentemente posizioni di diritto e di obbligo<sup>309</sup>.

---

<sup>309</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, vol. II, 429.

Come ricorda E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico. Tra amministrazioni e privati*, Milano, 1996, 11, la concezione a doppio grado ebbe l'indiscusso merito di ridimensionare le tendenze pan-pubblicistiche delle costruzioni unilateralistiche, secondo le quali il vincolo contrattuale non aveva alcuna rilevanza, se non formale, nella produzione di effetti che scaturivano solo dall'atto della pubblica amministrazione. Le conseguenze negative di questa impostazione si manifestavano sul piano della rilevanza e della tutela degli interessi dei privati.

Difatti tale distinzione consente di "lavorare con categorie giuridiche il più possibile semplici, chiare e distinte", ovvero da una parte provvedimento amministrativo – posizione di interesse

Dunque i due atti – il provvedimento amministrativo e il contratto civilistico – dovrebbero configurarsi come atti autonomi e sottoposti a regimi giuridici differenti, rispettivamente di diritto pubblico e di diritto privato, poiché sono l’uno espressione della discrezionalità amministrativa, l’altro della autonomia privata.

Tuttavia non mancano posizioni in dottrina che ritengono i due momenti intimamente connessi e condizionati l’uno all’altro: in particolare si ritiene che il provvedimento amministrativo “*non svolge altra funzione che quella di legittimare il preteso contratto privatistico, [...] ma che d’altronde il preteso contratto privatistico non ha nessuna autonoma capacità di disciplinare il rapporto a prescindere dal preteso provvedimento – senza il quale, o dopo il venir meno del quale, esso, privatisticamente considerato, è semplicemente nullo*”<sup>310</sup>.

Tale critica consente infatti di rinunciare al concetto dell’autonomia privata applicata alla pubblica amministrazione, laddove manchino le caratteristiche della stessa, e di rinunciare alla logica provvedimentale laddove nella prassi si attua un procedimento che termina con l’adesione a un contratto<sup>311</sup>.

Il progressivo abbandono di tale impostazione è stato determinato dalla mutata considerazione dell’oggetto deducibile negli accordi, ovvero di ciò che si intende con l’espressione *potere amministrativo*.

Difatti l’aver posto prioritaria attenzione al carattere funzionale dell’azione amministrativa<sup>312</sup> ha prodotto come conseguenza la conciliabilità con la logica contrattuale. Laddove per logica contrattuale deve intendersi la capacità di formulare

---

legittimo – giurisdizione del giudice amministrativo e dall’altra convenzione – posizioni di diritto e di obbligo – giurisdizione del giudice ordinario, come affermato da G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche cit.*, 302.

<sup>310</sup> G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche cit.*, 299 precisa che il rapporto non si costituisce prima del contratto, in ragione della sussistenza del solo provvedimento, ma nemmeno dopo la giuridica esistenza del contratto esso è interamente disciplinato dal contratto stesso. Il rapporto infatti sorge quando “*la decisione discrezionale della pubblica amministrazione si integra nella disciplina convenzionale*”.

<sup>311</sup> G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche cit.*, 303.

<sup>312</sup> La centralità del carattere funzionale è emersa in particolare negli studi di F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. Dir. pubbl.*, 1951, 1; ID., *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 123. In seguito PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, I, Milano, 1962, 429; ID., *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 65; U. ALLEGRETTI, *L’imparzialità amministrativa*, Padova, 1965; MODUGNO, *Funzione*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1969; G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche cit.*, 226; G. MARONGIU, *Funzione amministrativa*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, 1; D. SORACE e C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, 1989, 281.

una propria manifestazione di volontà considerando le posizioni (interessi) di un altro soggetto, il quale assume una posizione rilevante in quanto sarà inciso dalla determinazione stessa.

La logica contrattuale implica cioè una dose di negoziabilità che è ravvisabile anche nell'azione unilaterale della pubblica amministrazione nella misura in cui considera gli interessi rilevanti attraverso gli istituti della partecipazione.

E la considerazione di posizioni “altre” rappresenta la migliore opzione per realizzare nel modo più intenso possibile il fine cui deve tendere l'azione amministrativa<sup>313</sup>.

Dunque non stupisce che nella fase patologica dell'accordo, determinata dalla crisi di cooperazione, si verifichi la compresenza dei principi che regolano la consensualità nel diritto comune e dei principi che regolano la specialità del diritto amministrativo.

### 5.1 *Segue: le prestazioni non adempiute e le azioni esperibili*

L'inadempimento delle prestazioni dedotte nell'accordo determina, in capo alla controparte, la possibilità giuridica di tutelare il proprio interesse all'adempimento in sede processuale.

Nell'ipotesi di accordi tra e con le pubbliche amministrazioni la sede processuale esclusiva è riservata al giudice amministrativo per tutte le controversie relative alla “*formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo e degli accordi fra pubbliche amministrazioni*”<sup>314</sup>.

La previsione della giurisdizione esclusiva conferma la complessità dell'intreccio tra posizioni di diritto soggettivo e di interesse legittimo derivanti dalla fase consensuale.

---

<sup>313</sup> C. MARZUOLI, *Accordi di programma cit.*, 442.

<sup>314</sup> Così dispone l'art. 133, comma 1, lett. a), n. 2) del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104. Prima di tale decreto la previsione era contenuta nella legge 7 agosto 1990, n. 241, all'art. 11, comma 5, richiamato dall'art. 15, comma 2.

Tuttavia l'individuazione di quali azioni esperire consente di attingere alla disciplina civilistica in tema di inadempimento contrattuale, con le cautele imposte dalle particolarità dell'attività amministrativa.

Secondo la disciplina del codice civile la condanna all'adempimento è alternativa alla tutela costitutiva diretta alla risoluzione del contratto per inadempimento, ferma restando la possibilità di richiedere il risarcimento dei danni<sup>315</sup>.

### 5.1.1 *La condanna all'adempimento: tutela dichiarativa e costitutiva.*

L'azione di condanna all'adempimento garantisce l'interesse della controparte a vedere soddisfatta la propria pretesa all'azione amministrativa, così come concordata.

Oggi la vigenza nel processo amministrativo del principio della generalità e atipicità della tutela di condanna è agevolmente sostenibile in relazione agli ultimi sviluppi della disciplina del processo amministrativo, e in particolare all'art. 34, comma 1, lett. c), d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

La specifica azione di condanna all'adempimento, dotata di una componente di accertamento (tutela dichiarativa) e una di condanna a un *facere* (tutela costitutiva), invece è stata espunta dal novero delle azioni giudiziarie disciplinate in via generale dal codice del processo amministrativo, benché il suo inserimento sia stato proposto durante i lavori di redazione del codice<sup>316</sup>.

Tale carenza è stata in passato superata da un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 34, lett. c), che consentiva al giudice di adottare *“misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio”*,

---

<sup>315</sup> Prescrive l'art. 1453 del c.c. *“Risolubilità del contratto per inadempimento – Nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno.*

*La risoluzione può essere domandata anche quando il giudizio è stato promosso per ottenere l'adempimento; ma non può più chiedersi l'adempimento quando è stata domandata la risoluzione.*

*Dalla data della domanda di risoluzione l'inadempiente non può più adempiere la propria obbligazione.”*

<sup>316</sup> Come riportato da R. GISONDI, *La disciplina delle azioni di condanna nel nuovo codice del processo amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

ovvero una condanna ad un *facere* specifico e non limitata al solo adempimento di obblighi patrimoniali<sup>317</sup>.

Il percorso argomentativo antecedente alla riforma aveva condotto ad utilizzare la disciplina processuale predisposta nei confronti del silenzio-inadempimento per tutelare posizioni soggettive che manifestavano punti di contatto con la pretesa del destinatario ad ottenere un provvedimento espresso, anche se sfavorevole, da parte dell'amministrazione agente.

Infatti dal punto di vista sostanziale la posizione soggettiva tutelata dalla condanna all'adempimento coincide con l'interesse legittimo pretensivo nei confronti dell'attività amministrativa ampliativa; nell'ipotesi specifica degli accordi, inoltre, tra la previsione di legge che attribuisce il potere e l'esercizio del potere stesso (attraverso un provvedimento o, nella fase patologica, un inadempimento) si colloca l'atto di adesione dell'amministrazione inadempiente.

Nella prima ipotesi l'interessato, di fronte all'inerzia protratta oltre la scadenza del termine per provvedere, ha la facoltà di proporre un'azione giudiziaria che consente di ottenere una sentenza di accertamento dell'obbligo della pubblica amministrazione di provvedere ed, eventualmente, una pronuncia di condanna all'adempimento, ovvero all'adozione di un provvedimento espresso con un contenuto determinato dalla pronuncia del giudice sulla fondatezza della pretesa vantata<sup>318</sup>.

Oggi l'acquisizione del potere di statuizione sulla fondatezza della pretesa di carattere amministrativo da parte del giudice pare avere trovato un chiaro assenso legislativo nell'art. 34, lett. c), c.p.a., il quale, a seguito del recente intervento normativo<sup>319</sup>, dispone in via generale la condanna al rilascio del provvedimento, insieme all'azione di annullamento o contro il silenzio, fermi restando i limiti della pronuncia di legittimità, indicati all'art. 31, comma 3, c.p.a.

---

<sup>317</sup> A. SCOGNAMIGLIO, *Appunti per una prima lettura dell'art. 34, comma 1, lett. c), d) ed e): le sentenze di condanna e condanna al risarcimento dei danni*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 5.

<sup>318</sup> Nelle sole ipotesi previste dal comma 3 dell'art. 31 del c.p.a.

<sup>319</sup> Articolo 1, comma 1, lettera e), del decreto legislativo 14 settembre 2012, n. 160.

La possibilità di esperire l'azione volta alla condanna all'adempimento non sembra più limitata alla sola ipotesi espressamente prevista di giudizio contro il silenzio<sup>320</sup>.

Dunque anche nell'ipotesi di mancata esecuzione dell'accordo da parte della pubblica amministrazione l'azione è proponibile nei limiti di ammissibilità della decisione del giudice “*sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio*”<sup>321</sup>, se si assume che i provvedimenti di esecuzione dell'accordo non contengano profili ulteriori di discrezionalità.

Inoltre la condanna all'adempimento è sottoposta al principio di carattere generale secondo il quale “*in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento*

---

<sup>320</sup> A favore della tipicità della tutela costitutiva nel giudizio amministrativo si veda M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 3, 563. La tassatività della tutela costitutiva e nel giudizio civile, con la previsione dell'art. 2908 c.c., e nel giudizio amministrativo, con le previsioni dell'art. 31, comma 3, e della giurisdizione estesa la merito con il potere di cui all'art. 34, comma 1, lett. d), è motivata dalle garanzie, rispettivamente, della incoercibilità dell'autonomia privata e del principio di responsabilità del funzionario per gli atti che adotta, A. SCOGNAMIGLIO, *Appunti cit.*, 7.

I dubbi circa la vigenza del principio di atipicità delle azioni nel processo amministrativo sono rafforzati dalla considerazione che a seguito dell'intervento normativo di riorganizzazione del processo amministrativo il legislatore avrebbe potuto statuire sul punto in modo netto, secondo A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2010, 197. Inoltre l'affermazione di una generale previsione dell'azione di adempimento nel giudizio amministrativo non contrasta con il disposto dell'art. 44, comma 2, lett. b), n. 4 della legge di delega per la riforma del processo amministrativo, 18 giugno 2009, n. 69, secondo il quale tra i criteri direttivi per l'esercizio della delega al riordino della disciplina delle azioni vi era la previsione di “*pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa*”.

L'argomento a favore dell'impostazione sopra esposta considera che l'attività amministrativa non idonea a formare il *petitum* di un'azione giudiziaria poiché non è configurabile come prestazione dovuta unicamente nei confronti del soggetto destinatario dell'esercizio del potere, ma presuppone l'esercizio di prerogative riservate alla competenza esclusiva di soggetti individuati e dirette alla realizzazione di finalità specifiche, definite dalla legge e atte ad incidere – anche, ma non solo – sugli interessi del destinatario. Tale giustificazione è qualificata come “*tradizionale*” da Consiglio di Stato, ordinanza, 21 maggio 2004, n. 3355, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), pf. 6.

<sup>321</sup> Articolo 31, comma 3, c.p.a. dispone che l'autorità giudiziaria possa pronunciarsi “*solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione*”.

Il carattere eccezionale di tale previsione pare rispettare il disposto dell'art. 7, comma 6, del c.p.a., secondo il quale “*Il giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito nelle controversie indicate dalla legge e dall'art. 134. Nell'esercizio di tale giurisdizione il giudice amministrativo può sostituirsi all'amministrazione*”.

*a poteri amministrativi non ancora esercitati*<sup>322</sup>. Dunque è necessario che sia perlomeno decorso il termine di esercizio del potere fissato nell'accordo o dalla natura della prestazione da adempiere perché il giudice possa emettere la propria pronuncia.

Infine è opportuno ricordare che la disposizione dell'art. 11, comma 2, laddove prevede che agli accordi *“si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili”*, può offrire una lettura alternativa al fine di ammettere la tutela di condanna all'adempimento.

Infatti l'azione di adempimento è generalmente ammessa per i contratti dall'art. 1453 c.c. e non si individuano ragioni valide di incompatibilità con la proposizione in sede di giurisdizione esclusiva, fatto salvo il rispetto dei principi generali che reggono l'esercizio della giurisdizione di legittimità nei confronti del potere amministrativo.

### 5.1.2 *L'azione costitutiva di risoluzione dell'accordo per inadempimento*

Con riferimento ai poteri amministrativi esercitati attraverso le modalità consensuali di azione, si deve rilevare che l'esternazione di parte delle prerogative pubbliche avviene già nel testo dell'accordo.

Tuttavia nonostante la definizione e assunzione di obbligazioni, non è inverosimile immaginare che residui in capo alle parti la possibilità di esercitare un'ulteriore porzione di potere pubblico, questa volta soggetto anche alla disciplina delle prescrizioni consensualmente concordate.

Per tale ulteriore fase è dunque ipotizzabile che emerga una situazione di inadempimento definibile *“contrattuale”*, ma tale definizione non elude la necessità, determinata dalla presenza di poteri amministrativi, di coordinamento con la disciplina pubblicistica.

---

<sup>322</sup> Secondo il disposto dell'articolo 34, comma 2, c.p.a. Nel giudizio di condanna all'adempimento contro il silenzio la scadenza del termine per provvedere – fissato dall'art. 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241 - è equiparata all'esercizio espresso del potere dall'art. 31 del c.p.a.



La proponibilità dell'azione, alternativa a quella sopra esposta, volta ad ottenere la risoluzione dell'accordo deve rilevarsi che anch'essa è originata dall'inadempimento della controparte e pone la diversa questione in ordine alla tutela sostanziale accordabile. Difatti la tutela costitutiva predisposta dal giudice amministrativo ha l'effetto di eliminare dal mondo giuridico l'assetto di interessi definito dalla pubblica amministrazione a seguito della richiesta di una delle parti (sia essa pubblica o privata) e motivata, appunto, dall'inadempimento della controparte.

Nell'assetto del codice del processo amministrativo la tutela costitutiva contro la pubblica amministrazione è ammessa solo sotto forma di possibilità attribuita al giudice di annullare, con efficacia retroattiva, un provvedimento amministrativo laddove ne ravvisi l'illegittimità<sup>323</sup>.

La tutela annullatoria dunque, benché proponibile solo a seguito della lesione di una posizione giuridica soggettiva, concentra la verifica del giudice sulla legittimità dell'atto impugnato e non sulla posizione di interesse leso<sup>324</sup>.

---

<sup>323</sup> Il testo del codice del processo amministrativo entrato in vigore disciplina espressamente solo l'azione di annullamento, agli articoli 29 e 34, comma 1, lett. a), e l'azione diretta ad ottenere una pronuncia sostitutiva del giudice nelle ipotesi di giurisdizione estesa al merito, secondo l'art. 34, comma 1, lett. b). Ma non prevede una disciplina generale di tutela costitutiva nei confronti dell'azione della pubblica amministrazione.

<sup>324</sup> I limiti di tale impostazione consentirebbero alla pubblica amministrazione di adottare un nuovo atto con lo stesso contenuto di quello impugnato, ma libero dai vizi censurati nel primo giudizio. Tale evenienza può essere scongiurata attraverso un'interpretazione dell'art. 10-*bis* della legge 7 agosto 1990, n. 241 che imponga in capo alla pubblica amministrazione l'onere procedimentale di esplicitare tutti i motivi di diniego, nel rispetto dei principi di imparzialità e affidamento. Dunque il destinatario avrà la possibilità di sindacare nel giudizio impugnatorio contro il diniego tutte le possibili argomentazioni a favore del divieto e potrà ottenere un giudicato che le copra interamente, questo secondo l'impostazione di M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 3, 564.

Di diverso avviso l'impostazione di L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano 2003, 189 ritiene che la sequenza di provvedimenti di diniego illegittimi possa essere interrotta dal giudizio di ottemperanza sul giudicato di annullamento, benché limitato all'esecuzione dell'"*inadempimento del contenuto accertativo-condannatorio emerso nel processo di cognizione*".

In giurisprudenza Consiglio di Stato, Sez. V, 6 febbraio 1999, n. 134, in *www.dejure.it*, affronta la questione del rapporto tra giudicato di annullamento e successivo esercizio del potere amministrativo. Al pf. 3, in particolare, esamina la possibilità di pronunciarsi sulla legittimità della reiterazione del diniego fondata su altri motivi, in sede di ottemperanza della sentenza di annullamento del precedente diniego. Il Collegio, accogliendo una posizione intermedia, ritiene che si debba richiedere "*all'amministrazione - dopo un giudicato di annullamento da cui derivi il dovere o la*

L'affermazione della tipicità della tutela costitutiva, deducibile dalla lettera del codice, trova fondamento nella necessità che sia il legislatore, e il legislatore soltanto, a disciplinare le ipotesi in cui è possibile tollerare l' "ingerenza" tra poteri separati, come avviene nel caso di sostituzione della volontà dell'organo giurisdizionale a quella espressa da una pubblica amministrazione<sup>325</sup>.

Tuttavia già da tempo sono presenti voci che auspicano un ampliamento del campo di applicazione della tutela costitutiva di annullamento al rapporto giuridico "conformato dall'erroneo esercizio del potere amministrativo"<sup>326</sup>.

Ad esempio l'ammissione nel giudizio amministrativo della tutela costitutiva di cui all'art. 2932 c.c. contro il mancato adempimento del contratto preliminare, ha fornito l'occasione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato di precisare che la natura mista, cognitiva ed esecutiva, dell'azione costitutiva non contrasta con l'ordinaria proposizione separata delle azioni cognitoria ed esecutiva<sup>327</sup>.

Il giudizio amministrativo conosce questa forma di tutela, ad esempio in sede di ottemperanza, ove si concretizza la convivenza di poteri cognitori ed esecutivi in capo al giudice.

Non è dunque praticabile l'affermazione della tipicità delle azioni nel processo amministrativo, tra le quali vi rientra anche l'azione costitutiva<sup>328</sup>.

---

*facoltà di provvedere di nuovo - d'esaminare l'affare nella sua interezza, sollevando tutte le questioni che ritenga rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili ancora non esaminati"*.

<sup>325</sup> L'argomentazione, sebbene criticata, è riprodotta in M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 3, 569.

<sup>326</sup> Ciò significa sindacare anche le "pieghe della discrezionalità" al fine di annullare non solo il singolo atto illegittimo ma "quella parte di esercizio del potere dannoso per non essere stato correttamente usato". L'ulteriore evoluzione dovrebbe comportare l'esercizio di un simile sindacato anche nelle ipotesi in cui il potere non correttamente usato non cagioni l'illegittimità del provvedimento finale, in F.G. SCOCA, *L'effettività della tutela nell'azione di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 4, 1407.

<sup>327</sup> Le argomentazioni esposte sono presenti nella sentenza del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 20 luglio 2012, n. 28, in *www.dejure.it*, pf. 5.4. In dottrina tali posizioni sono state anticipate da A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia «non amministrativa»*, Milano, 2005, 54.

<sup>328</sup> Infatti l'Adunanza Plenaria n. 28 del 2012 precisa che al contrario la tipicità delle azioni proponibili nel giudizio amministrativo sarebbe in contrasto con i principi di effettività della tutela come enunciato all'art. 1 del c.p.a. e nell'art. 24 della Costituzione. In tal senso si veda anche la posizione di F.G. SCOCA, *L'effettività della tutela nell'azione di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 4, 1402.

Per tali ragioni non si rinvencono motivi per escludere l'ammissibilità dell'azione costitutiva di risoluzione nell'ipotesi di controversie originate dall'inadempimento delle prestazioni inserite nell'accordo.

Occorre infine precisare che la disciplina applicabile all'azione di risoluzione è contenuta nel codice civile<sup>329</sup>.

La disciplina civilistica pone primaria attenzione alle posizioni soggettive delle parti e ai loro interessi. Infatti il rimedio risolutorio è consentito esclusivamente nei rapporti sinallagmatici e l'istituto si configura, pertanto, come espressione della relazione esistente tra prestazione e controprestazione<sup>330</sup>.

La risoluzione dunque colpisce il rapporto e non l'atto, in quanto incide sulle conseguenze di quest'ultimo senza minarne la legittimità.

Per tali motivi l'esperimento dell'azione tesa alla risoluzione dovrebbe consentire di dedurre in giudizio il rapporto e non l'atto.

Non è escluso, infine, che le parti possano semplificare l'iter convenendo di inserire già nel testo dell'accordo la disciplina della risoluzione attraverso la previsione di una clausola risolutiva espressa<sup>331</sup>.

---

<sup>329</sup> L'azione è sottoposta al termine di prescrizione ordinario e dopo la sua proposizione è precluso alla parte inadempiente l'adempimento; infine gli effetti della risoluzione sono di regola retroattivi, A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2004, 698.

<sup>330</sup> L'inadempimento infatti deve essere di notevole importanza per la controparte, secondo il disposto dell'art. 1455 c.c. Tale valutazione deve considerare anche l'inesatto adempimento laddove sia significativo ai fini della stipulazione del rapporto.

<sup>331</sup> Consiglio di Stato, 9 settembre 2008, n. 4304, in *www.dejure.it*, ritiene ammissibile l'inserimento della clausola risolutiva espressa nel testo dell'accordo con la conseguente applicabilità della disciplina relativa alla dichiarazione di avvalersene per provocare la risoluzione di diritto, ai sensi dell'art. 1456 c.c.

## BIBLIOGRAFIA

S. AGOSTA, *La Corte e i «fili sospesi» del nuovo Titolo V (considerazioni a margine della giurisprudenza costituzionale del triennio sulle intese tra Stato e Regioni)*, in *www.giustamm.it*, 2005, 1.

U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965.

S. AMOROSINO, *Articoli 143-144-145*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2012, 1098.

S. AMOROSINO, *Beni naturali energie rinnovabili paesaggio. Studi "in itinere"*, Napoli, 2012.

S. AMOROSINO, *La governance e la tutela del paesaggio tra Stato e Regioni dopo il secondo decreto correttivo del Codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Riv. giur. urb.*, 2009, 99.

V. BACHELET, *Coordinamento*, in *Enc. dir.*, X, Varese, 1962, 630.

S. BARTOLE, *Supremazia e collaborazione nei rapporti tra Stato e Regioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 84.

N. BASSI, *Accordi amministrativi verticali e orizzontali: la progressiva ibridazione dei modelli*, in *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, a cura di M. Cammelli, Bologna, 2007, 453.

N. BASSI, *Gli accordi di programma dopo un decennio abbondante di esperienza fra questioni ormai superate e problematiche ancora aperte. Parte prima: profili generali*, in *Il dir. dell'econ.*, 2001, 631.

N. BASSI, *Gli accordi di programma dopo un decennio abbondante di esperienza fra questioni ormai superate e problematiche ancora aperte. Parte seconda: profili procedurali e contenutistici*, in *Il dir. dell'econ.*, 2002, 1, 53.

N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001.

F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1951, 1.

F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 118.

F. BRUNO, *Commento alla Sezione II della Parte Terza. La disciplina degli scarichi*, in *Commento al Codice dell'ambiente*, a cura di A. Germanò, E.R. Basile, F. Bruno, M. Benozzo, Torino, 2008, 275.

E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazioni e privati*, Milano, 1996.

M.A. CABIDDU, *Principio di legalità e amministrazione*, in *Amministrare*, 2008, fasc. 1-2, 27.

G. CAIA e A. LOLLI, *Gli strumenti volontari di gestione ambientale: certificazioni e accordi tra diritto amministrativo e diritto privato*, in *Ambiente e impresa: atti del Convegno nazionale, Gubbio, 22-23 novembre 2002*, Santarcangelo di Romagna, 2004, 97.

G.M. CAIMI, *Il ruolo della programmazione negoziata nel quadro del processo di decentramento amministrativo e in riferimento alle politiche di programmazione dei fondi strutturali dell'Unione Europea*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2001, fasc. 1-2, 11.

P. CARPENTIERI, *Art. 133*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2012, 1009.

L. CARUCCIO, *L'autorizzazione integrata ambientale*, in *Vas, via, aia, rifiuti, emissioni in atmosfera*, a cura di M. Bucello, L. Piscitelli e S. Viola, Milano, 2012, 403.

E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2013.

B. CAVALLO *Accordi e procedimento amministrativo*, in *Procedimento amministrativo e diritto di accesso (l. 7 agosto 1990, n. 241)* a cura di B. Cavallo, Napoli, 1993, 80.

B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, vol. III, Padova, 1993.

V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2002.

V. CERULLI IRELLI, *Il negozio come strumento di azione amministrativa*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in, *Dir. amm.*, fasc. 2, 2003, 217.

G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità delle prestazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, 197.

S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Accordo di programma (dir. amm.)*, in *Enc. del dir.*, 1999, Varese, 9.

S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Art. 131*, in *Il codice dei beni culturali e del paesaggio* a cura di M. Cammelli, Bologna, 2007, 522.

S. CIVITARESE MATTEUCCI *Contratti e accordi di diritto pubblico*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, a cura di V. Cerulli Irelli, 99.

M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 3, 557.

G.D. COMPORI, *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, Milano, 1996.

G.D. COMPORI, *Il principio di consensualità tra bilanci e prospettive*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

A. CONTIERI, *Programmazione negoziata: la consensualità per lo sviluppo*, Napoli, 2000.

G. CORSO e F. TERESI, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti*, Rimini, 1991.

A. COSTANZO, *Aspetti problematici delle intese fra Stato e Regione*, in *Dir. soc.*, 1983, 437.

A. CROSETTI, *La semplificazione procedimentale nel governo del territorio: conferenze e accordi di copianificazione*, in *Quaderni regionali*, 2011, fasc. 1, 21.

G. CUGURRA, *Principio di legalità e amministrazione negoziata*, in *Foro amm. Cons. di Stato*, 2006, fasc. 11, 3205.

G. DI GASPARE, *L'accordo di programma: strutture, efficacia giuridica e problemi di gestione*, in *Le Reg.*, 1988, fasc. 2, 278.

A. DI MARIO, *Il recesso dagli accordi tra amministrazioni abbandona l'autotutela*, in *Urb. e app.*, 2005, fasc. 7, 838.

V. DOMENICHELLI *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, 1988.

M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996.

G. FALCON, *Il coordinamento regionale degli enti locali. Gli strumenti consensuali*, in *Reg. e Gov. loc.*, 1990, 1/2, 207.

G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984.

L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano 2003.

R. FERRARA, *Gli accordi di programma. Potere, poteri pubblici e modelli dell'amministrazione concertata*, Padova, 1993.

R. FERRARA, *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1993, 543.

R. FERRARA, *L'accordo ... e gli accordi di programma. Spunti sulla c.d. amministrazione consensuale*, in *Foro it.*, 2002, III, 136.

R. GALLIA, *La nuova disciplina della «Programmazione negoziata»*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 1997, 1, 9.

M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Varese, 1959, 157.

M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993.

M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, 1939, in *ID.*, *Scritti*, Vol. 1, Milano, 2000.

R. GISONDI, *La disciplina delle azioni di condanna nel nuovo codice del processo amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

P. GRAUSO, *Gli accordi della pubblica amministrazione con i privati*, Milano, 2007.

G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003.

G. GRECO, *Commento all'art. 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241*, in *Aa.Vv.*, *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti*, Milano, 1995, 351.

E. GRILLO, *I piani regionali e la raccolta differenziata (artt. 198-205)*, in *Vas, via, aia, rifiuti, emissioni in atmosfera*, a cura di M. Bucello, L. Piscitelli e S. Viola, Milano, 2012, 954.

M. IACOMETTI, *La Corte costituzionale e l'inesistenza di una nozione unitaria di intesa*, in *Le Regioni*, 1992, 1, 78.

G. IACOVONE, *Accordo di programma e tutela dell'ambiente*, in *Riv. giur. edilizia*, 2006, fasc. 4-5, 189.

M. IMMORDINO, *I piani paesaggistici nella giurisprudenza costituzionale*, in *Il diritto urbanistico in 50 anni di giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di M.A. Sandulli, M.R. Spasiano, Milano, 2006, 85.

M. IMMORDINO e M.C. CAVALLARO, *Commento all'art. 131*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2012, 983.

R. LASCHENA, voce *Interpretazione: IV) Interpretazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, 1.

F. LEDDA, *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in *Foro amm.*, 1997, fasc. 4, 1273.

F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo. Contributo ad uno studio dei c.d. contratti di diritto pubblico*, Torino, s.d.

G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001.

A. MANNO e G. ARCANGIOLI, *Le intese istituzionali di programma Stato-Regioni*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2, 1999, 323.

G.P. MANZELLA, *Patti territoriali: vicende di un istituto della programmazione negoziata*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 1997, fasc. 3, 789.

G. MARONGIU, *Funzione II) Funzione amministrativa*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, 1.

P. MARZARO, *L'amministrazione del paesaggio*, Torino, 2011.

C. MARZUOLI, *Gli accordi di programma*, in corso di pubblicazione, 437.

C. MARZUOLI, *Il paesaggio nel nuovo Codice dei beni culturali*, in *Aedon*, 3/2008.

C. MARZUOLI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo nella giurisprudenza*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Vol. II, Napoli, 2005, 1531.

C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982.

C. MAVIGLIA, *Accordi con l'amministrazione pubblica e disciplina del rapporto*, Milano, 2002.

F. MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. amm.*, 1993, 1, 21.

F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970.



F. MERUSI, *Procedimenti di coordinamento infrastrutturale e procedimenti di collaborazione dopo le leggi sul procedimento amministrativo e sulla riforma delle autonomie locali*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, II, Milano, 1993, 1035.

F. MODUGNO, *Funzione*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 301.

M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica. I. Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Milano, 2012.

L. MONTEFERRANTE, *La nuova disciplina degli accordi procedurali: profili di tutela giurisdizionale*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

M. NIGRO, *Il coordinamento come mistificazione e il coordinamento come partecipazione*, in *T.A.R.*, 1981, fasc. 2, 53.

M. NIGRO, *Conclusioni*, in *L'accordo nell'azione amministrativa*, a cura di A. Masucci, Formez, Roma, 1988, 79.

L. ORLANDO, *Contributo allo studio del coordinamento amministrativo*, Milano, 1974.

A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia «non amministrativa»*, Milano, 2005.

A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1988, 3.

G. PERICU, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in *Diritto amministrativo*, vol. II, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, II, Bologna, 2005, 283.

S. PIEMONTE, *Accordi di programma e deroghe alla disciplina in materia di ambiente*, in *Riv. giur. ed.*, 2005, fasc. 5, 225.

F. PIGA, *Coordinamento (principio del)*, in *Enc. giur.*, 1988, 1.

A. PIOGGIA, *Acqua e ambiente*, in *Diritto dell'ambiente*, a cura di G. Rossi, Torino, 2008, 242.

A. PIOGGIA, *Gli accordi di programma*, in *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, a cura di B. Cavallo, Torino, 2001, 159.

A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, I, Milano, 1962.

A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 65.

A. PREDIERI, *Paesaggio*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, 503.

F.P. PUGLIESE, *Il procedimento tra autorità e «contrattazione»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 1469.

M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, 1, 27.

G. RIZZA, *Intese I) Diritto Pubblico*, in *Enc Giur.*, 1989, 1.

R. ROFFI, «Concerto» e «intesa» nell'attività amministrativa: spunti ricostruttivi, in *Giur. it.*, 1988, II, 414.

G. SALA, *Accordi sul contenuto discrezionale del provvedimento e tutela delle situazioni soggettive*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 2, 206.

G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993.

A.M. SANDULLI, *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, in *Riv. giur. ed.*, 1967, II, 69.

C.P. SANTACROCE, *Accordi tra pubbliche Amministrazioni ed atti amministrativi complessi nella copianificazione per la tutela del paesaggio*, in *Riv. giur. urb.*, 2012, fasc. 1-2, 602.

C.P. SANTACROCE, *Note generali sull'ammissibilità di un potere amministrativo di "recesso" unilaterale dagli accordi tra pubbliche Amministrazioni*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

C.P. SANTACROCE, *Osservazioni sul tema degli accordi tra Stato e regioni nell'esercizio della funzione di pianificazione paesaggistica*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, fasc. 1-2, 233.

F. SATTA, *Atto amministrativo, I Diritto amministrativo*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, 1.

G. SCIULLO, *Profili degli accordi fra amministrazioni pubbliche e privati*, in *Dir. amm.*, 2007, fasc. 4, 805.

F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 2002, fasc. 3, 431.

F.G. SCOCA, *Diritto Amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, Torino, 2008.

F.G. SCOCA, *L'effettività della tutela nell'azione di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 4, 1397.

F.G. SCOCA, *Poteri amministrativi e strumenti di diritto pubblico e privato. A margine di un recente disegno di legge*, in *Annuario 2002. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 43.

A. SCOGNAMIGLIO, *Appunti per una prima lettura dell'art. 34, comma 1, lett. c), d) ed e): le sentenze di condanna e condanna al risarcimento dei danni*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 1.

D. SORACE, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir. Annali*, III, Milano, 2010, 46.

D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2012.

D. SORACE, *Promemoria per una nuova "voce" «atto amministrativo»*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, 747.

D. SORACE e C. MARZUOLI, *voce Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, 1989, 280.

S. STAMMATI, *La revoca degli atti amministrativi. Struttura e limiti: linee dell'evoluzione, con una parentesi sull'annullamento d'ufficio*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet, II Amministrazione e garanzie*, Milano, 1987, 599.

E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992.

L. TORCHIA, *Gli accordi di programma fra regioni ed enti locali: una ipotesi di lavoro*, in *Reg. e gov. loc.*, 1990, fasc. n. 1-2, 217.

A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2011.

A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2004.

A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2010.

F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, fasc. 4, 2005, 843.

S. VALAGUZZA, *L'accordo di programma: peculiarità del modello, impiego dei principi del codice civile e applicazione del metodo tipologico*, in *Dir. amm.*, 2010, 2, 395.

S. VASTA, *Accordi ex art. 11 l. n. 241 del 1990 e attività vincolata*, in *Foro amm. – Cons. di Stato*, 2008, fasc. 5, 1454.

S. VASTA, *Alcune riflessioni sull'interpretazione nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2009, fasc. 4, 473.

R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, vol. I, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Bologna, 2005, 767.

G. VOLPE, *Articolo 8*, in *I nuovi poteri delle regioni e degli enti locali. Commento al decreto 616 di attuazione della legge 382*, a cura di A. Barbera e F. Bassanini, Bologna, 1978, 136.