

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 17/02/2014

All'indirizzo <http://censura.diritto.it/docs/35958-gli-accordi-organizzativi-fra-pubbliche-amministrazioni-tra-applicazione-dei-principi-codicistici-e-configurabilit-di-un-potere-amministrativo-di-recesso-unilaterale>

Autore: Pasquale Pupo

**Gli accordi organizzativi fra pubbliche amministrazioni, tra applicazione dei principi codicistici e configurabilità di un potere (amministrativo) di recesso unilaterale**

# GLI ACCORDI ORGANIZZATIVI FRA PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI, TRA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI CODICISTICI E CONFIGURABILITÀ DI UN POTERE (AMMINISTRATIVO) DI RECESSO UNILATERALE.\*

*AUTORE: PASQUALE PUPO*

**SOMMARIO:** 1. Gli accordi organizzativi tra pubbliche amministrazioni nel quadro della c.d. attività amministrativa consensuale. – 2. L'art. 15 quale paradigma generale degli accordi tra pubbliche amministrazioni. – 3. L'ambito di applicazione dell'art. 15 e i rapporti con le figure consensuali affini... – 4. ...in particolare: l'accordo di programma – 5. Segue: accordo di programma e giurisdizione secondo una (autorevole) tesi minoritaria. – 6. I moduli consensuali delle pubbliche Amministrazioni non rientranti nella categoria degli accordi organizzativi. – 7. Principio di legalità e limiti per gli accordi organizzativi: il problema del rispetto dei principi dell'evidenza pubblica. – 8. La disciplina normativa dell'art. 15. – 9. Il regime giuridico degli accordi organizzativi. – 10. Il problema del mancato rinvio al quarto comma dell'art. 11 della l. n. 241/1990. – 10.1. Le posizioni assunte dalla dottrina. – 10.2. Critiche alla c.d. tesi del recesso illimitato. – 10.3. Gli orientamenti emersi in giurisprudenza. – 10.3.1. La tesi della prevalenza del principio di inesauribilità del potere amministrativo. – 10.3.2. La tesi della prevalenza del principio di vincolatività dell'accordo. – 10.3.3. Voci critiche (discordanti) sulla sentenza T.A.R. Lombardia, Milano n. 5620/2004. – 10.3.4. Il recente orientamento assunto dal T.A.R. Lombardia. – 10.3.5. Alcune considerazioni critiche. – 11. Il recesso unilaterale nella disciplina del codice civile: la caduta del mito della stabilità del rapporto contrattuale. – 12. Alla ricerca di un modello di recesso unilaterale applicabile agli accordi organizzativi. – 12.1. Il recesso dalle associazioni previsto dall'art. 24, comma 2, del codice civile. – 12.2. La disciplina dei consorzi previsti dagli artt. 2602 ss. del codice civile. – 12.3. Il recesso del socio dalle società di persone disciplinato dall'art. 2285 c.c. – 12.4. La disciplina civilistica dei contratti plurilaterali con comunione di scopo... – 12.5. ...e l'applicazione del criterio della essenzialità della partecipazione alle ipotesi di recesso dagli accordi organizzativi.

## 1. Gli accordi organizzativi tra pubbliche amministrazioni nel quadro della c.d. attività amministrativa consensuale.

Gli accordi tra pubbliche amministrazioni rinvergono il loro paradigma normativo nell'art. 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241, a compimento di una parabola che - per molti versi analoga a quella seguita dagli accordi tra p.a. e privati previsti dall'art. 11 - li ha visti prima oggetto di specifiche previsioni nel quadro di alcune discipline di settore, per approdare poi ad una disciplina di principio qual è quella in esame <sup>(1)</sup>.

Entrambe le disposizioni citate vengono ascritte all'ambito della *c.d. attività amministrativa consensuale*, identificandosi con tale espressione *“l'azione pubblica che si svolge non attraverso provvedimenti di carattere unilaterale, bensì per mezzo di atti concordati con gli interessati”* <sup>(2)</sup>.

---

\* Ultima revisione: luglio 2011.

<sup>1</sup> Gli artt. 11 e 15 della l. n. 241/1990, rappresentano infatti un vero e proprio *“precipitato storico”*, ossia la traduzione, sul piano formale, di una prassi ricca e variegata, già fondata da singole norme dell'ordinamento, formatasi e consolidatasi nel corso di un'elaborazione più che secolare. In tal senso, R. FERRARA, *Gli accordi fra le amministrazioni pubbliche*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2011, 674.

<sup>2</sup> N. BASSI, *Accordi amministrativi*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 81. Nello stesso senso: D. PONTE, *Accordi fra pubbliche amministrazioni*, in S. COGLIANI (a cura di), *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, II ed., Padova, 2007, 636. Secondo Cons. Stato, sez. VI, 5 gennaio 2001, n. 25, la

Da questo punto di vista, esse rappresentano quindi anche il punto d'approdo, sul piano del diritto positivo, di un dibattito risalente, che ruota intorno al problema della consensualità nel diritto amministrativo e che ha da sempre assunto presso la scienza giuridica le fattezze della nota disputa sull'ammissibilità della figura del c.d. contratto di diritto pubblico <sup>(3)</sup>.

Muovendo da una tale comune matrice - oltre che dallo sfondo normativo in buona parte condiviso per effetto del richiamo operato dal secondo comma dell'art. 15 a gran parte delle prescrizioni recate dall'art. 11 - una parte della dottrina ha sottolineato le affinità che legano detti precetti, i quali, “*al di là delle apparenze, danno vita in realtà a un enunciato normativo unitario*” <sup>(4)</sup>.

Sennonché molte e rilevanti sono le differenze che separano i due istituti, come testimonia peraltro il diverso inquadramento sistematico.

Mentre infatti l'art. 11, nel segnare “*l'istituzionalizzazione del modulo convenzionale nell'attività amministrativa*” <sup>(5)</sup>, costituisce il generale riconoscimento della possibilità di concludere accordi con i soggetti privati interessati direttamente al provvedimento e viene quindi collocata in termini consequenziali all'interno del capo relativo alla *partecipazione al procedimento*, l'art. 15 a sua volta integra il generale riconoscimento della possibile conclusione di accordi come modalità di svolgimento dell'attività amministrativa nell'esercizio di funzioni, e nel connesso perseguimento di interessi pubblici, coinvolgente più soggetti pubblici, e viene ad essere collocata nel capo dedicato alla *semplificazione dell'attività amministrativa* <sup>(6)</sup>.

Più in particolare, la prima disposizione introduce nel sistema una “*novità in parte rivoluzionaria*” <sup>(7)</sup>, con la quale la pubblica amministrazione viene abilitata in via generale - e quindi anche al di fuori delle specifiche e ben limitate ipotesi legislative previgenti - a ricercare il consenso del privato nell'ambito dell'esercizio di un potere del quale era solita fare uso secondo schemi unilaterali, ponendo in tal modo fine all'idea tradizionale secondo cui l'esercizio del potere

---

generalizzazione dei moduli consensuali previsti dalle due disposizioni esaminate “appare in linea con l'ancora più generale tendenza del legislatore a favorire l'esercizio consensuale della potestà amministrativa”.

<sup>3</sup> Inteso come “contratto avente per oggetto proprio lo svolgimento o il non svolgimento di funzioni pubbliche”: G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimenti e contratto*, Torino, 2003, 3.

<sup>4</sup> N. BASSI, *op. loc. cit.*. Sottolinea l'“unitarietà del fenomeno degli accordi amministrativi, almeno in ordine all'elemento unificante dell'esercizio del potere pubblico secondo moduli consensuali”, F.G. SCOCA, *Accordi e semplificazione*, in *Nuove autonomie*, 2008, n. 3-4, 566, secondo il quale “tra gli accordi dell'art. 11 e quelli dell'art. 15 della l. proc., al di là di una evidente diversità strutturale e funzionale, sussiste la comunanza di fondo di permettere l'esercizio del potere amministrativo mediante il consenso; nel primo caso con lo scopo principale di ricercare una più intensa legittimazione all'uso del potere, nel secondo caso allo scopo di superare la frammentazione degli interessi e delle competenze”.

<sup>5</sup> F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè 2001, 1707.

<sup>6</sup> In questi termini, D. PONTE, *op. loc. cit.*, nonché E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2009, 578. Sottolinea questa diversa scansione “toponomastica” anche R. FERRARA, *Gli accordi fra le amministrazioni pubbliche*, *cit.*, 674. Sul punto cfr. inoltre M. IMMORDINO, *Legge sul procedimento amministrativo, accordi e contratti di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 1997, 1, 133, la quale sottolinea, in senso critico, come la disciplina degli accordi in esame, originariamente collocata dalla Commissione Nigro nel titolo sulla semplificazione, sia stata solo successivamente spostata in quello relativo alla partecipazione nel corso dei lavori parlamentari di approvazione della legge 241.

<sup>7</sup> D. PONTE, *op. loc. cit.*

amministrativo è solitario e unilaterale <sup>(8)</sup>. Letta dal punto di vista dei soggetti privati interessati, la norma in esame segna il punto più alto della lenta ma inarrestabile evoluzione in senso democratico e partecipativo del ruolo loro riconosciuto nell'ambito del procedimento, rappresentando oggi essa “una delle ultime tappe che gli interessi legittimi hanno compiuto dall'autorità al consenso” <sup>(9)</sup>. Gli accordi procedurali e sostitutivi costituiscono pertanto lo strumento attraverso il quale si realizza la massima affermazione del principio di partecipazione del privato alla procedura di formazione del provvedimento amministrativo, comportando il “venir meno della tradizionale contrapposizione fra la sfera di autorità e la sfera di autonomia privata”, fino al punto da ammettere che “il soggetto privato concorra all'esercizio della funzione amministrativa e non sia solo il destinatario di questo esercizio” <sup>(10)</sup>.

Anche l'art. 15 ha il merito di aver offerto un modello generale di riferimento per gli accordi tra pubbliche amministrazioni, rappresentando però, in questo caso, il ricorso al modulo consensuale espressione del *principio di coordinamento*, inteso quale svolgimento congiunto in collaborazione fra più enti pubblici di un'attività finalizzata ad uno scopo comune, in funzione del quale si accordano le funzioni e le competenze facenti capo alle singole amministrazioni <sup>(11)</sup>.

---

<sup>8</sup> M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2000, 298. In senso analogo M. IMMORDINO, *op. cit.*, 135, secondo cui, se la legge sul procedimento amministrativo con le norme sulla partecipazione dei privati al procedimento “ha sicuramente mitigato l'autoritatività del potere amministrativo”, con la previsione degli accordi previsti dall'art. 11 “ha vulnerato, anche se in modo meno incisivo di quanto si auspicava, il principio dell'unilateralità”. In argomento cfr. anche A. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, II, Milano, Giuffrè, 2000, 1176, secondo il quale “con l'accordo si realizza una *gestione consensuale del potere amministrativo*: mentre, in passato, quest'ultimo è stato esercitato in modo autoritativo, tramite il provvedimento, l'art. 11 della n. 241/1990, disciplinando lo strumento dell'accordo, ha codificato in via generale, una modalità alternativa di esercizio della potestà discrezionale amministrativa”.

<sup>9</sup> Così, efficacemente, S. GIACCHETTI, *Gli accordi dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990 tra realtà virtuale e realtà reale*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 3, 515. L'A. ripercorre il cammino seguito dagli interessi legittimi “nati alla fine del secolo scorso come *interessi oppositivi*, figli dello Stato autoritario ottocentesco” (per messo dei quali veniva concesso agli amministrati di ricorrere al giudice amministrativo al solo scopo di far correggere gli eventuali errori dell'amministrazione), ai quali si sono affiancati negli anni sessanta gli *interessi pretensivi* (ai quali corrisponde nell'amministrazione il dovere nel pubblico interesse di erogare una prestazione patrimoniale, un pubblico servizio o un'attività), cui si sono infine aggiunti, negli anni ottanta, gli *interessi partecipativi*, con i quali gli “amministrati” sono finalmente divenuti “cittadini”, acquistando non solo il potere di opporsi ad attività illegittime o di assorbire passivamente prestazioni legittime ma anche quello di inserirsi, attivamente, nei circuiti decisionali dell'amministrazione.

<sup>10</sup> In questi termini, G. CUGURRA, *Principio di legalità e amministrazione negoziata*, in *Foro amm. - Cons. Stato*, 2006, 3210. In argomento cfr. inoltre A. SANDULLI, *Il procedimento*, *cit.*, 1171, il quale, nel soffermarsi sul “profondo cambiamento che ha investito, negli ultimi decenni, i rapporti tra amministrazioni e tra amministrazioni e privati”, sottolinea come “il mutato rapporto tra amministrazione e cittadini, sempre meno incentrato sulla dicotomia autonomia-libertà, ha condotto alla introduzione di moduli negoziali, che comportano forme di collaborazione tra i titolari di interessi compresenti. In tal modo, molte decisioni amministrative sono oramai frutto di attività convenzionale tra i soggetti interessati”.

<sup>11</sup> Sul coordinamento, v. in particolare, V. BACHELET, voce *Coordinamento*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, 630. Anche G. CORSO - F. TERESI, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti*, Rimini, 1991, 118, individuano nel coordinamento la finalità precipua e qualificante degli accordi tra pubbliche amministrazioni. Più precisamente, come rileva F. CARINGELLA, *op. cit.*, 1740, gli accordi organizzativi (e fra questi, in particolare, gli accordi di programma e le convenzioni ex artt. 30 e 34 del D.Lgs. n. 267/2000), costituirebbero ipotesi di *autocoordinamento occasionale*, intercorrendo fra amministrazioni poste fra loro in relazione di equiordinazione e non dando luogo, come nel caso delle figure di *autocoordinamento stabile* (come i consorzi tra comuni e le unioni di comuni ex artt. 31 e 32 del D.Lgs. n. 267/2000), ad una struttura deputata in modo stabile o prolungato a curare il coordinamento delle iniziative di più amministrazioni.

L'importanza e la diffusione degli accordi tra pubbliche Amministrazioni può così ben comprendersi, in un contesto ordinamentale organizzato nel senso del pluralismo autonomistico, espressione di un sistema costituzionale fondato sui principi cardine dell'autonomia locale e del decentramento amministrativo, nel quale però si assiste spesso ad una poco fruttuosa frammentazione e dispersione delle funzioni e dei compiti amministrativi fra centri decisionali e livelli organizzativi che vanno moltiplicandosi e a volte sovrapponendosi <sup>(12)</sup>.

In un tale scenario gli accordi c.d. organizzativi <sup>(13)</sup> diventano “*strumenti di risoluzione della complessità, capaci di garantire un margine di flessibilità e adattabilità all'azione amministrativa modellata per centri e ambiti di competenza*” <sup>(14)</sup>, ed attraverso i quali “*si viene a ricomporre un quadro istituzionale magmatico e decomposto*” <sup>(15)</sup>.

Non può però sottacersi il fatto che, trovando gli accordi in esame vasta e variegata applicazione sul versante dell'organizzazione e della prestazione di servizi, gli stessi perseguono mediante il coordinamento delle azioni e dei diversi apparati amministrativi, livelli più elevati di *efficienza* ed *economicità*. Per cui, mentre sotto questo profilo appare evidente il legame con il principio costituzionale del *buon andamento*, analoga relazione di derivazione emerge tra questa forma consensuale di ricomposizione e raccordo di funzioni e competenze frammentate con i principi di *leale collaborazione* e *sussidiarietà dinamica* <sup>(16)</sup>.

Va infine rilevato come gli accordi fra amministrazioni postulino di regola rapporti di equiordinazione, venendo per questo qualificati anche come *accordi orizzontali*; mentre quelli tra amministrazioni e privati, vengono anche definiti *accordi verticali*, in quanto strumenti “alternativi” di esercizio di una potestà amministrativa che, riguardando una relazione fra soggetti reciprocamente sovraordinati e subordinati, ben potrebbe sfociare in atti unilaterali <sup>(17)</sup>.

## 2. L'art. 15 quale paradigma generale degli accordi tra pubbliche amministrazioni.

---

<sup>12</sup> Cfr. A. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., 1195, il quale sottolinea come il fenomeno della stipula di convenzioni tra soggetti pubblici a fini di coordinamento e di collaborazione costituisce un fenomeno che, pur da tempo invalso nella prassi amministrativa, è stato oggetto di disciplina legislativa soprattutto a partire dagli anni settanta: “esso costituisce diretta espressione della pluralità di centri di riferimento e della frammentazione di competenze amministrative che ha caratterizzato il diritto amministrativo negli ultimi decenni ed in ordine alla quale, soltanto di recente, sembra aversi una inversione di tendenza”.

<sup>13</sup> Secondo la nota qualificazione risalente a M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1988, 368.

<sup>14</sup> B.L. BOSCHETTI, *Gli accordi organizzativi nell'equilibrio del sistema giuridico tra unità e differenziazione*, in *Amministrare*, 2008, n. 1/2, 49.

<sup>15</sup> F. CARINGELLA, *op. cit.*, 1739. In argomento, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 5 gennaio 2001, n. 25, secondo cui negli accordi tra diverse amministrazioni pubbliche “il pubblico interesse si presenta, sotto il profilo delle amministrazioni che devono provvedere alla sua tutela, non come un'entità unitaria, ma come una *realtà frazionata* (ciascuna organizzazione amministrativa se ne occupa sotto uno specifico profilo). In molti casi solo il positivo esercizio di più poteri amministrativi autonomi consente il raggiungimento dei risultati prefissati e l'accordo tra le amministrazioni interessate costituisce il migliore strumento per garantire una forma di coordinamento idonea al soddisfacimento del pubblico interesse (o meglio dei diversi interessi pubblici, di cui sono portatrici le differenti amministrazioni interessate)”.

<sup>16</sup> B.L. BOSCHETTI, *op. cit.*, 48.

<sup>17</sup> In tal senso, N. BASSI, *op. cit.*, 82.

Gli accordi organizzativi tra pubbliche amministrazioni trovano dunque il loro referente normativo generale nell'art. 15 della legge n. 241/1990, con il quale si è avuta “*la canonizzazione in via generale della possibilità, da parte delle amministrazioni pubbliche, di concludere fra loro accordi per lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune*”<sup>(18)</sup>.

Il contenuto estremamente scarno e generico della disciplina normativa recata dalla disposizione in esame, fa dell'art. 15 una “*norma di carattere generale aperta a qualsiasi contenuto*”<sup>(19)</sup>, che si propone quale “*fonte generale del potere di stipulare accordi*”<sup>(20)</sup> da parte delle amministrazioni pubbliche.

Da tale disposizione, pertanto, deriva per queste ultime una generale legittimazione a ricorrere a siffatti moduli consensuali, indipendentemente da una specifica abilitazione legislativa, con conseguente piena facoltà di procedere alla stipulazione di ipotesi convenzionali diverse ed ulteriori da quelle tipizzate dal legislatore, ferma restando l'obbligatorietà di taluni degli strumenti tipizzati introdotta per via legislativa<sup>(21)</sup>.

Da tale riconosciuta *valenza generale*, discende inoltre l'ascrivibilità “*al paradigma generale compendiato nella fattispecie di cui all'art. 15 l. proc., di tutti gli accordi tipizzati o meno che siano, intervenuti fra amministrazioni?*”, non frapponendo a tal fine detta disposizione alcuna limitazione legislativa, né per l'oggetto né per la procedura<sup>(22)</sup>.

L'abilitazione normativa recata dalla norma è infatti talmente ampia da ricomprendere agevolmente - in un rapporto di *genus ad speciem*<sup>(23)</sup> - “*qualsiasi ipotesi di negoziazione intercorrente fra soggetti pubblici e coinvolgente le rispettive potestà amministrative*”<sup>(24)</sup>, con l'ulteriore significativa conseguenza di attrarre, dal punto di vista sostanziale, nell'orbita della disciplina privatistica il regime giuridico di tali moduli convenzionali (attraverso il meccanismo del richiamo condizionato contenuto nel secondo comma dell'art. 15) nonché di affermare, dal punto di vista processuale, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le controversie ad essi relative.

Il che riveste carattere di rilevante novità, se solo si considera che, prima dell'avvento della disposizione in esame, alle ipotesi tipiche di accordi stipulati tra pubbliche amministrazioni veniva pacificamente riconosciuta natura pubblicistica, i relativi rapporti si ritenevano disciplinati da atti

---

<sup>18</sup> R. FERRARA, *Gli accordi di programma*, Padova, 1993, 27. Sul punto cfr. anche Cass. civ., Sez. un., 14 giugno 2005 n. 12725, secondo cui la disposizione di cui all'art. 15, “contenuta in un testo normativo che ha carattere di legge generale sul procedimento amministrativo” configura “un modulo convenzionale di valenza generale attraverso il quale le amministrazioni che partecipano all'accordo rendono possibile e disciplinano il coordinato esercizio di funzioni proprie, nella prospettiva di un risultato di comune interesse, individuato attraverso uno specifico procedimento amministrativo”.

<sup>19</sup> F. CARINGELLA, *op. cit.*, 1742.

<sup>20</sup> E. CASETTA, *op. cit.*, 580.

<sup>21</sup> B.L. BOSCHETTI, *op. cit.*, 52.

<sup>22</sup> In questi termini: N. BASSI, *op. cit.*, 87. In senso analogo F. CARINGELLA, *op. loc. cit.*, il quale evidenzia che nella “disciplina piuttosto scarna e generica” dell'art. 15, “non è prevista una particolare procedura per addivenire all'accordo, non sono individuati i soggetti che possono concludere l'accordo, ancora non è precisato l'oggetto dell'accordo che, quindi, non va delimitato ai programmi inerenti future iniziative”.

<sup>23</sup> Cfr. F. CARINGELLA, *op. loc. cit.*, per il quale l'art. 15 “rappresenta il *genus* di tutti gli accordi tra pubbliche amministrazioni”.

<sup>24</sup> N. BASSI, *op. loc. cit.*

amministrativi, fonte esclusivamente di posizioni di interesse legittimo, e soggetti al regime proprio degli atti pubblici con riferimento, in particolare, all'efficacia, alla validità e al ritiro degli atti <sup>(25)</sup>.

Oggi, invece, a seguito dell'introduzione della disposizione in commento, gli accordi organizzativi tra pubbliche amministrazioni non solo vengono proiettati oltre i limiti angusti della tipicità <sup>(26)</sup>, ma “*si aprono anche all'applicazione di norme di diritto privato*” <sup>(27)</sup>, o per meglio dire - onde dar conto della maggiore portata dirompente dell'innovazione legislativa - mutano radicalmente le loro tradizionali coordinate normative facendo della disciplina privatistica il loro regime giuridico di riferimento <sup>(28)</sup>.

### 3. L'ambito di applicazione dell'art. 15 e i rapporti con le figure consensuali affini...

Sulla base delle suesposte considerazioni vengono pertanto ricondotte nell'ampio alveo applicativo dell'art. 15 - con conseguente estensione del relativo regime giuridico *ivi* previsto - gli *accordi di programma* disciplinati dall'art. 34 del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 <sup>(29)</sup>, le *convenzioni* <sup>(30)</sup> e

---

<sup>25</sup> In tal senso, con particolare riferimento ai consorzi tra enti locali: A. DI MARIO, *Il recesso dagli accordi tra amministrazioni abbandona l'autotutela*, nota a TAR Lombardia, Milano, sez. I, 8 novembre 2004, n. 5620, in *Urb. e App.*, 2005, 7, 839.

<sup>26</sup> Cfr. B.L. BOSCHETTI, *op. loc. cit.*, secondo la quale “dietro l'atipicità che l'art. 15 della legge 241/90 suggerisce, si cela, almeno in parte, la tipicità degli strumenti di raccordo previsti dalla legislazione nazionale, quali ad esempio le convenzioni e gli accordi di programma, nonché dalla stessa legislazione regionale. Come la giurisprudenza ha però avuto modo di osservare, proprio la previsione in via generale della possibilità di concludere accordi tra pubbliche amministrazioni ha sottratto tali strumenti agli ambiti ristretti cui sembravano confinati: essi costituiscono, insomma, per effetto dell'art. 15 della legge 241/90, delle specie del genere accordi organizzativi, che trovano i propri limi oggettivi esclusivamente nella definizione normativa del tipo di fattispecie nei quali possono essere utilizzati”.

<sup>27</sup> A. DI MARIO, *op. ult. cit.*

<sup>28</sup> Si v. in proposito N. BASSI, *Difetto assoluto di attribuzione e nullità degli accordi amministrativi: alla ricerca di un difficile equilibrio*. Nota a T.A.R. Milano Lombardia, sez. I, 12 febbraio 2009, n. 1253, in *Foro amm. - TAR*, 2009, 2, 329: “ritengo, in altri termini, che quando si tratta di accordi amministrativi il rapporto fra diritto comune e diritto pubblico vada inteso in senso rovesciato rispetto all'approccio consueto: non si deve cioè di volta in volta trovare una giustificazione all'applicazione di regole di diritto privato in deroga alla disciplina propriamente amministrativa, ma è semmai l'applicazione di quest'ultima in deroga al diritto comune a dover essere supportata da oggettive e non altrimenti appagabili ragioni di funzionalizzazione”.

<sup>29</sup> *Ex multis*: T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 30 aprile 2010, n. 1635; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 14 gennaio 2009, n. 90; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 22 giugno 2009, n. 4095. Cfr. inoltre Cons. Stato, sez. VI, 5 gennaio 2001, n. 25: “l'istituto dell'accordo di programma, già previsto nel nostro ordinamento da alcune leggi speciali, è stato reso di generale applicazione dall'art.15 della legge n.241/90 e dall'art.27 della legge n.142/90. Il rapporto tra le due norme è un rapporto di genere a specie, assumendo gli accordi organizzativi di cui al citato art.15 una valenza generale e gli accordi di programma di cui all'art. 27 una sotto-categoria relativa ad un'individuata fattispecie. Nello stesso senso anche Cass. civ., Sez. un., 14 giugno 2005, n. 12725 secondo cui il rapporto tra l'accordo di programma, che trova la propria disciplina nell'art. 34 del D.Lgs. n. 267 del 2000, e gli accordi di cui all'art. 15 della legge n. 241 del 1990, si delinea come un rapporto di genere a specie, configurando quest'ultima disposizione, contenuta in un testo normativo che ha carattere di legge generale sul procedimento amministrativo, un modulo convenzionale di valenza generale attraverso il quale le amministrazioni che partecipano all'accordo rendono possibile e disciplinano il coordinato esercizio di funzioni proprie, nella prospettiva di un risultato di comune interesse, individuato attraverso uno specifico procedimento amministrativo”.

<sup>30</sup> “La convenzione costitutiva di un consorzio fra enti locali stipulata ai sensi dell'art. 30 D.lgs. n. 267/2000 (espressamente evocato nel successivo art. 31, comma 2, per la disciplina delle modalità di costituzione dei consorzi), rappresenta una specie del genere più ampio degli accordi tra pubbliche amministrazioni di cui all'art. 15, legge n. 241/1990, ai quali sono certamente applicabili, in virtù del richiamo all'art. 11, comma 2, stessa legge, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili”. In questi termini: TAR Lombardia, Milano, sez. I, 8 novembre 2004, n. 5620; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 1 dicembre 2005, n. 2496. In proposito A. DI

i *consorzi di funzioni* tra enti locali <sup>(31)</sup> previsti rispettivamente dagli artt. 30 e 31 del già citato D.Lgs. n. 267/2000, i *protocolli di legalità* stipulati tra gli Uffici Territoriali del Governo (ex Prefetture) ed enti pubblici per l'attuazione di efficaci politiche di prevenzione antimafia nel settore degli appalti pubblici <sup>(32)</sup>, le *intese istituzionali di programma* previste dall'art. 2, comma 203, della legge 23 dicembre 1996, n. 662 <sup>(33)</sup>, gli accordi raggiungibili all'interno del sistema delle Conferenze Stato - Autonomie locali (Conferenza Stato - Regioni e Conferenza Unificata), cui si aggiungono tutta una serie di ipotesi previste da specifiche disposizioni di legge che presentano i caratteri propri degli accordi organizzativi tra amministrazioni pubbliche <sup>(34)</sup>, o che costituiscono a loro volta

---

MARIO, *op. cit.*, 840, evidenzia "la coincidenza di struttura tra convenzioni ed accordi", per cui ne consegue che "tra gli accordi dell'art. 15 L. 241/90 e le convenzioni dell'art. 30 D.Lgs. 267/2000 esiste un rapporto di *genus ad speciem* che giustifica l'attrazione delle seconde nell'alveo dei primi".

<sup>31</sup> Cons. Stato, sez. V, 8 ottobre 2008, n. 4952: il consorzio costituito ai sensi dell'art. 31 del T.U.E.L. per la gestione associata, da parte degli Enti locali che vi aderiscono, del servizio di polizia municipale (...) rientra nell'ampia categoria generale degli accordi fra amministrazioni pubbliche, previsti dall'art. 15 della l. 241/90. In senso analogo: T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 2 agosto 2007, n. 721; Cons. Stato, sez. VI, 4 giugno 2004, n. 3490. *Contra* T.A.R., Marche, Ancona, sez. I, 30 giugno 2006, n. 506: secondo cui "la costituzione di un consorzio tra enti pubblici neppure indirettamente ha fonte normativa legittimante nel suindicato art. 15 della legge n. 241/1990, ma nell'art. 31 del D.Lgs. n. 267/2000 (*ex art.* 25 della legge n. 142/1990) e le norme sulla giurisdizione non possono essere applicate oltre i casi espressamente previsti dalla legge, tenuto conto, per di più che il citato art. 15 della legge n. 241/1990 costituisce solo un ampliamento delle ipotesi di cui al precedente art. 14, a sua volta relativo all'attività coordinata per lo svolgimento di procedimenti amministrativi sostanzialmente unitari, quando richiedono l'intervento di più Amministrazioni; in ogni caso, anche ipotizzando una qualche precedente correlazione tra le due fattispecie normative (come in precedenza ravvisato dalla giurisprudenza), l'effettivo ambito di applicazione dell'art. 15 della legge n. 241/1990 non può più, ora, essere inteso in modo elusivo di quanto disposto dalla sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale, cioè, per un verso, ripristinando, di fatto, l'ambito di operatività dell'art. 33, lett. b), del D.Lgs. n. 88/1990, e, per altro, verso, estendendo la giurisdizione esclusiva amministrativa anche alle controversie sui "pubblici servizi" che non solo non riguardano atti di relativa "concessione", ma che hanno ad oggetto diritti soggettivi patrimoniali, espressamente ancora riservate alla giurisdizione ordinaria dalla sentenza stessa".

<sup>32</sup> Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 30 giugno 2006, n. 7223; *id.* 3 agosto 2006, n. 7849, secondo le quali "il cd. protocollo di legalità va qualificato sotto il profilo formale come un accordo fra pubbliche amministrazioni, concluso ai sensi dell'art. 15 della legge n. 241 del 1990, per disciplinare e sviluppare la collaborazione in attività di interesse comune, nella specie riguardanti l'attuazione di una corretta ed efficace politica di prevenzione antimafia nel delicato settore degli appalti pubblici, mediante la predisposizione di modalità e strumenti appropriati a contrastare l'inquinamento della criminalità organizzata. In tale quadro, viene previsto che la stazione appaltante inserisca nei propri bandi di gara, ai fini delle valutazioni discrezionali ammesse dalla legge, la potestà per l'ente di escludere i concorrenti per i quali il Prefetto abbia fornito informazioni antimafia ai sensi dell'art. 1-*setpites* del decreto legge n. 629 del 1982".

<sup>33</sup> Che nell'ambito dei diversi strumenti di programmazione negoziata previste dalla legge finanziaria per il 2007, sono le uniche ad essere riservate alle sole amministrazioni. Con riferimento alla programmazione negoziata, cfr. R. FERRARA, *Gli accordi fra le amministrazioni pubbliche*, *cit.*, 678, secondo cui "è la disciplina in materia di programmazione negoziata a rappresentare in qualche modo il punto di approdo di quel vasto processo di riscrittura del diritto amministrativo che ha avuto (e continua ad avere) il suo baricentro nell'implementazione della consensualità, e segnatamente della consensualità nel contesto delle relazioni intersoggettive fra i principali attori pubblici del sistema multilivello". In giurisprudenza, si v. Cass. civ., Sez. un., 8 luglio 2008, n. 18630, che nel pronunciarsi su un patto territoriale - che, ai sensi della l. n. 662 del 1996, art. 2, commi 203 e ss., costituisce una delle possibili forme della programmazione negoziata - ha posto in rilievo come tale strumento abbia portato "ad ulteriori sviluppi l'utilizzazione del modello consensuale, sia nei rapporti della Pubblica Amministrazione con i privati, che quale strumento di coordinamento dei vari enti pubblici fra loro", evidenziando in particolare come il patto territoriale oggetto d'esame (per la Provincia di Pisa) "si sia tradotto in un accordo che avendo coinvolto parti pubbliche e private, assomma in sé, unificandole in una sorta di sintesi evolutiva, le diverse ipotesi di cui alla L. n. 241 del 1990, artt. 11 e 15".

<sup>34</sup> La giurisprudenza offre inoltre in proposito un ampio ventaglio di esempi: cfr., fra le tante, T.A.R. Molise, Campobasso, sez. I, 12 maggio 2008, n. 218, che ha affermato l'applicabilità della disciplina di cui all'art. 15 cit. ad un *accordo* sottoscritto tra Ministro della Salute, Ministro dell'Economia e delle Finanze, e Regione Molise, ai sensi dell'art. 1, comma 180, della legge 30 dicembre 2004 n. 311.



fattispecie ascrivibili alla figura dell'accordo di programma, coniate dal legislatore già prima dell'introduzione della disposizione di riferimento nell'ambito della normativa in materia di enti locali (art. 27 della legge n. 142/1990, ora trasfusa nell'art. 34 del D.Lgs. n. 267/2000) <sup>(35)</sup>.

Dalla qualificazione in termini di specialità del rapporto intercorrente fra le figure di accordi organizzativi previste da specifiche norme legislative e la “*norma base*” di cui all'art. 15 <sup>(36)</sup>, deriva la configurabilità per dette fattispecie consensuali di un regime giuridico “a contenuto variabile”, frutto della combinazione della disciplina di dettaglio di volta in volta contenuta nelle specifiche disposizioni normative e lo “sfondo normativo” costituito dalla disciplina generale recata dall'art. 15.

A quest'ultima, pertanto, occorrerebbe far riferimento solo in via sussidiaria, ovvero in difetto di una diversa specifica regolamentazione che, in virtù del suo carattere generale, sarebbe solo chiamata a “completare” <sup>(37)</sup>.

#### 4. ...in particolare: l'accordo di programma.

La tematica sopra esposta ha assunto particolare rilevanza con riferimento al rapporto intercorrente tra la disciplina prevista dall'art. 15 cit. e quella dell'**accordo di programma** contenuta nell'art. 34 del D.Lgs. n. 267/2000. L'importanza della questione discende dall'ampia diffusione, nella prassi, del ricorso a siffatta tipologia di accordo, ma anche dal fatto che la disciplina recata dall'art. 34 assume a sua volta carattere generale rispetto alle altre tipologie di accordi di programma previsti dalla legislazione di settore, relativi ad opere, interventi o programmi di intervento di competenza delle regioni, delle province o dei comuni <sup>(38)</sup>.

Anche in questo caso - in piena coerenza con le indicazioni interpretative sopra riportate - l'orientamento di gran lunga prevalente sia in dottrina che in giurisprudenza sostiene che “*il rapporto tra le due norme è un rapporto di genere a specie, assumendo gli accordi organizzativi di cui al citato art. 15 una valenza generale e gli accordi di programma di cui all'art. 27 (ora art. 34 del D.Lgs. n. 267/2000)*

---

<sup>35</sup> Si vedano in proposito gli esempi citati da D. PONTE, *op. cit.*, 656, tra i quali figurano le intese fra Stato e Regioni di cui all'art. 81, c. 2 e 3, del d.P.R. n. 616/77 per la localizzazione e la scelta del tracciato delle opere da eseguirsi da amministrazioni statali in rapporto alla pianificazione urbanistica locale, la figura dell'accordo di cui all'art. 25 della legge n. 210/1985 relativo all'esecuzione e localizzazione di opere ferroviarie, le ipotesi di accordo di cui alla legge n. 305/1989 relative alla programmazione triennale per la tutela dell'ambiente. Cfr. inoltre l'accordo di programma previsto in funzione dell'attuazione del piano di risanamento ambientale dell'area industriale e portuale di Genova dall'art. 4, comma 10, della legge 9 dicembre 1998, n. 426, recante “Nuovi interventi in campo ambientale”, su cui si v. Cons. Stato, sez. IV, 10 agosto 2001, n. 4206, nonché la fattispecie disciplinata dall'art. 1, comma 5, della l. 6 dicembre 1991, n. 394, secondo cui “Nella tutela e nella gestione delle aree naturali protette, lo Stato, le regioni e gli enti locali attuano forme di cooperazione e di intesa ai sensi dell'articolo 81 del D.P.R. 24 luglio 1977, n. 616, e dell'articolo 27 della L. 8 giugno 1990, n. 142”.

<sup>36</sup> Così la qualifica E. CASETTA, *op. cit.*, 581.

<sup>37</sup> Nel caso in esame, infatti, dall'applicazione del criterio di specialità non discende solo la prevalenza della disciplina particolare su quella generale (*lex specialis derogat generali*), ma anche una funzione “integrativa” della seconda rispetto alla prima, in ossequio al rapporto di contenenza fra loro intercorrente.

<sup>38</sup> Cfr. E. CASETTA, *op. loc. cit.*, il quale evidenzia che la disciplina contenuta nell'art. 34 del D.Lgs. n. 267/2000 è “applicabile a tutti gli accordi di programma contemplati da leggi vigenti relativi ad opere, interventi o programmi di intervento di competenza delle regioni, delle province o dei comuni”.

una sotto-categoria relativa ad un'individuata fattispecie ("definizione ed 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")<sup>39</sup>). Da tale rapporto consegue che le peculiarità dell'accordo ex art. 34 derogano alla disciplina dell'art. 15, per cui "quest'ultimo si applicherà solo in presenza di lacune dell'art. 34"<sup>40</sup>).

Senonché l'introduzione dell'art. 15 nella legge generale sul procedimento non avrebbe prodotto solo il limitato effetto di assicurare agli accordi organizzativi una cornice normativa di riferimento cui poter attingere onde colmare le lacune presenti nella regolamentazione normativa delle varie figure previste.

A ben vedere, infatti, "la previsione in via generale della possibilità di concludere accordi tra pubbliche amministrazioni ha sottratto tali strumenti agli ambiti ristretti cui sembravano confinati: essi costituiscono, insomma, per effetto dell'art. 15 della legge 241/90, delle specie del genere accordi organizzativi, che trovano i propri limiti oggettivi esclusivamente nella definizione normativa del tipo di fattispecie nei quali possono essere utilizzati"<sup>41</sup>).

In altri termini, l'art. 15 non ha solo dato fondamento positivo all'affermazione di una generale legittimazione delle pubbliche amministrazioni a ricorrere allo strumento degli accordi organizzativi a prescindere da una specifica previsione normativa, ma ha impresso valenza generale anche alle figure di accordi già previste nel nostro ordinamento, consentendo loro di affrancarsi dai limiti insiti nella loro disciplina tipica e di aprirsi a prospettive applicative prima inimmaginabili, i cui confini sono ora segnati esclusivamente dalla loro (peraltro molto ampia) definizione normativa.

Si è così potuto affermare, in particolare, che l'istituto dell'accordo di programma, reso di generale applicazione dall'art. 15 della legge n. 241/90 e dall'art. 27 della legge n. 142/90 (ora art. 34 del D.Lgs. n. 267/2000), è strumento idoneo a modificare anche strumenti di pianificazione ultra comunali come un piano territoriale paesistico, pur in assenza di una specifica abilitazione in tal senso da parte della norma di riferimento. Ciò perché i commi 4 e 5, dell'art. 27, della legge n.142/90 (ora art. 34 del D.Lgs. n. 267/2000), che sembrano limitare l'oggetto dell'accordo di programma alla variazione dei solo strumenti urbanistici, dettano in realtà una *disciplina specifica* in caso di variazione degli strumenti urbanistici di competenza comunale, ma non limitano in tal

---

<sup>39</sup> Cons. Stato, sez. VI, 5 gennaio 2001, n. 25. Cfr. inoltre le sentenze riportate a nota 29. Negli stessi termini F. CARINGELLA, *op. loc. cit.*, secondo cui "l'art. 15 rappresenta il genus di tutti gli accordi tra pubbliche amministrazioni, rispetto al quale l'art. 34 del D.Lgs. n. 267/2000 delinea una species".

<sup>40</sup> F. CARINGELLA, *op. loc. cit.*

<sup>41</sup> B.L. BOSCHETTI, *op. cit.*, 52, la quale prosegue precisando che "così, ad esempio, per gli accordi di programma il limite oggettivo corrisponde alla sola prima parte dell'art. 34, comma 1, del Tuel, ove si richiama la definizione ed 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; mentre per le convenzioni di cui all'art. 30 del Tuel, il limite oggettivo corrisponde alla necessità di garantire lo svolgimento in forma associata di funzioni e servizi, o la costituzione di uffici comuni".

senso ed in assoluto l'utilizzo dello strumento dell'accordo di programma. Detto accordo, invece, incontra i propri limiti oggettivi solo nella sua definizione normativa ("definizione ed 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"), riferendosi le successive disposizioni dell'art. 27 alle modalità e agli effetti dell'utilizzo dello strumento o alla disciplina di alcune particolari ipotesi (come appunto quella prevista dai commi 4 e 5) <sup>(42)</sup>.

In altri termini, l'art. 34 D.Lgs. n. 267/2000 - come pure l'art. 30 che il medesimo decreto legislativo destina a disciplinare le convenzioni stipulate fra enti locali "*al fine di svolgere in modo coordinato funzioni e servizi determinati*" - contiene una possibile variante della disciplina dell'accordo di programma, ma non la esaurisce, potendo questa figura consensuale assumere ora i contenuti più svariati nell'ambito dell'ampia portata applicativa consentita dall'art. 15.

## **5. Accordo di programma e giurisdizione secondo una (autorevole) tesi minoritaria.**

In distonia con l'orientamento predominante sopra riportato, autorevole (ma minoritaria) dottrina ha però evidenziato che nell'art. 15 sono presenti due disposizioni che non possono avere carattere generale e che, limitandone la portata, impediscono di stabilire tra la fattispecie disciplinata nella disposizione in esame e le altre ipotesi di accordi organizzativi quel rapporto di *genus ad speciem* comunemente sostenuto.

Il riferimento è al terzo comma dell'art. 11 della legge n. 241/90, che sottopone gli accordi sostitutivi di provvedimenti ai medesimi controlli previsti per gli atti sostituiti - norma incompatibile con il regime degli accordi organizzativi, traducendosi in una pesante limitazione dell'autonomia degli enti interessati - e al quinto comma della medesima disposizione che riserva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi: quest'ultima, infatti, configurandosi quale regola di carattere eccezionale in quanto derogatoria dell'ordinario criterio di riparto della giurisdizione, non sarebbe suscettibile di essere estesa ad altre ipotesi di accordi tra pubbliche amministrazioni. Per tutta conseguenza, la disciplina dell'art. 15 della legge 241, al pari delle altre disposizioni disciplinanti ipotesi di accordi fra p.a., sarebbe solo una *species* del *genus* di matrice dottrinale degli accordi tra pubbliche amministrazioni <sup>(43)</sup>.

---

<sup>42</sup> Così, testualmente, Cons. Stato, sez. VI, 5 gennaio 2001, n. 25.

<sup>43</sup> G GRECO, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 160. *Contra* F. CARINGELLA, op. cit., 1743, il quale, sul presupposto della qualificazione in termini di specialità del rapporto tra le disposizioni in esame, sostiene che poiché "l'art. 34 del D.Lgs. n. 267/2000 tace in tema di giurisdizione, deve applicarsi il disposto dell'art. 15, con l'effetto che sul punto la disciplina prevista da quest'ultimo finisce per operare un'eterointegrazione rispetto all'insieme di disposizioni dettate dalla normativa sugli enti locali". In senso conforme a quest'ultima indicazione interpretativa anche la giurisprudenza secondo cui "l'art. 34 del D.Lgs. 267/2000, al pari del resto del previgente art. 27 della legge 142/1990, non prevede espressamente la giurisdizione del giudice amministrativo per le controversie sull'esecuzione

## 6. I moduli consensuali delle pubbliche Amministrazioni non rientranti nella categoria degli accordi organizzativi.

Ma per quanto ampio possa essere considerato l'ambito di applicazione della disciplina recata dall'art. 15, ad esso non possono essere ricondotti tutti gli atti a struttura consensuale utilizzabili nei rapporti tra enti pubblici.

In proposito va preliminarmente evidenziata la netta linea di demarcazione che deve separare gli accordi organizzativi in esame dai contratti di diritto privato stipulati dalle pubbliche amministrazioni.

Mente i primi assumono a proprio oggetto "*l'esplicazione di una potestà pubblicistica*", soggiacciono al regime giuridico delineato dal combinato disposto degli artt. 11 e 15 della legge 241/90 e scontano, per tutta conseguenza, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, i secondi consistono invece in fattispecie, pur convenzionali, che tuttavia "*riguardano un segmento dell'azione amministrativa non contraddistinto dalla presenza di poteri autoritativi*"<sup>(44)</sup>, e sono come tali integralmente assoggettati alle norme del diritto privato e alla giurisdizione del giudice ordinario.

Non possono inoltre ricondursi nell'alveo degli accordi amministrativi le fattispecie consensuali che, pur se correlate all'esercizio di potestà amministrative, si collocano all'interno del procedimento con mera funzione servente rispetto all'adozione del provvedimento finale ovvero non danno luogo ad un effettivo incontro di volontà da cui scaturisca l'assunzione di reciproci impegni<sup>(45)</sup>.

---

dell'accordo; tuttavia la dottrina e la giurisprudenza appaiono concordi nel ritenere che, sotto il profilo della tutela giurisdizionale, l'accordo di cui all'art. 34 costituisca una specie del più ampio genere degli accordi di cui agli articoli 11 e 15 della legge 241/1990, per cui la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, prevista esplicitamente per questi ultimi, vale anche per gli accordi di programma di cui all'art. 34 del TUEL". In tal senso T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 22 giugno 2009, n. 4095; T.A.R. Liguria, sez. I, 29 gennaio 2001, n. 52, nonché Cass. civ., Sez. un., 14 giugno 2005, n. 12725.

<sup>44</sup> N. BASSI, *Accordi amministrativi*, op. cit., 89, il quale comunque avverte che il criterio sostanziale proposto, basato sull'accertamento della natura dell'oggetto dell'ipotesi pattizia, è "semplice ad enunciarsi, anche se non sempre di agevole applicazione", per cui è necessario che la verifica sia "condotta caso per caso, in stretta aderenza al contenuto concreto della clausole pattizie, rifuggendo dalla tentazione di rifugiarsi in comode (ma, alla prova dei fatti, non significative) concettualizzazioni aprioristiche. Come anche la giurisprudenza ha dimostrato ormai di aver compreso, non è dunque l'astratta titolarità o meno di una potestà in capo all'amministrazione contraente a esigere di ascrivere l'atto convenzionale alla categoria degli accordi amministrativi piuttosto che a quella dei contratti: ciò che è decisivo è viceversa l'effettiva interferenza provocata dalla regolamentazione concordata sulle possibilità di scelta discrezionale ammesse dalla norma attributiva della competenza". Sulla distinzione tra *contratto di diritto privato* stipulato tra pubbliche amministrazioni (il cui oggetto è di diritto comune ed il cui regime è in tutto e per tutto quello privatistico) e *convenzioni pubblicistiche* (il cui oggetto è pubblico, consistendo esso "*nella disposizione di pubblici poteri, o di beni, servizi o attività pubblicisticamente qualificate*"), si era espresso già G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984, 315.

<sup>45</sup> Criterio, quest'ultimo, indicato da G. GRECO, *Accordi amministrativi*, cit., 181, mentre N. BASSI, *Accordi amministrativi*, cit., 87, per valutare la riferibilità di una fattispecie consensuale alla figura generale di cui all'art. 15, richiede che la stessa "generi un collegamento fra le amministrazioni suscettibile di protrarsi nel tempo e, comunque, che essa sia davvero fondata sul consenso (necessario) di tutti i soggetti pubblici destinati ad essere vincolati dai suoi contenuti".

E' il caso, ad esempio della conferenza di servizi che, pur presentando analogie ed una certa affinità funzionale con l'istituto degli accordi amministrativi <sup>(46)</sup>, se ne differenzia per la sua natura di “*metodo di azione amministrativa*”, vale a dire di “*strumento procedimentale preordinato all'emanazione di un atto, mentre gli accordi sono atti giuridici, finali essi stessi*” <sup>(47)</sup>.

A ciò si aggiunga che, pur facendo riferimento la disciplina normativa concernente la conferenza di servizi - o, almeno, quella decisoria - all’“assenso” o al “consenso” e anche al dissenso dei vari rappresentanti delle Amministrazioni partecipanti, “*non pare che si possa parlare di accordi amministrativi, conclusi o meno. E ciò per la saliente ragione che di per sé la conferenza dei servizi è un mero modulo procedimentale acceleratorio e sostitutivo di quelli ordinari in funzione di coordinamento, ma non comporta incontro di volontà fra Amministrazioni e dunque accordo con reciproci impegni*” <sup>(48)</sup>.

Per analoghe motivazioni non sono assimilabili ad accordi amministrativi le intese ed i concerti, che peraltro parte della dottrina <sup>(49)</sup> qualifica in termini di *accordi preliminari*, e che con gli accordi in esame condividono l'appartenenza alle figure di autocoordinamento occasionale: vi osta la loro natura di meri atti interni al procedimento, finalizzati all'adozione del provvedimento finale, e come tali privi di autonoma rilevanza esterna <sup>(50)</sup>.

Non vengono infine pacificamente ricondotti agli accordi di cui all'art. 15 i c.d. protocolli di intesa stipulati fra amministrazioni, che in difetto di una precisa disciplina positiva, vengono equiparati a mere dichiarazioni di intenti, ad espressioni di mera volontà politica prive di effettiva rilevanza giuridica <sup>(51)</sup>.

---

<sup>46</sup> D. PONTE, *op. cit.*, 637.

<sup>47</sup> CARINGELLA F., *op. cit.*, 1741.

<sup>48</sup> G. GRECO, *Accordi amministrativi, cit.*, 181, il quale sottolinea che “se è pur vero che proprio le necessità di coordinamento possono comportare un qualche adattamento delle singole posizioni delle Amministrazioni partecipanti, per conciliarle con le altre, in vista di un risultato unitario, è vero d'altra parte che permane l'eterogeneità delle funzioni dei vari soggetti partecipanti e non si realizza quell'incontro di volontà per costituire tra di loro un rapporto giuridico, che è l'elemento imprescindibile di ogni accordo”. L'A. chiarisce inoltre che in senso contrario non depono l'espressione iniziale contenuta nell'art. 15 (“anche al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 14”), la quale “non va intesa nel senso che si tratti di ipotesi ulteriori di accordi rispetto a quelli conclusi nell'ambito della conferenza di servizi ex art. 14”, ma solo nel senso che la stessa “può essere la sede ed un'occasione per le Amministrazioni” per concludere gli accordi in esame, “ma che tale circostanza (...) non esclude che i predetti accordi possano esse conclusi in altra sede e con altre modalità procedurali”. Anche N. BASSI, *Accordi amministrativi, cit.* 88, esclude che le decisioni adottate nel corso di una conferenza di servizi possano essere qualificate come accordi amministrativi. Ciò perché in seno ad essa “da un lato non si crea alcun vincolo durevole fra le amministrazioni partecipanti e, dall'altro, una valutazione favorevole all'iniziativa oggetto del procedimento non richiede il loro unanime assenso”. Sulla differenza fra accordi organizzativi e conferenza dei servizi, cfr. Cons. Stato, sez. V, 24 febbraio 2004, n. 4780. *Contra* sembra esprimersi E. CASETTA, *op. cit.*, 578, che indica la conferenza di servizi quale esempio di accordi fra pubbliche amministrazioni, qualificandolo quale “accordo sostitutivo di parti di procedimento caratterizzate dalla sussistenza di un interesse pubblico prevalente”.

<sup>49</sup> A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, 615.

<sup>50</sup> In questi termini: D. PONTE, *op. cit.*, 633; F. CARINGELLA, *op. cit.*, 1740, il quale precisa che le intese postulano una posizione di equiordinazione fra le amministrazioni interessate, mentre nei concerti si riconosce una posizione di sovraordinazione all'organo concertante.

<sup>51</sup> In proposito va rilevato che la locuzione “protocollo d'intesa” viene spesso utilizzato in modo improprio nella prassi. Ne consegue la necessità che la loro reale portata giuridica venga apprezzata caso per caso, in base al loro effettivo contenuto, ben potendo un atto così denominato dalle amministrazioni firmatarie nascondere contenuti di ben altro valore giuridico. Così, ad esempio, nel caso trattato da Cass. civ., Sez. un., 13 luglio 2006, n. 15893, in occasione del quale ad un “protocollo d'intesa” sottoscritto da alcuni Sindaci è stata riconosciuta natura di accordo

## 7. Accordi organizzativi e principio di legalità: il problema del rispetto dei principi dell'evidenza pubblica.

L'affermazione dell'ampia portata generale della disciplina relativa agli accordi organizzativi non spingersi, inoltre, fino al punto di ammettere che il loro contenuto possa varcare i limiti imposti dall'ordinamento all'esercizio del potere amministrativo assegnato alle pubbliche amministrazioni interessate. Si ripropone quindi, anche con riferimento agli accordi orizzontali, la delicata questione del rapporto fra principio di legalità e accordi fra amministrazioni pubbliche, e quindi dell'individuazione di eventuali limiti che l'applicazione del canone della legalità può opporre alla facoltà dei soggetti che stipulano un accordo amministrativo di determinarne il contenuto dispositivo<sup>(52)</sup>.

Così, ad esempio, pur essendo gli accordi organizzativi strumenti attraverso i quali “ciascuna amministrazione autolimita... la propria discrezionalità in vista di ottenere che la sua competenza si sviluppi in armonia con quelle parallele<sup>(53)</sup>”, si ritiene che il carattere più duttile ed elastico riconosciuto a tali moduli consensuali rispetto ai consueti provvedimenti unilaterali, non consenta di “modificare od alterare le competenze degli organi partecipanti”<sup>(54)</sup>, non potendo giungere l'esigenza di raccordo e

---

tra amministrazioni, in relazione alla L. 7 agosto 1990, n. 241, articoli 15 e 11, essendo emerso dal tenore dell'atto, che lo stesso costituiva “espressione della volontà di assumere impegni giuridici per i rispettivi Comuni di appartenenza, in vista di una comune gestione del servizio di smaltimento dei rifiuti”. Nello stesso senso anche T.A.R. Sardegna, Cagliari, sez. II, 14 aprile 2006, n. 662, che ne pronunciarsi in relazione ad alcuni “protocolli d'intesa” sottoscritti dalla Regione Sardegna, con il Comune di Olbia ed altri comuni della Sardegna per la realizzazione di progetti di promozione turistica, ha respinto le argomentazioni offerte dall'amministrazione regionale resistente (per la quale si trattava di atti “amministrativamente inesistenti” aventi una valenza esclusivamente “politica” non vincolante), ha riconosciuto agli stessi “piena efficacia giuridica” in quanto frutto “dell'incontro delle volontà dei rappresentanti legali di due amministrazioni” ed “espressione di valutazioni e ponderazioni degli interessi pubblici assunte in un certo momento storico da soggetti pubblici cui era legittimamente attribuito lo specifico potere”, inquadrandoli per tutta conseguenza nella fattispecie generale prevista dall'art. 15 cit.. A ben vedere, anche il termine “convenzione” viene spesso utilizzato in modo impreciso: cfr. in proposito Cons. Stato, sez. VI, 21 settembre 2006, n. 5565, che nel considerare irrilevante la qualificazione offerta dalle parti all'atto in contestazione, ha ritenuto invece ricorrere nel caso di specie un accordo di programma.

<sup>52</sup> In questi termini, N. BASSI, *Difetto assoluto di attribuzione e nullità degli accordi amministrativi: alla ricerca di un difficile equilibrio*, cit., 325. Secondo l'A., questo rappresenterebbe un “nodo cruciale del regime degli accordi amministrativi”, affrontato però finora “soprattutto con riferimento agli accordi c.d. verticali, cioè a quelli intercorrenti fra pubblica amministrazione e soggetti privati e finalizzati a determinare il contenuto discrezionale dei provvedimenti di competenza della prima o a sostituirli del tutto: l'interrogativo che ha animato il dibattito è stato quindi prevalentemente se, attraverso l'accordo, l'amministrazione possa direttamente o indirettamente imporre alla propria controparte privata obblighi ovvero oneri che non avrebbe potuto introdurre avvalendosi dei suoi ordinari strumenti di azione unilaterale”. In argomento si v. anche G. CUGURRA, *Principio di legalità e amministrazione negoziata*, cit., 3210.

<sup>53</sup> Cons. Stato, Adunanza generale, 19 febbraio 1987, n. 7.

<sup>54</sup> D. PONTE, *op. cit.*, 637. Secondo altro orientamento interpretativo, invece, il ricorso a siffatti moduli di “attività amministrativa concertata (o concordata) tra enti pubblici” consentirebbe a ciascuna amministrazione di scavalcare i limiti legislativamente imposti alla propria competenza, integrando la stessa con la competenza delle altre amministrazioni interessate. In questi termini, I. FRANCO, *Il nuovo procedimento amministrativo commentato*, Padova, 2001, 332, e F. CARINGELLA, *Il procedimento amministrativo*, Napoli, 2000, 137. In argomento cfr. anche R. FERRARA, *Gli accordi fra le pubbliche amministrazioni*, cit., 694, il quale evidenzia come “le intese, gli accordi e i patti comunque denominati finiscono col sostituire molto frequentemente i tradizionali strumenti autoritativi, con effetti sistemici di notevole rilievo: con l'alterazione dell'ordine delle competenze e, talora, in sostituzione della legge, secondo quanto rivela, in più di un caso, la prassi degli accordi Stato/Regioni in sede di conferenza Stato-Regioni o di conferenza unificata, alla luce del D.Lgs. n. 281/1997”.

coordinamento sottesa alla stipula di detti accordi fino ad introdurre deroghe all'assetto delle attribuzioni legalmente sancito <sup>(55)</sup>.

Nella stessa prospettiva si è inoltre evidenziata la necessità che con la stipulazione degli accordi organizzativi non vengano violate le garanzie partecipative previste per i singoli procedimenti <sup>(56)</sup>.

Grande rilievo assume infine in questo contesto, la problematica attinente alla compatibilità degli accordi organizzativi con i principi dell'evidenza pubblica, in relazione alla quale la giurisprudenza si è in più occasioni pronunciata affermando che il ricorso allo strumento del convenzionamento diretto tra pubbliche non costituisce elusione delle regole in materia di concorrenza, *“in quanto l'economicità di un siffatto sistema convenzionale è pur sempre uno dei criteri fondamentali che regolano l'azione amministrativa”* <sup>(57)</sup>.

A tal fine si è però sottolineata la necessità che le prestazioni oggetto dell'accordo rientrino nel novero delle *funzioni istituzionali* dell'organismo pubblico affidatario e siano effettuate *“senza alcun corrispettivo e con la previsione del semplice rimborso delle spese sostenute per lo svolgimento del servizio”* <sup>(58)</sup>.

Tale orientamento ermeneutico, pur sollevando a volte anche voci critiche <sup>(59)</sup>, si è poi arricchito di ulteriori sfaccettature argomentative anche in virtù delle connessioni che la tematica affrontata presenta con i principi comunitari in tema di tutela della concorrenza.

L'asse prospettico della *querelle* interpretativa si è così spostato sul versante della verifica della compatibilità con la disciplina comunitaria contenuti nella direttiva 2004/18 sugli appalti pubblici

---

<sup>55</sup> In argomento si v. T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 12 febbraio 2009, n. 1253, in *Foro amm. - TAR* 2009, 2, 325, con nota di N. BASSI, *Difetto assoluto di attribuzione e nullità degli accordi amministrativi: alla ricerca di un difficile equilibrio, cit.*. Con tale pronunciamento, è stata dichiarata la nullità di un protocollo d'intesa sottoscritto dall'ANAS, dalle Regioni Lombardia ed Emilia Romagna e da altre amministrazioni pubbliche avente ad oggetto il finanziamento dei lavori di ristrutturazione del ponte sul fiume PO a Casalmaggiore (MN), necessari al fine di assicurarne le condizioni di funzionalità e di sicurezza dopo gli eventi alluvionali occorsi tra l'ottobre ed il dicembre 2000. In particolare, il T.A.R. milanese, dopo aver accertato l'incompetenza dell'ANAS (ovvero, più correttamente il suo difetto di attribuzione, per il passaggio del bene dal demanio stradale a quello provinciale) al momento della sottoscrizione del protocollo in questione, ne ha dichiarato la nullità, evidenziando che a medesime conclusioni si giunge sia evocando il vizio di difetto assoluto di attribuzione codificato dall'art. 21 *septies*, l. n. 241 del 1990 (per l'ipotesi in cui si dovesse condividere la tesi della natura pubblicistica degli accordi amministrativi), sia assumendo a riferimento (qualora si preferisse ricondurre gli accordi amministrativi alle categorie privatistiche) la fattispecie del contrasto con normative imperative (sotto il profilo della violazione del c.d. vincolo di scopo) regolata dall'art. 1418 c.c..

<sup>56</sup> In argomento si veda C. Conti, sez. contr., 11 ottobre 2001, n. 36.

<sup>57</sup> Cons. Stato, sez. V, 22 novembre 1996 n. 1396. In argomento anche Cons. Stato, sez. I, 17 aprile 1996 n. 3670, secondo cui *“la comunione di interessi che è alla base degli accordi di collaborazione tra amministrazioni previsti dall'art. 15, l. 7 agosto 1990 n. 241, rende inapplicabili, per la conclusione degli accordi stessi, le regole sulla scelta del contraente risultanti dalle norme sulla contabilità di Stato”*.

<sup>58</sup> T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 16 marzo 2005, n. 612, che ha ritenuto legittimo l'affidamento del servizio di trasporto infermi con autoambulanze a mezzo di una convenzione stipulata ex art.15 l.n.241/90 tra un'Azienda Ospedaliera milanese e la Croce Rossa Italiana, anziché a seguito dell'espletamento di una procedura ad evidenza pubblica aperta alla partecipazione delle imprese operanti nel settore considerato. La decisione è stata confermata in appello da Cons. Stato, sez. V, 12 aprile 2007 n. 1707.

<sup>59</sup> Cfr. D. PONTE, *op. cit.*, 640, secondo il quale *“il ricorso all'accordo non può costituire l'occasione per eludere l'applicazione delle norme sull'evidenza pubblica”*.

<sup>(60)</sup>, dell'affidamento diretto di servizi in favore di un'amministrazione pubblica mediante stipulazione di un accordo fra pubbliche amministrazioni di cui all'art. 15 l. n. 241/90.

La questione ha inoltre assunto ulteriori elementi di complessità a seguito della pronuncia, da parte della Corte di Giustizia dell'U.E., della sentenza 23 dicembre 2009 in C-305/08, con la quale si è riconosciuta la piena legittimazione di soggetti che, come le università degli studi, non perseguano preminentemente scopi di lucro a concorrere all'affidamento di pubblici appalti, in quanto rientranti a pieno titolo nel concetto di *operatori economici* <sup>(61)</sup>.

Con tale ampliamento del concetto di operatore economico operato dalla Corte di Giustizia, si è così rimessa in discussione la validità di una delle argomentazioni offerte dai giudici amministrativi a sostegno del carattere "alternativo" dell'affidamento diretto di servizi ad amministrazioni *ex art. 15* rispetto alle procedure di evidenza pubblica previste in caso di appalto, basata proprio sulla non qualificazione in termini di "operatore economico" di tali amministrazioni aggiudicatrici, non in grado, in quanto tali - poiché non offrono sul mercato i loro servizi - di alterare o comunque danneggiare la concorrenza del mercato <sup>(62)</sup>

Sulla base della richiamata decisione della Corte di Giustizia europea, le università - ed insieme ad esse tutte le amministrazioni aggiudicatrici suscettibili di rientrare nella definizione lata di operatore economico delineata dalla Corte stessa - , si troverebbero così ora a beneficiare di una posizione privilegiata rispetto a quella degli operatori economici "privati" in grado di alterare i principi regolatori del mercato, potendo al pari di questi ultimi partecipare alle procedure di gara per l'affidamento di servizi, ovvero ottenere gli stessi in via diretta mediante la stipulazione di un accordo *ex art. 15 cit.* <sup>(63)</sup>.

Nell'affrontare la vicenda sotto questo nuovo angolo visuale, i più recenti arresti giurisprudenziali hanno però abbracciato soluzioni contrapposte.

In particolare, la V sezione del Consiglio di Stato, con sentenza n. 6548 del 10 settembre 2010, dopo aver passato in rassegna le sentenze pronunciate in argomento dalla Corte di Giustizia europea - e senza riconoscere peraltro alcuna significativa incidenza ai fini della risoluzione della

---

<sup>60</sup> Il riferimento è alla direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 31 marzo 2004 n. 2004/18/CE relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi.

<sup>61</sup> La Corte di Giustizia ha accolto, più precisamente, una accezione amplificata del concetto di "operatore economico", in modo da ricomprendervi ogni soggetto che sia in possesso dei requisiti indicati dal bando e che si reputi idoneo a garantire l'esecuzione della prestazione, indipendentemente dalla natura giuridica, abituale presenza sul mercato, assenza di finanziamenti pubblici o altro.

<sup>62</sup> Cfr. sul punto T.A.R. Liguria, Genova, sez. II, 30 ottobre 2008, n. 1925, che ha riconosciuto la legittimità dell'affidamento diretto mediante convenzione, al Corpo nazionale dei vigili del fuoco, del servizio di elisoccorso da parte della Regione Liguria, in quanto difetterebbe nell'amministrazione aggiudicatrice il carattere di operatore economico (la cui nozione si incentra sull'offerta sul mercato rispettivamente di lavori, opere, forniture o servizi), in assenza del quale non può dirsi ricorrere un appalto di servizi così come definito dalle norme comunitarie e da quelle interne.

<sup>63</sup> Si pensi semplicemente alla possibilità di queste ultime di propendere per l'uno o l'altro strumento a seconda delle differenti possibilità, favorevoli o sfavorevoli, di aggiudicarsi la gara. Cfr., in tal senso, R. LA PIETRA, *L'illegittima partecipazione delle Università alle procedure dei bandi di progettazione*, in [www.centrostudini.it](http://www.centrostudini.it), 11 marzo 2011.



tematica *de quo* alla citata sentenza della Corte di Giustizia 23 dicembre 2009 in C-305/08 -, ha stabilito che “*nella giurisprudenza comunitaria è riconosciuta la possibilità che le amministrazioni pubbliche, ferma la loro legittimazione a concorrere alla pari delle imprese private nelle pubbliche gare, concludano accordi diretti per il perseguimento di fini di interesse pubblico*”, ritenendo per tutta conseguenza legittimo - perché conforme anche al diritto comunitario - l’affidamento disposto dal Comune di Pavia a favore dell’Università degli Studi di Pavia (previa selezione con partecipazione riservata agli istituti universitari, e quindi con esclusione di altri operatori del settore), mediante stipulazione di un accordo *ex art. 15 l. 241/90*, dell’incarico di studio e di consulenza tecnico scientifica per la redazione del Piano di Governo del Territorio comunale <sup>(64)</sup>.

In senso opposto si è invece pronunciata, a distanza di pochi mesi, la medesima V sezione del Consiglio di Stato con ordinanza 15 febbraio 2011 n. 966, con la quale è stata rimessa alla Corte di giustizia europea la questione interpretativa rispetto alla possibile violazione della direttiva appalti pubblici 2004/18 di un affidamento diretto avente ad oggetto un incarico di servizi disposto da una Asl nei confronti di una Università per il tramite della stipulazione di un accordo *ex articolo 15 della legge 241/90*.

In primo grado il Tar Puglia - Lecce aveva infatti annullato la convenzione stipulata tra l’Azienda sanitaria di Lecce e l’Università del Salento in base all’articolo 15 della legge 241/90, sul rilievo che illegittimamente l’Azienda sanitaria avrebbe proceduto all’affidamento diretto all’Università dell’incarico per lo studio e la valutazione di vulnerabilità sismica delle strutture ospedaliere della Provincia, omettendo il doveroso ricorso a procedure di evidenza pubblica, in violazione dei principi di libera concorrenza, trasparenza, proporzionalità e pubblicità della normativa comunitaria e nazionale <sup>(65)</sup>.

Chiamata a pronunciarsi su tale vicenda in sede d’appello, la V sezione del Consiglio di Stato ha ritenuto necessario, prima di decidere, chiedere alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea di pronunciarsi in via pregiudiziale in ordine alla conformità alla direttiva 2004/18 della disciplina

---

<sup>64</sup> Con la decisione citata nel testo, i giudici di Palazzo Spada hanno confermato la sentenza di primo grado pronunciata sulla vicenda dal T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 19 gennaio 2010, n. 74, il quale, richiamando le sentenze della Corte di Giustizia della C.E. 13 novembre 2008, C-324/07 e 9 giugno 2009, C-480/06, ha affermato che il diritto comunitario non impone in alcun modo alle autorità pubbliche di ricorrere ad una particolare forma giuridica per assicurare in comune le loro funzioni, consentendo, invece, alle amministrazioni aggiudicatrici, in alternativa allo svolgimento di una di procedura di evidenza pubblica di scelta del contraente, di stipulare un accordo a titolo oneroso con altra amministrazione pubblica, cui affidare il servizio. Sempre secondo i giudici di prime cure, lo stesso diritto nazionale conoscerebbe numerosi istituti che consentono un’agevole trasposizione dei predetti principi nell’ordinamento interno, il principale dei quali sarebbe da individuare nell’art. 15 della stessa legge fondamentale sul procedimento amministrativo n. 241 del 1990.

<sup>65</sup> Tar Puglia, Lecce, sez. II, 17 dicembre 2009, n. 417, il quale ha, fra l’altro, giudicato “inconferente” il richiamo operato dall’Amministrazione resistente all’art. 15 l. n. 241/90, in quanto l’incarico per lo studio e la valutazione della vulnerabilità sismica di strutture ospedaliere “viene in sostanza affidato all’Università del Salento per diventare la prestazione in un rapporto a carattere indubbiamente sinallagmatico. Sicché, al di fuori di un’effettiva collaborazione nello svolgimento di un’attività pubblica ed in assenza di uno specifico interesse comune, l’invocato art. 15 della L. n. 241/90 non può sicuramente rappresentare uno strumento normativo adeguato per derogare all’osservanza delle prescritte procedure di evidenza pubblica”. In senso analogo anche TAR Puglia, Lecce, sez. I, 21 luglio 2010, n. 1791.

nazionale “che consente la stipulazione di accordi in forma scritta tra due amministrazioni aggiudicatrici per lo studio e la valutazione della vulnerabilità sismica di strutture ospedaliere da eseguirsi alla luce delle normative nazionali in materia di sicurezza delle strutture ed in particolare degli edifici strategici, verso un corrispettivo non superiore ai costi sostenuti per l'esecuzione della prestazione, ove l'amministrazione esecutrice possa rivestire la qualità di operatore economico”.

Con tale iniziativa, quindi, i giudici di Palazzo Spada hanno riconosciuto il dovuto rilievo alla duplice veste che l'amministrazione affidataria assume ora in sede di affidamento di servizi, nel caso in cui quest'ultima - in quanto Istituto Universitario - possa rivestire (anche) la qualità di operatore economico, ritenendo che in tal caso l'affidamento del servizio mediante ricorso ad accordi organizzativi ex art. 15 l. n. 241/90 potrebbe porsi in contrasto con i principi in materia di concorrenza.

## **8. La disciplina normativa dell'art. 15 l. n. 241/1990.**

Il primo comma dell'art. 15 l. 241/1990 stabilisce che “anche al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 14, le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune”.

Nel tenore letterale della disposizione in commento trova pertanto conferma la valenza generale riconosciuta in modo pressoché pacifico all'art. 15, quale emerge in specie dal generico riferimento a non meglio identificati “accordi” e dall'ampiezza del loro possibile oggetto (lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune) <sup>(66)</sup>.

L'estrema genericità che il Legislatore ha voluto imprimere alla sua formulazione letterale, consente anzi di qualificare detta disposizione in termini di “norma di indirizzo, o programmatica, diretta a costituire una indicazione di principio per incentivare la conclusione di accordi fra amministrazioni dotate di competenza in materie connesse” <sup>(67)</sup>.

Sotto il profilo soggettivo, l'articolo in esame “conferma la propria natura di norma quadro, riferendosi in termini generali alla nozione di amministrazione pubblica” al punto da consentire di ritenere, quantomeno in astratto, utilizzabile lo strumento dell'accordo “da parte di ogni soggetto qualificabile, in termini sostanziali e non meramente formali, amministrazione pubblica. A quest'ultimo riguardo, a livello teorico non paiono sussistere ostacoli generali all'utilizzo di una nozione ampia, anche con riferimento ai cc.dd. organismi di diritto pubblico” <sup>(68)</sup>.

---

<sup>66</sup> A. DI MARIO, *op. cit.*, 839. Sulla “valenza generale” rivestita dagli accordi organizzativi di cui al citato art.15, in forza del quale “gli enti pubblici possono “sempre” utilizzare lo strumento convenzionale per concludere tra loro accordi organizzativi volti a disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune”, si soffermano: Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2002, n. 1902; T.A.R. Milano, Lombardia, sez. III, 16 marzo 2005, n. 612.

<sup>67</sup> D. PONTE, *op. cit.*, 635.

<sup>68</sup> D. PONTE, *op. cit.*, 659.

Il ricorso ad una nozione lata di pubblica amministrazione ha così ad esempio consentito alla giurisprudenza di ritenere applicabile la disposizione in oggetto agli accordi stipulati da pubbliche amministrazioni con l'ANAS<sup>(69)</sup>, che, nonostante la sua attuale veste formale di società di capitali, è in realtà da considerare tuttora alla stregua di un apparato pubblico statale<sup>(70)</sup>, o con la Croce Rossa Italiana, qualificata quale “ente dotato di personalità giuridica di diritto pubblico” ed in quanto tale pienamente legittimata, sotto il profilo soggettivo, alla stipulazione di siffatti accordi<sup>(71)</sup>.

La portata generale della disposizione in commento si riverbera poi anche in sede di definizione del suo ambito oggettivo, essendo quest'ultimo idoneo - come già detto - ad accogliere “qualsiasi ipotesi di negoziazione intercorrente fra soggetti pubblici e coinvolgente le rispettive potestà amministrative”<sup>(72)</sup>, nella quale siano riconoscibili i caratteri essenziali che tali accordi contraddistinguono, individuati dalla norma stessa “nella collaborazione e nella comunione di scopo”<sup>(73)</sup>.

Il che ben giustifica l'atteggiamento ermeneutico improntato alla più ampia elasticità assunto sul punto dai giudici amministrativi. Si è così stabilito, già da tempo, che “le attività di interesse comune” cui fa riferimento l'art. 15 in esame “ben possono riguardare (anche) attività materiali da svolgere nell'espletamento di un pubblico servizio e direttamente in favore della collettività”<sup>(74)</sup>.

In proposito si è anche detto che le limitazioni previste per gli accordi tra le pubbliche Amministrazioni e i privati - accordi non ammissibili per l'emanazione di atti normativi, amministrativi generali e di pianificazione e programmazione, nonché in materia di procedimenti tributari - non dovrebbero valere qualora gli accordi siano stipulati fra soggetti pubblici, in quanto l'art. 13 (che tali limitazioni prevede) “si trova inserito, come l'art. 11, nel capo III della legge n. 241/1990 relativo alla partecipazione dei privati al procedimento e non nel capo IV che si riferisce all'azione delle pubbliche

---

<sup>69</sup> Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 12 febbraio 2009, n. 1253, che ha qualificato un “protocollo di intesa” stipulato tra l'ANAS, la Regione Lombardia ed altre Amministrazioni pubbliche nei termini di un accordo tra pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 15 l. 241/1990, muovendo dal presupposto “della natura pubblicistica dell'ANAS, a lungo azienda autonoma dello Stato ed in seguito trasformata dapprima in ente pubblico economico ed, in ultimo, in società per azioni, il cui capitale è tuttavia interamente detenuto dal Ministero dell'Economia e la cui attività è sottoposta al controllo e alla vigilanza del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti”.

<sup>70</sup> Così si esprime in sede di commento alla sopra citata sentenza N. BASSI, *Difetto assoluto di attribuzione e nullità degli accordi amministrativi: alla ricerca di un difficile equilibrio*, cit.

<sup>71</sup> Cfr. in tal senso T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 16 marzo 2005, n. 612, che, nel pronunciarsi sulla legittimità dell'affidamento del servizio di trasporto infermi con autoambulanze a mezzo di una convenzione stipulata ex art.15 l. n. 241/90 tra un'Azienda Ospedaliera milanese e la C.R.I., ha qualificato quest'ultima “ente dotato di personalità giuridica di diritto pubblico” in quanto “in tal senso dispongono l'art.1 D.P.R. n. 613/80, come sostituito dall'art. 7 d.l. n. 390/95, conv. in l. n. 490/95 e l'art. 5 del D.P.C.M. 5 luglio 2003 n. 508, recante l'approvazione del nuovo Statuto dell'Associazione italiana della Croce Rossa”. Nel caso di specie, il T.A.R. milanese ha pertanto ritenuto sussistere “i presupposti per il ricorso allo strumento convenzionale previsto dall'art.15 cit., per cui il mancato esperimento di procedure competitive non integra la violazione della normativa in materia di appalti pubblici di servizi”. E' appena il caso di precisare che il giudizio sulla legittimità dell'affidamento diretto in esame era stato subordinato alla (positiva) verifica dell'assenza di un corrispettivo per lo svolgimento del servizio, a fronte del quale era stato previsto il semplice rimborso delle spese sostenute, nonché all'accertamento della possibile riconduzione del servizio in parola nel novero delle funzioni istituzionali della C.R.I.. L'orientamento interpretativo tracciato dal T.A.R. Lombardia con la sentenza citata è stato poi pienamente condiviso in sede d'appello dal Consiglio di Stato (sez. V, 12 aprile 2007, n. 1707).

<sup>72</sup> N. BASSI, *Accordi amministrativi*, cit., 87.

<sup>73</sup> In tal senso A. DI MARIO, *op. cit.*, 839.

<sup>74</sup> Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2002, n. 1902; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 16 marzo 2005, n. 612.

amministrazioni?”<sup>(75)</sup>. Tuttavia non sarebbero comunque ammissibili accordi fra soggetti pubblici volti alla emanazione di atti normativi<sup>(76)</sup>, mentre “è possibile stipulare accordi ed assumere impegni volti all’emanazione dei singoli provvedimenti amministrativi anche pianificatori?”<sup>(77)</sup>.

L’art. 15 poi non richiede necessariamente che le “le attività di interesse comune” appartengano alla comune competenza degli enti che sottoscrivono l’accordo<sup>(78)</sup> incentrandosi, evidentemente, la norma sulla sussistenza di una comunanza di interessi fra le amministrazioni stipulanti “piuttosto che (sul)l’identità dell’attività da svolgere in comune”<sup>(79)</sup>.

Ma per quanto flessibile possa rivelarsi l’approccio interpretativo offerto dalla dottrina e dalla giurisprudenza in sede di delimitazione dell’ambito oggettivo di operatività della norma, quest’ultimo incontra il proprio limite invalicabile nella natura giuridica (necessariamente pubblicistica) dell’attività di interesse comune oggetto di accordo.

Come autorevole dottrina ha messo in evidenza, non si deve infatti trascurare che “connotato imprescindibile degli accordi amministrativi è anche l’essere manifestazione di potestà amministrativa, sia in fase di costituzione, sia (almeno potenzialmente) in fase di esecuzione”. Ma “non è certo scontato che qualunque accordo tra pubbliche Amministrazioni presenti tale carattere”, ben potendo due o più Amministrazioni - allo scopo di “disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune” (come recita la norma in commento) “avvalersi di strumenti di diritto privato, quando non v’è alcuna necessità (o possibilità) di mettere in gioco l’esercizio delle proprie funzioni pubblicistiche”<sup>(80)</sup>.

Secondo la richiamata dottrina, tali considerazioni risultano valide sia nel caso in cui l’accordo miri ad ottenere la prestazione di servizi<sup>(81)</sup>, che nel caso in cui abbia ad oggetto la realizzazione di un’opera pubblica - come nell’ipotesi di un ponte, che congiunga due diversi comuni, da

---

<sup>75</sup> A. CIMELLARO - A. FERRUTI, *La nuova conferenza di servizi e gli accordi di programma*, 2005, 127.

<sup>76</sup> Come nel caso dei regolamenti comunali per i quali è esclusa l’applicabilità delle norme in materia di accordi di programma: così Cons. Stato, sez. V, 20 dicembre 1996, n. 1572.

<sup>77</sup> In tal senso, ancora, A. CIMELLARO - A. FERRUTI, *op. cit.*, 128. Sulla possibilità che l’accordo abbia ad oggetto anche l’adozione di veri e propri provvedimenti amministrativi, con conseguente affermazione di una responsabilità dell’Amministrazione inadempiente a fronte di un omesso o scorretto adempimento N. BASSI, *Accordi amministrativi*, *cit.*, 82, che cita a supporto T.A.R. Umbria, Perugia, n. 218/1999.

<sup>78</sup> Cfr. T.A.R. Liguria, Genova, sez. II, 30 ottobre 2008, n. 1925, secondo cui l’art. 15 della l. 241/90 “non prevede l’identità delle competenze ma solamente lo svolgimento di attività di interesse comune. Invero non ha senso richiedere una perfetta sovrapposizione di competenze per potere concludere un accordo ex art. 15 l. 241/90, ma sembra sufficiente il ricorrere di una evenienza in cui una determinata attività può essere complementare e sinergica ad una altra di competenza di altra amministrazione”.

<sup>79</sup> Cons. Stato, ordinanza 15 febbraio 2011 n. 966. In senso analogo Cons. Stato, sez. VI, 19 giugno 2008 n. 3066, secondo cui “l’art. 15 ammette in generale la stipula di accordi tra pubbliche Amministrazioni per obiettivi d’interesse comune. La norma, quindi, non ammette la stipula dei suddetti accordi esclusivamente fra amministrazioni competenti ad intervenire nella materia (...); la norma ammette invece che le amministrazioni dotate di specifiche competenze si accordino con altre comunque interessate a quel settore d’attività perché forniscano la loro collaborazione al riguardo”.

<sup>80</sup> G. GRECO, *Accordi amministrativi*, *cit.*, 184. L’A., in proposito, indica ad esempio l’accordo tra due Comuni limitrofi “per organizzare manifestazioni e festeggiamenti per una ricorrenza di interesse comune: se l’accordo riguarda soltanto le spese da affrontare, per dividere i costi di fuochi d’artificio o di complessi rock, esso non si differenzia in nulla da un accordo tra due committenti in relazione ad uno o più appalti di servizi”. Anche Cons. Stato, sez. VI, 08 aprile 2002, n. 1902, sottolinea che gli accordi organizzativi ex art. 15 non possono costituire “espressione di autonomia negoziale privatistica”.

<sup>81</sup> Come nell’esempio riportato nella nota che precede.

costruire su aree già pubbliche e, dunque, senza necessità di acquisirle autoritativamente. Anche in tale evenienza “*la vicenda appare riconducibile ad un piano meramente privatistico. Anche se, per avventura, detti Comuni abbiano tra loro concluso un accordo di programma, trattandosi pur sempre di definizione e attuazione di un’opera*”<sup>(82)</sup>.

Sulla questione si registra il pacifico orientamento assunto, in particolare, dalla giurisprudenza delle S.U. della Suprema Corte (per le ovvie ricadute che la problematica produce in tema di riparto della giurisdizione), che in più occasioni ha indicato proprio nell’ “*esercizio di pubblici poteri mediante convenzione tra pubbliche amministrazioni*” la “*specificità*” dell’art. 15 della legge n. 241/1990<sup>(83)</sup>.

In conclusione, perché si possa parlare di “accordi organizzativi” tra pubbliche amministrazioni riconducibili nell’alveo dell’art. 15 non basta che vi sia un accordo fra pubbliche Amministrazioni finalizzato allo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune.

A tal fine, l’interprete è chiamato ad identificare, di volta in volta, la natura giuridica dell’attività di interesse comune che costituisce oggetto dell’accordo, potendo entrare in gioco il peculiare regime giuridico previsto dall’art. 15 solo nel caso in cui nell’accordo stesso siano state spese potestà pubbliche, rimanendo per converso ogni altra fattispecie consensuale interamente soggetta all’integrale applicazione della disciplina privatistica e conseguentemente attratta nell’orbita della giurisdizione ordinaria.

## 9. Il regime giuridico degli accordi organizzativi.

Secondo quanto previsto dal secondo comma dell’art. 15, per accordi fra pubbliche amministrazioni “*si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni previste dall’articolo 11, commi 2 e 3*”<sup>(84)</sup>.

---

<sup>82</sup> G. GRECO, *Accordi amministrativi*, cit., 184

<sup>83</sup> Cass. civ., Sez. un., 16 aprile 2007 n. 8953. In senso analogo, *ex multis*, Cass. civ., Sez. un., 14 giugno 2005 n. 12725, che individua proprio nell’esercizio, attraverso l’accordo, di una *funzione pubblica* da parte dell’amministrazione il presupposto dell’art. 15. La Suprema Corte, a ben vedere, non solo esclude dall’ambito di applicazione dell’art. 15 - e più precisamente dalla riconducibilità alla giurisdizione esclusiva del G.A. che dall’applicazione di tale norma scaturisce - gli accordi nei quali le pubbliche Amministrazioni non facciano uso di potestà pubblica, ma afferma la giurisdizione ordinaria anche per quelle controversie che, pur insorgendo nel contesto di un accordo stipulato tra pp.AA., astrattamente riconducibile alla norma in commento, “non involgono né un procedimento amministrativo né l’estrinsecazione di poteri autoritativi”: così Cass. civ., Sez. un., 22 dicembre 2009 n. 26972, che con tale motivazione ha stabilito che la controversia avente ad oggetto l’obbligo di un Comune di contribuire alle spese sostenute dal Consorzio cui aveva aderito “non rientra tra quelle concernenti la formazione, conclusione ed esecuzione di un accordo tra pubbliche amministrazioni (L. 7 agosto 1990, n. 241, art. 15) e come tali riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 11, comma 5 della stessa legge)”.

<sup>84</sup> E’ appena il caso di rilevare che il comma in esame è stato così modificato, con decorrenza dal 16 settembre 2010, dall’Allegato 4, articolo 3, comma 2, D.Lgs. n. 104 del 2010 (cd. codice del processo amministrativo), che ha espunto dagli artt. 11 e 15 le disposizioni concernenti l’affermazione in materia della giurisdizione esclusiva del G.A., trasferendo - senza alcuna modifica - la relativa disciplina nell’ambito dell’art. 133 del medesimo decreto. Più precisamente, il legislatore ha preferito abrogare il comma 5, dell’art. 11, l. 241/90, (secondo il quale: “Le controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi di cui al presente articolo sono riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo”), ed il richiamo ad esso contenuto nel comma 2 dell’art. 15, per sostituirli con il dettato dell’art. 133, comma 1, lett. a), numero 2), secondo il quale rientrano nella

Ne consegue che per la loro stipulazione è prescritta, a pena di nullità, la forma scritta, salvo che la legge disponga altrimenti; ad essi si applicheranno, “*ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili*”; gli accordi fra pubbliche amministrazioni saranno infine soggetti alla disciplina in materia di controlli prevista per gli accordi sostitutivi di provvedimenti.

La norma in esame, quindi, nel definire il regime giuridico applicabile agli accordi organizzativi, “*non detta una disciplina specifica ma si limita a stabilire un’analogia con gli accordi tra amministrazioni e privati che apre anche gli accordi tra amministrazioni all’influenza del diritto privato*”<sup>(85)</sup>.

Attraverso il meccanismo legislativo del rinvio alla disposizione contenuta nell’art. 11, comma 2, *i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti* fanno così ingresso a pieno titolo nella regolamentazione delle fattispecie consensuali stipulate fra pubbliche Amministrazioni ed aventi ad oggetto l’esercizio di potestà amministrative, sebbene i diversi filtri interposti ad una loro diretta applicazione evidenzino “*tutti i dubbi e le cautele che devono accompagnare il ricorso, in una materia strettamente legata al diritto pubblico ed al perseguimento di interessi collettivi, a principi dettati in ambiti generalmente rimessi alla libertà dei contraenti privati*”<sup>(86)</sup>.

“Dubbi e cautele” che hanno indotto il legislatore a frapporre all’applicazione dei principi civilistici ben *tre limiti*: la *clausola di sussidiarietà* (“*ove non diversamente previsto*”) contenuta nell’art. 11, comma 2, della l. 241/90, che fa salva l’applicazione di eventuali disposizioni specifiche previste - eventualmente anche da discipline di settore - per le diverse tipologie di accordi; la *clausola di compatibilità* dei medesimi principi civilistici con gli accordi tra pubblica amministrazione e privati (applicabili “*in quanto compatibili*”) prevista dall’art. 11, comma 2,<sup>(87)</sup> ed infine la *clausola di compatibilità* tra le disposizioni previste per gli accordi ex art. 11 e gli accordi tra pubbliche amministrazioni dettata dall’art. 15 della l. 241/90 (disposizioni cui è possibile far ricorso “*in quanto applicabili*”) <sup>(88)</sup>.

---

giurisdizione esclusiva del g.a. le controversie in materia di: “formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo e degli accordi fra pubbliche amministrazioni”.

<sup>85</sup> A. DI MARIO, *op. cit.*, 840.

<sup>86</sup> D. PONTE, *op. cit.*, 643.

<sup>87</sup> Sulla clausola di compatibilità prevista dall’art. 11, comma 2, della l. n. 241/90, da ultimo M. RENNA, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall’accordo amministrativo*, in *Dir. amm.* 2010, fasc. 1, 32, nonché G. GRECO, *Accordi amministrativi*, *cit.*, 148; N. BASSI, *Accordi amministrativi*, *cit.*, 83; D. PONTE, *op. cit.*, 444; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, II ed., Torino 2010, 404, secondo il quale stabile quale sia la normativa codicistica applicabile in quanto “compatibile” può risultare “in concreto difficile e perplesso”; ma si tratta comunque di un normale lavoro di interpretazione. La compatibilità va stabilita sia in termini generali (...), sia con riferimento ai singoli tipi di accordi”.

<sup>88</sup> Sul punto si sofferma anche G. GRECO, *Accordi amministrativi*, *cit.*, 184, secondo il quale “se si ritiene di individuare una qualche differenza di contenuti nelle due clausole di salvaguardia (“in quanto compatibili” ed “in quanto applicabili”) dettate rispettivamente dall’art. 11 e dall’art. 15, l. n. 241/1990, e se non si ritiene, viceversa, che si tratti di espressioni equipollenti, usate da un legislatore disattento, si dovrà attribuire alle stesse un qualche significato differenziato. E mentre la prima pare riferirsi (...) ad una inconciliabilità logico-giuridica (che finisce per costituire un criterio di superamento delle antinomie), la seconda pare riferirsi ad un ostacolo materiale (nel senso di diversità di oggetto delle due discipline). (...) Con riferimento all’art. 15, dunque, essa evoca casi in cui gli accordi tra Amministrazioni riguardino un “oggetto” non diverso da quello proprio dell’art. 11. E poiché quest’ultimo concerne la sostituzione totale o parziale di provvedimenti amministrativi - e, comunque, l’esercizio di potestà amministrative -,

In ordine poi al problema della reale portata del richiamo alla disciplina civilistica effettuato dal combinato disposto degli art. 15, comma 2, e 11, comma 2, si è escluso che la previsione normativa possa fare effettivamente riferimento ai “principi” desumibili dalla disciplina codicistica in materia di obbligazioni e contratti. Ed infatti, se intesi quali espressione di “valori ispiratori di un ordinamento o di un suo settore”, detti principi risulterebbero di incerta definizione, di generalissima portata e come tali “*inidonei a fornire uno sfondo normativo tendenzialmente completo*” agli accordi amministrativi <sup>(89)</sup>.

I “principi” cui la disciplina in commento fa riferimento, andrebbero invece intesi quali *norme generali*, vevoli per una intera materia o per una intera branca del diritto <sup>(90)</sup>.

Si è così sostenuto che il richiamo ai principi del codice civile “*non possa non ricomprendere tutte le norme generali riferentesi alle obbligazioni e ai contratti*”. Per cui agli accordi amministrativi “*risulta essenzialmente applicabile tutta la disciplina del codice civile che si rinviene nei titoli I (delle obbligazioni in generale) e II (dei contratti in generale) del libro IV del codice civile*” <sup>(91)</sup>.

Sulla base di tali considerazioni appare invece “*più problematica - se non, al più, in via analogica o per espresso richiamo pattizio - l'applicazione della disciplina del singolo “tipo” contrattuale (ad esempio l'appalto). Si tratta infatti di disciplina di specie e, come tale, sicuramente estranea non solo ai “principi”, ma anche alle norme generali in tema di obbligazioni e contratti*” <sup>(92)</sup>.

Ma anche a prescindere dalla problematica della sua effettiva portata, appare evidente come il richiamo ai principi codicistici operato dal legislatore con le disposizioni in commento, si ponga per un verso quale naturale corollario alla scelta del *modulo consensuale* quale strumento di composizione degli interessi coinvolti nell’ambito del rapporto giuridico pubblicistico (in quanto avente ad oggetto pubbliche potestà) intercorrente tra Amministrazioni o fra queste ed i privati; per altro verso, risponda alla fondamentale esigenza di assicurare all’assetto di interessi così definito un ragionevole grado di *stabilità*, dovendosi infatti individuare proprio nel principio del carattere vincolante dell’accordo il principio cardine della disciplina codicistica <sup>(93)</sup>.

---

ai predetti accordi saranno applicabili, ovvero non applicabili, le disposizioni dell’art. 11, a seconda che abbiano o meno lo stesso contenuto. Non avrebbe senso, infatti, applicare ad un accordo privatistico tra Amministrazioni, ad esempio, la clausola limitativa dell’art. 11, comma 2. Mentre questa clausola ben si adatta (ed è, dunque, applicabile) agli accordi tra Amministrazioni pubbliche, nell’esercizio di potestà pubbliche”.

<sup>89</sup> G. GRECO, *Accordi amministrativi*, cit., 150, secondo il quale, in tal caso, detti principi si potrebbero identificare solo in “parametri generalissimi (quali la libertà contrattuale, la tutela dell’affidamento, l’obbligo di comportarsi secondo buona fede ecc.) ovvero (...) nei canoni *pacta sunt servanda e rebus sic stantibus*”.

<sup>90</sup> In questi termini, oltre alla dottrina citata nella precedente nota, v. anche M. RENNA, *op. cit.*, 31, nonché CERULLI IRELLI V., *op. cit.*, 405, secondo il quale nel caso di specie la dizione “principi” “non ha un particolare significato tecnico”.

<sup>91</sup> G. GRECO, *Accordi amministrativi*, cit., 151. Nello stesso senso V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*, 404.

<sup>92</sup> G. GRECO, *Accordi amministrativi*, cit., 152.

<sup>93</sup> Cfr. F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 443, secondo cui il carattere vincolante “costituisce un principio, forse il principio essenziale della disciplina codicistica del contratto (1372, comma 1, c.c.) e come tale è espressamente richiamato dall’art. 11”.

Così, una volta superato il dogma della non negoziabilità del potere amministrativo - con l'esplicito riconoscimento legislativo dell'ammissibilità che il suo *esercizio* possa costituire oggetto di accordo in alternativa al tradizionale ricorso a provvedimenti amministrativi unilaterali - il nucleo centrale dell'indagine ermeneutica che ruota intorno all'istituto si sposta sui *limiti* che tale esercizio incontra per essere il potere declinato in moduli consensuali.

E quindi, in ultima analisi, sul delicato *equilibrio* che nel contesto di siffatti moduli consensuali si realizza fra *l'intrinseca dinamicità del potere amministrativo*, per essere questo doverosamente teso a garantire piena e permanentemente corrispondenza tra il suo esercizio e la realizzazione dell'interesse pubblico cui esso è funzionale, e la *tendenziale stabilità dell'accordo*, quale scaturisce dall'estensione agli strumenti consensuali in esame della fondamentale regola, di matrice privatistica, data dall'efficacia vincolante del reciproco consenso.

#### **10. Il problema del mancato rinvio al quarto comma dell'art. 11 della l. n. 241/1990.**

Nella complessa opera di ricostruzione del regime giuridico applicabile agli accordi organizzativi stipulati tra pubbliche Amministrazioni, l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza, oltre che sul valore attribuito agli espressi rinvii operati dall'art. 15, comma 2, alla disciplina recata dall'art. 11, l. n. 241/1990, si è appuntata, in particolare, sulla portata da assegnare ad un "dato legislativo omissivo", costituito dal mancato richiamo, da parte del medesimo art. 15, della disposizione di cui al comma 4 del già citato art. 11 della stessa legge, recante la disciplina - quanto a presupposti e conseguenze giuridiche - dell'esercizio del potere posto in capo alla p. A., di recedere unilateralmente dal vincolo giuridico derivante dalla stipulazione di un accordo con una "controparte" privata, per il caso in cui sopravvengano motivi di pubblico interesse <sup>(94)</sup>.

Il particolare interesse mostrato dai commentatori per siffatto mancato richiamo, ben si giustifica ove si consideri come la questione ermeneutica ad esso sottesa impatti direttamente ed in modo determinate con un aspetto centrale del regime giuridico degli strumenti consensuali disciplinati dall'art. 15, vale a dire il grado di stabilità riconoscibile al rapporto giuridico sorgente dalla stipulazione di un accordo tra pubbliche Amministrazioni avente ad oggetto l'esercizio di pubbliche potestà <sup>(95)</sup>.

---

<sup>94</sup> Come evidenzia C.P. SANTACROCE, *Note generali sull'ammissibilità di un potere amministrativo di "recesso" unilaterale dagli accordi tra pubbliche Amministrazioni*, in *Giustamm.it* (pubblicato il 12/02/2010), 4, secondo il quale "con approccio tendenzialmente unanime, dottrina e giurisprudenza hanno ritenuto che il legislatore abbia disciplinato la figura giuridica degli accordi tra pubbliche Amministrazioni non soltanto "per rinvio" (...), bensì anche "per omesso rinvio" alle disposizioni normative contenute nell'art. 11, elevando anzi l'omesso rinvio a "manifestazione di una "precisa" volontà legislativa" (p. 9). Sul mancato rinvio dell'art. 15 al primo comma dell'art. 11, ove si subordina la stipulazione dell'accordo al rispetto di un vincolo di scopo (il "perseguimento del pubblico interesse"), cfr. F. CARINGELLA, *op. cit.*, 1744, secondo cui detto rinvio si sarebbe rivelato inutile "visto che l'accordo interviene solo tra amministrazioni la cui attività è naturalmente deputata al perseguimento di interessi pubblici".

<sup>95</sup> Secondo C.P. SANTACROCE, *op. cit.*, 7, l'"interpretazione ipertrofica" dell'omesso rinvio alla disposizione sul recesso di cui all'art. 11, comma 4, trarrebbe inoltre origine dalla tecnica legislativa (del rinvio alle disposizioni



Una problematica, questa, che scaturisce dal carattere ibrido dell'istituto in esame, che infatti - quale strumento di esercizio consensuale di poteri amministrativi autoritativi, alternativo al provvedimento unilaterale - presenta un'anima pubblicistica (avendo appunto ad oggetto l'esercizio di pubbliche potestà) che va ad innestarsi su uno strumento (l'accordo) tradizionalmente destinato a disciplinare i rapporti fra privati.<sup>(96)</sup>

Negli accordi organizzativi, infatti, confluiscono e si combinano elementi funzionali e strutturali (natura pubblica dell'oggetto, struttura negoziale) provenienti da ambiti giuridici diversi e tradizionalmente contrapposti<sup>(97)</sup>; scelta, questa, cui non si sottrae il relativo regime giuridico, conteso fra l'applicazione dei principi codicistici - nei cui confronti il legislatore manifesta il proprio *favor* - e l'applicazione in via residuale della disciplina pubblicistica<sup>(98)</sup>, in esito cioè a negative valutazioni di compatibilità/applicabilità dei primi<sup>(99)</sup>.

In essi, pertanto, si manifestano inevitabilmente le tensioni dovute all'apparente inconciliabilità dei principi tradizionali regolanti l'esercizio per pubblici poteri, primo fra tutti quella dell'inesauribilità del potere amministrativo, inteso quale principio generale immanente all'azione amministrativa, in forza del quale “*l'uso del potere amministrativo e le decisioni in cui esso si esprime devono*

---

legislative dettate per gli accordi tra p.A. e privati) utilizzata per delineare il regime giuridico applicabile alle fattispecie consensuali riconducibili entro la figura degli accordi tra due o più soggetti pubblici contemplata dall'art. 15 della l. n. 241/1990.

<sup>96</sup> Questa peculiare compresenza di elementi pubblicistici e privatistici ha stimolato una copiosa produzione dottrinale, impegnata nella ricerca della *natura giuridica* degli accordi in esame (in relazione alla quale si vedano le diverse posizioni riportate da F. CARINGELLA, *op. cit.*, 1745), offrendo ulteriori argomenti - come accennato in precedenza - all'annoso dibattito sulla configurabilità della categoria del *contratto di diritto pubblico*, per una ricostruzione del quale G. GRECO, *Accordi amministrativi*, *cit.*, 9 ss.; in argomento, fra gli altri, F. CANGELLI, *op. cit.*, 287, nonché N. BASSI, *Accordi amministrativi*, *cit.*, 89, secondo cui “la denominazione “contratto di diritto pubblico”, con cui talvolta gli accordi amministrativi vengono appellati in dottrina e giurisprudenza, appare particolarmente utile, in quanto designa una categoria non contrapposta a quella del contratto di diritto privato, ma da intendersi come specie di un più ampio genere, la cui costruzione si è resa indispensabile proprio per superare la barriera costituita dall'idea tradizionale della non negoziabilità del potere pubblico. La locuzione “contratto di diritto pubblico”, in altri termini, è diretta non tanto a porre queste fattispecie consensuali in una posizione di netta contrapposizione ai contratti di diritto privato, quanto piuttosto a evidenziarne la natura mista, di atti contrattuali sì, ma retti da un regime del tutto particolare, che è ispirato in larga parte alle regole fondamentali del diritto pubblico, ma che nello stesso tempo concede ingresso anche ai principi codicistici nei limiti della compatibilità”.

<sup>97</sup> Da questo punto di vista gli accordi in esame, ma ancor più gli accordi ex art. 11 (cfr. nota successiva), possono essere considerati una tappa significativa dell'evoluzione del sistema verso la creazione di uno “statuto giuridico unitario” dell'attività della pubblica Amministrazione, che “non è né di diritto pubblico né di diritto privato, ma che nasce dalla combinazione dei vari principi propri dell'una e dell'altra branca del diritto, e per il quale l'unico dato da tenersi fermo è il carattere giuridicamente necessario del procedimento”. In tal senso F. CANGELLI, *Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005, 303, la quale richiama quanto in proposito autorevolmente osservato da F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, VI, Milano 2002, 95 ss.

<sup>98</sup> Cfr. sul punto l'opinione di N. BASSI, *Difetto assoluto di attribuzione e nullità degli accordi amministrativi*, *cit.*, 329, riportata a nota 28.

<sup>99</sup> Tale effetto “combinatorio” si manifesta però in modo meno stridente rispetto a quanto accade con riferimento agli accordi tra pubbliche Amministrazioni e privati, laddove la ricostruzione dogmatica della vicenda giuridica è resa più complessa dal fatto che l'accordo non solo ha ad oggetto l'esercizio del potere amministrativo, ma assume come parti soggetti non equiordinati che spendono nella sua stipulazione posizioni giuridiche differenziate (potere amministrativo discrezionale ed autonomia privata). Aspetto, questo, messo ben in rilievo da F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, *cit.*, 441, secondo cui gli accordi stipulati tra pubblica Amministrazione e privati ai sensi dell'art. 11 “nascono dalla fusione di potere amministrativo e autonomia privata”.

essere sempre stabilmente finalizzati alla realizzazione del pubblico interesse”<sup>(100)</sup>, con la **vincolatività** connaturata alla stipulazione di un accordo e la connessa indisponibilità unilaterale dell’assetto di interessi consensualmente definito<sup>(101)</sup>.

### 10.1. Le posizioni assunte dalla dottrina.

In relazione al significato da assegnare al mancato richiamo dell’art. 11, comma 4, della l. n. 241/1990, si sono sviluppati in dottrina due principali filoni interpretativi<sup>(102)</sup>.

Secondo una prima impostazione ermeneutica, di gran lunga prevalente, dal mancato richiamo alla disciplina del recesso unilaterale - oneroso e per sopravvenuti motivi di pubblico interesse<sup>(103)</sup> - previsto per gli accordi tra pubbliche Amministrazioni e privati deriverebbe l’intangibilità unilaterale dell’accordo organizzativo stipulato tra pp.AA.: sarebbe infatti precluso ogni atto unilaterale di ritiro dell’assenso, non residuando alcuna facoltà per le amministrazioni stipulanti di sottrarsi all’adempimento degli obblighi che da questo derivano, stante l’inconfigurabilità di un potere amministrativo di recesso/revoca in capo alle amministrazioni nella fase successiva alla stipulazione dell’accordo.

Sarebbero però fatti salvi il mutuo dissenso, l’esercizio del recesso previsto dall’accordo o derivante dall’applicazione delle disposizioni del codice civile eventualmente applicabili e compatibili in base al meccanismo di rinvio di cui all’art. 11, comma 2.

Altro orientamento, invece, sostiene che il mancato richiamo all’art. 11, comma 4, comporta che l’Amministrazione, in applicazione del principio di inesauribilità del potere pubblico, può sempre recedere dall’accordo (c.d. tesi del recesso illimitato) esercitando il generale potere di revoca delle

---

<sup>100</sup> Con la conseguenza che le stesse devono e possono “*essere modificate laddove il pubblico interesse lo richieda*”. In questi termini E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazioni e privati*, Milano, 1996, 188, che per questo pone tale principio alla base del riconoscimento della generale revocabilità degli atti amministrativi. In argomento anche M. NIGRO, *Conclusioni*, in A. MASUCCI (a cura di), *L’accordo nell’azione amministrativa*, Roma, 1988, 14, secondo cui il potere, anche se dedotto in un rapporto obbligatorio, “non per ciò perde il carattere dell’inesauribilità” o “diventa indifferente ai sopravvenuti mutamenti del pubblico interesse”. Il relativo vincolo, pertanto, “si considera assunto sempre *rebus sic stantibus*”: M. IMMORDINO, *op. cit.*, 145.

<sup>101</sup> Cfr. N. BASSI, *Accordi amministrativi*, *cit.*, 81, “il vincolo assunto attraverso la stipulazione dell’accordo amministrativo, e in ciò risiede il profilo di maggiore interesse della figura, non può essere in linea di principio disatteso dalle parti contraenti, nemmeno quando queste si identifichino con un soggetto pubblico. Che l’accordo assuma a proprio oggetto l’esplicazione di una potestà amministrativa, in altre parole, non è circostanza sufficiente a escludere la sua idoneità a porre doveri giuridicamente apprezzabili a carico dell’amministrazione”.

<sup>102</sup> Sui quali si veda CARINGELLA F., *op. cit.*, 1744; G. GRECO, *Accordi amministrativi*, *cit.*, 243 ss; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contratti e accordi di diritto pubblico*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell’azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, 2006, 119; S. VALAGUZZA, *Accordo di programma: peculiarità del modello, impiego dei principi del codice civile e applicazione del metodo tipologico*, in *Dir. amm.*, 2010, 2, 419. Per una completa ricognizione delle diverse posizioni dottrinali, da ultimo, cfr. C.P. SANTACROCE, *op. cit.*, 9 ss..

<sup>103</sup> In tal caso, l’Amministrazione può recedere unilateralmente dall’accordo stipulato con i privati ex art. 11 solo per *sopravvenuti motivi di pubblico interesse* e salvo l’obbligo di provvedere alla liquidazione di un *indennizzo* in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato. Si parla in tal caso di “autotutela legata”: V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*, 406. Secondo l’A. questo “recesso” è in realtà una revoca - ascrivibile, più precisamente, al modello della revoca per inopportunità sopravvenuta dell’atto - ed espressione quindi del potere di autotutela decisoria, che in questo caso è “legato” nella sua causa, nella sua struttura e forma, nonché nei suoi effetti.

proprie determinazioni di cui rimane titolare anche successivamente alla stipulazione dell'accordo, senza in tal caso soggiacere alle limitazioni previste da tale disposizione <sup>(104)</sup>.

Il mancato richiamo della norma in esame - consentendo la piena riespansione del generale potere di revoca (non onerosa) per ragioni di pubblico interesse (non necessariamente sopravvenute), di cui ciascuna p.a. aderente sarebbe titolare - avrebbe quindi il solo effetto di escludere l'indennizzabilità degli eventuali pregiudizi subiti dalle altre amministrazioni partecipanti all'accordo per effetto dello scioglimento unilaterale dello stesso <sup>(105)</sup>.

In proposito, però, va rilevato che l'esclusione dell'obbligo di indennizzo prospettato dal richiamato orientamento interpretativo risulta ora superato per effetto dell'inserimento nella legge n. 241/1990, ad opera della l. n. 15/2005, dell'art. 21-*quinquies*, che ha introdotto a livello generalizzato l'obbligo di indennizzo a fronte dell'esercizio del potere di revoca nel caso in cui esso provochi un pregiudizio nella sfera giuridica dei soggetti direttamente interessati <sup>(106)</sup>.

Rimarrebbero invece ferme le argomentazioni miranti ad evidenziare la maggiore ampiezza che connoterebbe l'ordinario potere di revoca - disciplinato ora dalla disposizione testé citata - di cui l'Amministrazione aderente all'accordo rimarrebbe titolare, rispetto a quello previsto dall'art. 11, comma 4 <sup>(107)</sup>.

## 10.2. Critiche alla c.d. tesi del recesso illimitato.

A leggere siffatte opzioni interpretative nella prospettiva visuale sopra indicata, appare evidente come la prima tesi assegni senz'altro prevalenza al principio privatistico per eccellenza della vincolatività dell'accordo, di cui esso costituisce attributo tipico e qualificante anche nelle ipotesi previste dagli artt. 11 e 15, , come peraltro desumibile dallo stesso richiamo ai principi della disciplina codicistica <sup>(108)</sup>.

---

<sup>104</sup> Si è detto, in particolare, che poiché la stipulazione dell'accordo "non preclude la conservazione del regime del potere amministrativo esercitato - nel cui ambito va ricompreso, come istituto di carattere generale, anche il potere di revoca - il mancato richiamo di una particolare conformazione di quest'ultimo potere (revoca onerosa e per sopraggiunti motivi di interesse pubblico) non pregiudica - in assenza di disposizione contraria - il permanere dell'istituto nella sua conformazione ordinaria": G. GRECO, *Commento all'art. 15, l. n. 241/1990*, in *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti*, Milano, 1991, 286.

<sup>105</sup> In questo contesto, la mancata previsione di un indennizzo per le amministrazioni aderenti ad accordi organizzativi che subiscono il recesso unilaterale rinverrebbe la sua spiegazione nel fatto che, mentre con l'art. 11, comma 4, il legislatore ha inteso approntare una tutela al significativo affidamento ingenerato nel soggetto privato a seguito dell'accordo, analogo affidamento non ha ritenuto si ingeneri nel caso di accordi fra amministrazioni. Cfr. in tal senso la ricostruzione offerta da F. CARINGELLA, *op. cit.*, 1744, il quale peraltro sottolinea che in caso di recesso illegittimo l'amministrazione danneggiata può sempre avvalersi della tutela risarcitoria.

<sup>106</sup> Come sottolinea S. CIVITARESE MATTEUCCI, *op. cit.*, 118. Nello stesso senso anche S. VALAGUZZA, *op. cit.*, 419.

<sup>107</sup> Il citato art. 21 *quinquies*, infatti, individua fra i presupposti per il legittimo esercizio del potere di revoca, oltre ai *sopravvenuti motivi di interesse pubblico* (previsti dall'art. 11, comma 4), anche il caso di "mutamento della situazione di fatto" o di "nuova valutazione dell'interesse pubblico originario".

<sup>108</sup> Cfr. le considerazioni di F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, *cit.*, 443, riportate in nota 93.

Rispetto a tale principio, la previsione del recesso unilaterale di cui all'art. 11, comma 4, costituisce un *vulnus*, introdotto dal legislatore a tutela degli interessi pubblici (e per ciò stesso preminenti) di cui l'Amministrazione stipulante è portatrice rispetto a quelli dei soggetti privati partecipanti all'accordo. La previsione si presenterebbe quindi quale *limite* rispetto al regime ordinario dell'accordo, in assenza del quale (a cagione del suo mancato richiamo, come avviene nel caso degli accordi organizzativi tra pp.AA.) riprenderebbe pieno vigore il carattere vincolante dell'accordo stesso.

Il secondo orientamento, invece, assegna - come già detto - maggior rilievo al principio di doverosità ed inesauribilità del potere amministrativo, posto a fondamento del generale potere di revoca di cui la p.A. stipulante manterrebbe la titolarità anche a seguito della stipulazione dell'accordo.

Secondo questa impostazione, la previsione del recesso unilaterale oneroso e per motivi sopravvenuti recata dall'art. 1, comma 4, costituirebbe espressione del potere di revoca di cui l'Amministrazione rimane titolare e rispetto al quale si pone in un rapporto di specialità <sup>(109)</sup>, conformandolo in termini restrittivi.

Ne consegue che, in mancanza del richiamo alla particolare forma di revoca prevista dalla norma in esame ed ai limiti da essa imposta, tornerebbe a riespandersi il generale potere di revoca connesso alla titolarità del potere amministrativo, non incontrando più la sua ordinaria configurazione alcun ostacolo.

Fra i due principali indirizzi interpretativi proposti dalla dottrina, sopra sinteticamente riportati, il primo è quello che appare più convincente <sup>(110)</sup>.

L'orientamento che legge nel mancato richiamo del quarto comma dell'art. 11 il presupposto per il riconoscimento della piena riespansione del generale potere di revoca <sup>(111)</sup> in capo alle Amministrazioni stipulanti l'accordo organizzativo <sup>(112)</sup> priva infatti di qualunque rilievo giuridico la precisa scelta del legislatore di individuare nel *modulo consensuale* il meccanismo di composizione

---

<sup>109</sup> Sul punto cfr. V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., 406, il quale, dopo aver escluso ogni corrispondenza tra il recesso in esame e quello previsto dall'art. 1373 c.c., precisa che "questo "recesso" è in realtà una *revoca* (...); esso corrisponde alla forma più tipica di revoca, che consente appunto l'eliminazione giuridica *ex nunc* dell'atto i cui effetti vengono a risultare in contrasto con gli interessi pubblici nel frattempo emersi". In argomento cfr. anche F.G. SCOCA, *Gli accordi*, in F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Torino, 2008, 424, che riconduce il recesso dagli accordi, "in termini di *species*, al *genus* revoca".

<sup>110</sup> A condizione che - come si chiarirà meglio in seguito - la negazione della persistenza di un potere amministrativo di revoca nella fase successiva alla stipula dell'accordo non venga inteso come affermazione di un presunto carattere indissolubile del vincolo consensuale, e quindi in senso ben più rigido e restrittivo di quanto accadrebbe nell'ambito di un normale negozio di diritto privato.

<sup>111</sup> Non limitato, è il caso di ribadire, ai *sopravvenuti motivi di interesse pubblico* previsti dall'art. 11, comma 4, ma esteso anche al caso di "mutamento della situazione di fatto" o di "nuova valutazione dell'interesse pubblico originario".

<sup>112</sup> Sebbene temperata, quanto ad effetti, dall'imposizione *ex art. 21-quinquies* di un generale obbligo di indennizzo dei pregiudizi subiti dai soggetti direttamente interessati a causa dell'esercizio del potere di revoca. Come riferito *supra*, infatti, secondo questa tesi, il mancato richiamo dell'art. 11, comma 4, avrebbe avuto il solo effetto di escludere l'indennizzabilità degli eventuali pregiudizi subiti dalle altre amministrazioni partecipanti all'accordo per effetto dello scioglimento unilaterale dello stesso.

degli interessi pubblici coinvolti nell'esercizio dei diversi poteri autoritativi in gioco, ed esclude ogni concreta operatività al richiamo - seppur filtrato - ai principi codicistici in materia di obbligazioni e contratti.

In altri termini, escludere ogni valenza vincolante all'accordo organizzativo equivale a considerare *tamquam non esset* il reciproco consenso manifestato dalle Amministrazioni stipulanti, le quali manterrebbero infatti il pieno dominio sulle determinazioni confluite con quelle delle altre pp.AA. nell'accordo, al pari di quello esercitato sulle determinazioni unilaterali altrimenti adottate.

Al contrario, anche alla luce delle sopra esposte argomentazioni, sembra invece potersi ritenere che la scelta del ricorso allo strumento consensuale, in combinato con il richiamo alla normativa privatistica, sia espressione di una *precisa volontà legislativa* preordinata ad assicurare stabilità agli accordi - per effetto del carattere vincolante ad essi riconosciuto - ed un ragionevole grado di certezza ai rapporti giuridici da esso scaturenti, in assenza del quale nessuna valenza pratica potrebbe riconoscersi all'istituto.

Impostazione, questa, che si pone peraltro su una linea di maggiore coerenza con la progressiva espansione della c.d. *amministrazione "per accordi"*, vale a dire con la consolidata tendenza legislativa diretta a favorire il ricorso a moduli consensuali nell'esercizio dei pubblici poteri <sup>(113)</sup>, oltre che con la precipua funzione assegnata alla disposizione in commento, chiamata infatti a fungere da strumento normativo di "sollecitazione" di una possibile ricomposizione, in via consensuale, della (inevitabile) frammentazione delle competenze tra più livelli e soggetti amministrativi <sup>(114)</sup>.

Va infine rilevato che, se la previsione da parte dell'art. 11, comma 4, di un potere unilaterale di recesso/revoca in deroga al carattere vincolante dell'accordo sembra rinvenire la propria giustificazione nella naturale prevalenza accordata dal legislatore agli interessi pubblici di cui l'Amministrazione stipulante è portatrice rispetto a quelli privati degli altri soggetti contraenti, analogo potere (ed anzi, secondo la richiamata posizione interpretativa, un più ampio potere) non potrebbe riconoscersi in capo ad una delle Amministrazioni aderenti ad un accordo organizzativo,

---

<sup>113</sup> Il riferimento è a M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, *cit.*, 778, il quale già allora, nell'evidenziare il fenomeno dell'introduzione anche in Italia - sulla scorta di quanto accadeva in altri paesi - dell'impiego "sempre più largo dello strumento convenzionale, nella convinzione che strumenti fondati sul consenso sono preferibili a strumenti fondati sull'autorità", sottolineava come "siffatta amministrazione "per accordi" è in espansione, ed in essa taluni reputano consistere principalmente l'amministrare del futuro". Più di recente S.A. FREGO LUPPI, *Il principio di consensualità nell'agire amministrativo alla luce della legislazione e della giurisprudenza più recenti*, in *Dir. amm.*, 2008, 3, 691, secondo la quale il progressivo sviluppo sul piano quantitativo e qualitativo della ricerca della collaborazione e del consenso nell'agire amministrativo, è tale da "rendere ragionevole per lo studioso interrogarsi circa la possibilità di configurare la consensualità dell'agire amministrativo quale principio generale dell'ordinamento".

<sup>114</sup> In questi termini C.P. SANTACROCE, *op. cit.*, 17, che in relazione al carattere "sollecitario" dell'art. 15, richiama il parere del Cons. St., Ad. gen., 19 febbraio 1987, n. 7, vale a dire del parere favorevole reso sul disegno di legge di disciplina del procedimento amministrativo elaborato dalla c.d. "Commissione Nigro".

nell'ambito del quale si fronteggiano interessi pubblici parimenti meritevoli di tutela e parti poste su posizioni di equiordinazione <sup>(115)</sup>.

### 10.3. Gli orientamenti emersi in giurisprudenza.

Del problema del grado di stabilità riconosciuto dall'ordinamento agli accordi organizzativi fra pubbliche Amministrazioni, ovvero - se si preferisce - degli eventuali effetti conformativi derivanti all'esercizio del potere autoritativo declinato in moduli consensuali, si è occupata anche la giurisprudenza, assumendo - seppur nel quadro di una contenuta casistica giurisprudenziale, e muovendo sempre la propria analisi dall'interpretazione del mancato richiamo all'art. 11, comma 4 - posizioni pressoché speculari rispetto a quelle formulate dalla dottrina.

#### 10.3.1. La tesi della prevalenza del principio di inesauribilità del potere amministrativo.

Si registra così l'esistenza di un primo filone interpretativo, orientato a riconoscere come sempre ammissibile un potere amministrativo di recesso/revoca esercitabile dalle pp.AA. stipulanti un accordo organizzativo; potere il cui esercizio risulterebbe affrancato dai vincoli prescritti per l'ipotesi degli accordi tra p.A. e privati, leggendosi in ciò il principale effetto del mancato richiamo all'art. 11, comma 4.

In particolare, secondo l'orientamento ermeneutico inaugurato dalla Sezione giurisdizionale della Corte dei conti pugliese <sup>(116)</sup>, cui hanno fatto seguito alcune pronunce dei giudici amministrativi <sup>(117)</sup>, *“delle due interpretazioni astrattamente possibili”* del mancato richiamo - da parte dell'art. 15 della l. 241/1990 - del quarto comma dell'art. 11, l'una orientata ad escludere il recesso, l'altra invece a ritenerlo consentito anche a prescindere dalla sopravvenienza di motivi di pubblico interesse e senza che residui alcun obbligo di indennizzo, *“appare senz'altro più plausibile la seconda, 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 disciplina di cui al quarto comma dell'art. 11, l. 241/1990, per quanto recessivi, devono essere indennizzati per il sacrificio sopportato”*.

---

<sup>115</sup> Anche G. GRECO, *Accordi amministrativi*, cit., 245, in parziale revisione della posizione precedentemente espressa sul punto (cfr. nota 104), riconosce che l'opzione ermeneutica orientata ad affermare l'esistenza del generale potere di revoca in relazione agli accordi ex art. 15 “sarebbe ingiustamente penalizzante per le altre parti pubbliche”. In argomento v. anche F.G. SCOCA, *Accordi e semplificazione*, 565, secondo cui la mancata previsione *ex lege* del potere di recesso unilaterale per gli accordi ex art. 15, “trova giustificazione in considerazione che, mentre negli accordi tra amministrazioni e privati la sua previsione costituisce necessaria conseguenza della prevalenza dell'interesse pubblico su quello privato - pur nei limiti dell'affidamento ingenerato in quest'ultimo -, l'accordo tra amministrazioni disciplina interessi tra loro equiordinati, dal momento che proprio l'accordo ha come presupposto la necessità di disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune”.

<sup>116</sup> Corte dei conti, Sez. giur. Regione Puglia, 21 marzo 2003, n. 244.

<sup>117</sup> T.A.R. Marche, 29 settembre 2003, n. 1015; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II *ter*, 3 marzo 2006, n. 1677. Ma già in precedenza, cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 15 aprile 1996 n. 311, che ha giudicato legittima la revoca dell'adesione ad un consorzio intercomunale “nell'esercizio degli ordinari poteri di autotutela”.

L'affermazione in ordine all'esistenza in capo alle Amministrazioni stipulanti l'accordo di un potere di recesso del tutto svincolato dalle limitazioni imposte invece dall'art. 11, comma 4, all'ipotesi dell'accordo tra p.A. e privati, viene così motivata con un generico riferimento al principio dell'"inesauribilità del potere amministrativo" - richiamato dalla richiamata sentenza "*in modo apodittico e con laconicità quasi oracolare*"<sup>(118)</sup>; mentre a fondamento del più specifico aspetto dell'esclusione, in caso di recesso, di un obbligo di indennizzo, viene posta la negazione di un *affidamento tutelabile* in capo alle Amministrazioni aderenti, le quali infatti ricorrerebbero al modulo convenzionale "*per comporre in un quadro unitario gli interessi pubblici di cui ciascuna amministrazione è portatrice, e dei quali, per effetto della convenzione stessa, si fanno carico anche le altre amministrazioni partecipanti all'accordo*"<sup>(119)</sup>.

Ad analoghe conclusioni giungono i giudici amministrativi nelle richiamate pronunce, nelle quali - sempre muovendo dal valore da attribuire al mancato richiamo del recesso oneroso per sopravvenuti motivi in interesse pubblico *ex art. 11, comma 4* - si indica nell'esistenza di un "*generale potere di revoca del provvedimento*"<sup>(120)</sup>, il fondamento del potere di recesso unilaterale riconosciuto alle Amministrazioni stipulanti un accordo organizzativo. Potere che "*è proprio della funzione d'amministrazione*", ed a fronte del quale "*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 tra le parti*"<sup>(121)</sup>.

Con le sentenze citate, quindi, i giudici amministrativi, mostrano di collocare gli accordi organizzativi in un dimensione prettamente pubblicistica, al punto da assimilare l'accordo ad un provvedimento amministrativo, ed estendendo così al primo quel *potere generale di revoca* ritenuto attribuito tipico ed immanente del potere amministrativo, e di cui - come già evidenziato *supra* - il c.d. principio di inesauribilità del potere amministrativo costituisce fondamento essenziale<sup>(122)</sup>.

### **10.3.2. La tesi della prevalenza del principio di vincolatività dell'accordo e l'accoglimento della c.d. teoria privatistica degli accordi organizzativi**

In una prospettiva diametralmente opposta, che proietta la questione ermeneutica in esame in una ottica di stampo più decisamente privatistico, si muove un secondo orientamento

---

<sup>118</sup> C.P. SANTACROCE, *op. cit.*, 24.

<sup>119</sup> Con l'effetto paradossale di accordare maggiore tutela ad *interessi privati* declinati all'interno di moduli consensuali in cui alla p.A. viene riconosciuta una posizione di chiara preminenza, rispetto ad *interessi pubblici* non meno meritevoli di tutela di quelli affidati alla cura dell'Amministrazione recedente, ed inseriti in un assetto convenzionale definito tra soggetti posti su posizioni paritarie.

<sup>120</sup> "del quale - sostengono i giudici marchigiani - l'accordo ha il contenuto ed al quale è sottesa la cura di un pubblico interesse".

<sup>121</sup> T.A.R. Marche, 29 settembre 2003, n. 1015.

<sup>122</sup> Questa impostazione si pone peraltro in piena sintonia con l'orientamento dottrinale predominante che riporta nell'orbita dell'esercizio del potere (amministrativo) di revoca il recesso unilaterale da un accordo amministrativo *ex art. 11 l. n. 241/90*.

interpretativo, il quale tende invece ad escludere *in toto* la configurabilità di un potere di recesso/revoca esercitabile in una fase successiva all'accordo amministrativo.

Si è così affermato, con specifico riferimento ad un caso di recesso da un accordo di programma, che *“una volta che il Consiglio Comunale interessato abbia ratificato l'adesione data dal sindaco ad un accordo di programma comportante variazione degli strumenti urbanistici, e la figura paracontrattuale dell'accordo di programma acquistato, di conseguenza, definitiva efficacia giuridica, non può ammettersi la possibilità per il comune di recedere unilateralmente dall'accordo revocando la sua manifestazione di volontà”* <sup>(123)</sup>.

Più recentemente, i giudici amministrativi - chiamati questa volta a pronunciarsi in ordine alla legittimità di una deliberazione con la quale un Comune aveva aderito ad un consorzio intercomunale costituito *ex art.* 31 del D.Lgs. 267/2000 per la gestione del servizio di polizia municipale - hanno ribadito l'inconfigurabilità di un potere di recesso di derivazione pubblicistica nella fase successiva alla stipulazione di un accordo amministrativo, escludendo che *“lo scioglimento unilaterale dal vincolo derivante da un accordo organizzativo possa essere conseguito attraverso il potere di revoca o quello, più generale, di autotutela, per la semplice considerazione che un tale potere deve ritenersi rinunciato in forza della stipula dell'accordo vincolante che rappresenterà la sola regula juris di esercizio, quanto a modalità di organizzazione, della funzione assunta ad oggetto del consorzio”*.

Con la conseguenza che *“lo scioglimento unilaterale dal vincolo, in applicazione delle regole del codice civile, sarà pertanto ammissibile solo ove sia stato previsto il diritto di recesso ai sensi dell'art. 1373 c.c.”* <sup>(124)</sup>.

La pronuncia da ultimo richiamata si segnala non solo per la sua portata innovativa, vista la chiara prospettiva privatistica in cui si muove, ma anche per l'interessante *iter* argomentativo sviluppato a sostegno della tesi che vede esclusa ogni altra ipotesi di scioglimento unilaterale del vincolo sorgente da un accordo organizzativo che non sia l'esercizio della facoltà di recesso attribuito *expressis verbis ex art.* 1373 c.c. alle Amministrazioni aderenti dall'accordo medesimo <sup>(125)</sup>.

---

<sup>123</sup> T.A.R. Lazio, sez. I, 3 ottobre 1997, n. 1434.

<sup>124</sup> T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 8 novembre 2004, n. 5620, in *Urb. e App.*, 2005, 837, con nota di A. DI MARIO, *Il recesso dagli accordi tra amministrazioni abbandona l'autotutela*, *ivi*, 839.

<sup>125</sup> Si ritiene pertanto opportuno riportare un ampio stralcio della parte in diritto relativa alla tematica affrontata: *“Occorre ribadire in questa sede che la convenzione costitutiva di un consorzio tra enti locali stipulata ai sensi dell'art. 30 del D.Lgs. 267 del 2000 (in forza del richiamo contenuto nel successivo art. 31, comma 2), rappresenta una species del più ampio genus degli accordi tra amministrazioni di cui all'art. 15 della L. 214 del 1990 per la cui disciplina v'è un espresso rinvio all'art. 11, commi 2, 3 e 5, della medesima legge. In forza del richiamo al comma 2 dell'art. 11, ad essi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili e tra questi il fondamentale art. 1372 c.c. (...), a mente del quale “Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge”. Ora, come rilevato dalla più autorevole dottrina in materia di accordi, laddove v'è contratto con la sua forza vincolante non può esservi potere amministrativo e viceversa: affermare l'inesauribilità del potere amministrativo anche dopo la stipula di un accordo con forza “di legge” (secondo l'enfatica dicitura codicistica) equivarrebbe a negare il carattere vincolante dell'accordo e con esso la rilevanza del rinvio ai principi codicistici operato dall'art. 15 della L. 214 del 1990 per mezzo dell'art. 11. Accordo e potere non possono coesistere perché la nozione di vincolo giuridico, coesenziale al primo, è incompatibile con le caratteristiche del potere amministrativo, secondo la più che centenaria elaborazione giuspubblicistica. Appare pertanto meritevole di attenzione quel recente orientamento dottrinale che per superare la richiamata aporia (di un accordo non vincolante a motivo della predicata inesauribilità del potere) ha affermato che la*



Per quel che qui rileva, va sottolineato come - in netta antitesi rispetto a quanto sostenuto in altri pronunciamenti del giudice amministrativo sopra citati - nella relazione dialettica che negli accordi organizzativi contrappone il *principio di inesauribilità del potere amministrativo* a quello di *vincolatività* correlato alla stipulazione dell'accordo, la sentenza in esame assegni assoluta prevalenza al secondo <sup>(126)</sup>

Il principio di vincolatività trova così ingresso senza esitazioni, dalla porta principale, nel contesto regolativo degli accordi organizzativi, quale elemento "*coessenziale*" all'accordo, sulla base di una corretta valorizzazione del richiamo - seppur "filtrato", come abbiamo visto - operato dalle disposizioni in commento ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili e tra questi al "*fondamentale*" art. 1372 c.c., a mente del quale "*Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge*" <sup>(127)</sup>.

Ingresso supportato dal punto di vista teorico dall'originale impostazione che - in antitesi all'orientamento prevalente, che ritiene ormai superato il dogma della non negoziabilità del potere amministrativo e che vede pertanto negli accordi amministrativi "*una forma di esercizio del potere*" <sup>(128)</sup> - tende ad escludere il potere dalla fattispecie consensuale in quanto implicitamente "*rinunciato, dismesso*" con la prestazione del consenso <sup>(129)</sup>, con conseguente attrazione dell'intera vicenda delle

---

stipula dell'accordo equivale ad una rinuncia tacita, per *facta concludentia*, all'esercizio del potere (non anche della funzione intesa quale agire giuridico doveroso)".

Per la teoria della rinuncia tacita all'esercizio del potere operata con la stipulazione dell'accordo, il riferimento è N. PAOLANTONIO, *Contributo sul tema della rinuncia in diritto amministrativo*, Napoli, 2003, 115 ss., ove infatti, con riferimento ai moduli consensuali previsti dall'art. 11 della l. n. 241/1990, si legge: "l'adesione ad una fattispecie consensuale esclude il potere, poiché esclude l'autorità, così come la necessità esclude la possibilità. Escluso che possano darsi figure di potere non autoritativo, non è possibile continuare a sostenere che l'accordo sia una forma di esercizio del potere, e che quindi il potere sopravviva alla manifestazione di volontà dell'amministrazione di accedere al consenso; non solo perché la prestazione del consenso, almeno in linea teorica, suppone che nessuna delle parti si trovi, rispetto all'altra, in una condizione di privilegio o di vantaggio, ma che anche per la non ipotizzabilità dell'esercizio contestuale di due situazioni soggettive destinate a produrre effetti reciprocamente incompatibili. Si ha quindi che il potere, assente dalla fattispecie consensuale, non può che essere stato escluso in forza di un atto unilaterale, preliminare alla prestazione del consenso: quindi, non può che essere stato rinunciato, dismesso, con l'effetto della estinzione del rapporto amministrativo originariamente fondato sulla tradizionale dicotomia che vede contrapposto il potere alla situazione di interesse legittimo".

<sup>126</sup> O per meglio dire, stante la loro affermata inconciliabilità, riconosce la presenza solo del secondo, a fronte della rinuncia tacita, per *facta concludentia*, all'esercizio del potere (non anche della funzione intesa quale agire giuridico doveroso), in cui si risolverebbe la stipula dell'accordo.

<sup>127</sup> Secondo la sentenza richiamata, infatti, affermare l'inesauribilità del potere amministrativo anche dopo la stipula dell'accordo organizzativo "equivarrebbe a negare il carattere vincolante dell'accordo e con esso la rilevanza del rinvio ai principi codicistici operato dall'art. 15 della L. 214 del 1990 per mezzo dell'art. 11".

<sup>128</sup> L'orientamento prevalente, infatti, ritiene che la disciplina sugli accordi introdotta dalla l. n. 241/1990 abbia riconosciuto con chiarezza "la negoziabilità del potere amministrativo discrezionale, e dunque anche il carattere non necessariamente imperativo ed unilaterale delle sue manifestazioni": E. BRUTI LIBERATI, *op. cit.*, 18. In argomento cfr. anche N. BASSI, *Accordi amministrativi*, 82, secondo il quale l'art. 11, comma 2, "è la norma fondamentale che regge l'istituto (degli accordi amministrativi): essa ha comportato per la prima volta nel nostro ordinamento il riconoscimento generale del principio della piena negoziabilità del potere amministrativo, sottraendolo definitivamente al mito della necessaria unilateralità di cui era stato ammantato in passato".

<sup>129</sup> In ciò, a ben vedere, si coglie una divergenza tra la ricostruzione offerta dalla sentenza in esame e la dottrina da essa richiamata, secondo la quale, infatti, l'atto di dismissione del potere non si realizza al momento della conclusione dell'accordo, ma "in una fase logico - temporale anteriore", giacché "non pare ammissibile, sul piano logico prima che giuridico, sostenere che l'amministrazione eserciti il potere nel momento in cui esprime la volontà di non farne uso" (N. PAOLANTONIO, *op. cit.*, 84). L'atto abdicativo, dunque, dovrebbe precedere la stipula dell'accordo, e pur

relazioni giuridiche sorgenti dall'accordo organizzativo in un ambito esclusivamente privatistico: lo scioglimento unilaterale dall'accordo abbandona così definitivamente il tradizionale alveo amministrativo del potere di revoca, ed assume i tratti - ove previsto dallo statuto consortile - dell'esercizio di un "diritto potestativo di recesso" *ex art. 1373* <sup>(130)</sup>.

### 10.3.3. Voci critiche (discordanti) sulla sentenza T.A.R. Lombardia, Milano n. 5620/2004.

Nonostante l'interesse suscitato per l'inedita tesi posta a suo fondamento, la sentenza in esame non si è sottratta a critiche, come quella che ha ritenuto eccessivo il tentativo di far passare come "totalizzante" il rinvio ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, disposto dalle norme di cui agli artt. 15 e 11 della l. n. 241/1990.

Da questo punto di vista, si è detto, che *"la configurazione di un divieto di "recesso" unilaterale da un accordo di diritto pubblico quale mera conseguenza della necessaria applicazione integrale della norma di cui all'art. 1372 cod. civ. (...), appare criticabile, infatti, già solo per il fatto di essere il frutto di una "ipervalorizzazione" del rinvio ai principi civilistici, che non tiene in debito conto la doppia clausola di applicabilità/compatibilità di detti principi rispetto al "contesto pubblicistico" (131)*.

A ben vedere, però, se qualche rilievo può essere fatto alla sentenza in commento - a parte l'essere espressione di un orientamento dottrinale tanto stimolante quanto minoritario - esso dovrebbe andare nel senso contrario alle obiezioni da ultimo sollevate.

Ciò perché la conclusione cui essa perviene - per la quale lo scioglimento unilaterale dall'accordo organizzativo, in applicazione delle regole del codice civile, è limitato alla sola ipotesi in cui il diritto di recesso sia stato previsto in favore delle Amministrazioni aderenti dall'accordo medesimo, ai sensi dell'art. 1373 c.c. - appare invero eccessivamente rigida e tale da non "valorizzare", appunto, adeguatamente non solo il generico richiamo ai principi codicistici in materia di obbligazioni e contratti *ex art. 15*, comma 2, l. n. 241/1990, ma anche il disposto del "fondamentale" art. 1372 c.c., di cui peraltro la sentenza fa diretta applicazione <sup>(132)</sup>.

---

sussistendo dubbi sulla sua effettiva natura, l'A. sostiene si possa qualificare non come atto amministrativo, ma quale negozio unilaterale di rinuncia all'esercizio del potere. In senso contrario alla ricostruzione offerta dalla dottrina citata: N. BASSI, *Accordi amministrativi*, cit., 82, per il quale "il modulo consensuale è oggi uno degli strumenti, dotati di stabile cittadinanza nel nostro sistema, attraverso cui le amministrazioni sono abilitate ad agire nell'assolvimento dei loro compiti istituzionale, né di riflesso può più affermarsi che l'amministrazione abbia deciso di abdicare alla sua posizione di potere, solo perché ha imboccato la strada pattizia anziché quella provvedimentoale". Nel senso che il potere amministrativo dedotto in un accordo amministrativo tra p.A. e privati non è rinunciato, bensì "esercitato proprio attraverso lo strumento pattizio", cfr. Cons. Stato, sez. VI, 20 gennaio 2000, n. 264.

<sup>130</sup> Ed in tal senso viene espressamente qualificato dalla sentenza in esame.

<sup>131</sup> C.P. SANTACROCE, *op. cit.*, 27, secondo il quale detto "contesto pubblicistico", imporrebbe invece all'interprete "di "filtrare" il rinvio alle norme di diritto privato proprio attraverso detta clausola, onde verificare, di volta in volta, il sussistere di ragioni pubblicistiche che, stante la particolare natura dell'oggetto del "contratto", giustificano deroghe all'applicabilità integrale della disciplina di cui al Libro IV del codice civile.

<sup>132</sup> Cfr. S. VALAGUZZA, *op. cit.*, 425, la quale rileva come a volte la giurisprudenza amministrativa non solo applica l'art. 1372 c.c., "ma lo fa in una maniera molto più rigorosa di quella che la dottrina e la giurisprudenza civile ci hanno insegnato".

Come è noto, infatti, detta disposizione prevede che lo scioglimento dell'altrimenti indissolubile accordo contrattuale possa legittimamente trarre origine, oltre che dal mutuo consenso espresso a tal fine dai contraenti, anche “*per cause ammesse dalla legge*”; fra queste l'ipotesi del recesso unilaterale preventivamente autorizzato dal regolamento contrattuale rientra a pieno titolo, senza però esaurirne l'ambito applicativo (come si dirà meglio in seguito).

Ne deriva che l'applicazione della disciplina codicistica, e segnatamente dell'art. 1372 c.c., fatta dalla sentenza in esame appare tutt'altro che “integrale” e “totalizzante”, non rendendo probabilmente conto, invece, in modo adeguato, del numero e della varietà delle fattispecie risolutive ad iniziativa unilaterale alla cui applicazione apre il generico rinvio alla disciplina codicistica o l'altrettanto ampio rinvio *ex art. 1372 c.c.* alle ipotesi previste dalla legge <sup>(133)</sup>.

#### **10.3.4. Il recente orientamento assunto dal T.A.R. Lombardia.**

Nell'ambito del filone giurisprudenziale orientato ad escludere la persistenza di un potere amministrativo di revoca/recesso successivamente alla stipulazione dell'accordo organizzativo fra pp.AA., si segnala il recente indirizzo assunto in merito da alcune sentenze del T.A.R. Lombardia.

Tali pronunce <sup>(134)</sup>, pur muovendo dal medesimo assunto teorico posto a fondamento della citata sentenza n. 5620/2004 <sup>(135)</sup>, ne offrono una interessante rilettura in chiave nettamente più pubblicistica, suggerendo inoltre percorsi operativi alle Amministrazioni che si trovino a dover fronteggiare la sopravvenienza di motivi di pubblico interesse configgenti con l'assetto degli interessi definito da un accordo organizzativo di cui siano partecipi.

In particolare, dopo aver dato conto delle diverse letture offerte dalla giurisprudenza in relazione all'interpretazione da assegnare al mancato richiamo dell'art. 15 alla disposizione dell'art. 11, c. 4, della l. n. 241/1990, il T.A.R. lombardo definisce con precisione i termini della questione ermeneutica sottesa alla “*versata questione circa la possibilità di recedere da un accordo ex art. 15 l. 241/90*” <sup>(136)</sup>.

Con lucida analisi ricostruttiva, viene così evidenziato come ai fini della risoluzione della problematica in esame “*vengono in considerazione (da un lato) la inesauribilità della funzione amministrativa,*

---

<sup>133</sup> Sono invece condivisibili i timori (che travalicano, però, il *decisum* oggetto della sentenza in commento) legati alle conseguenze che potrebbero derivare da una lettura privatistica degli accordi amministrativi, qual è quella che sembra far da sfondo teorico alla decisione esaminata (in questo senso A. DI MARIO, *op. cit.*, 838, secondo il quale la sentenza in esame accoglierebbe per la prima volta la teoria c.d. privatistica degli accordi tra pp.AA.). Ed infatti l'applicazione integrale della disciplina codicistica che da tale visione dovrebbe conseguire, non risulterebbe consona con la natura pubblicistica dell'oggetto dell'accordo, né coerente con la chiara indicazione normativa fornita in proposito dal legislatore, che proprio per questo ha fatto riferimento ai “principi”, e non direttamente alle “norme” del c.c., subordinandone peraltro l'applicazione alle verifiche di compatibilità/applicabilità di cui si è detto.

<sup>134</sup> T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 20 novembre 2008, n. 5751; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 14 gennaio 2009, n. 90 e T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 30 aprile 2010, n. 1635.

<sup>135</sup> Secondo il quale, ricordiamo, lo scioglimento unilaterale del vincolo è ammissibile solo se il diritto di recesso sia stato previsto nell'ambito del regolamento pattizio.

<sup>136</sup> T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 20 novembre 2008, n. 5751. Al di fuori, naturalmente, del recesso unilaterale consentito dalla disciplina consensuale *ex art. 1373 c.c.*

*che non tollera l'imposizione di un vincolo a non riesaminare l'assetto di interessi concordato alla luce delle sopravvenienze nell'interesse pubblico, e (dal"altro) la non disponibilità da parte di una singola amministrazione degli interessi pubblici sottesi all'azione amministrativa esercitata in forma consensuale, che, per definizione, è affidata alla cura di più amministrazioni pubbliche?*

Ed è proprio nella tensione esistente tra questi due principi apparentemente inconciliabili che si identifica la chiave di volta dell'istituto consensuale in esame, dal momento che *“l'inesauribilità del potere imporrebbe di consentire la facoltà di recesso dall'accordo della singola amministrazione pubblica”* nel caso in cui sopravvengano motivi di interesse pubblico che risultino incompatibili con il permanere del vincolo pattizio, *“mentre la non disponibilità dell'interesse pubblico da parte della stessa amministrazione imporrebbe di non riconoscere forme di recesso che non siano concordate tra le parti?”*.

Così, al fine di offrire un valido temperamento fra i due principi richiamati, e rimanendo *“nel solco della pronuncia del T.A.R. Milano n. 5620/2004”*, viene stabilito che, salvo il caso in cui il diritto di recesso unilaterale sia stato espressamente previsto dalle parti nel regolamento pattizio, *“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”*.

Viene cioè pienamente confermata la rigida indicazione interpretativa formulata dai giudici milanesi con la sentenza sopra indicata, escludendosi in radice - al di fuori del mutuo dissenso e del recesso eventualmente previsto ex art. 1373 c.c. - ogni ipotesi di scioglimento unilaterale del vincolo assunto con la stipulazione di un accordo organizzativo fra pp.AA. in quanto incompatibile con la scelta del modulo consensuale.

Ma se la comunanza di conclusioni accosta il recente indirizzo espresso dal T.A.R. lombardo al precedente costituito dalla sentenza n. 5620/2004, l'iter argomentativo seguito li discosta sensibilmente. Così, se in entrambi i casi si conviene nel negare la configurabilità di un potere amministrativo di revoca/recesso nella fase successiva alla stipulazione dell'accordo organizzativo fra pp.AA., è evidente come nelle più recenti sentenze dei giudici lombardi, tale affermazione sia frutto di un approccio di chiaro stampo pubblicistico.

Non a caso, infatti, a fondamento della stabilità tendenzialmente assoluta riconosciuta al modulo consensuale in esame non viene posta la *vincolatività* dell'accordo, intesa quale espressione più tipica dei principi di matrice privatistica, bensì l'*“inscindibilità”* degli interessi pubblici sottesi all'azione consensuale delle pubbliche amministrazioni, fenomeno che rinviene la sua spiegazione all'interno della cornice pubblicistica, e da cui discenderebbe la loro *“indisponibilità”* su base individuale <sup>(137)</sup>.

---

<sup>137</sup> In tale prospettiva, è significativo che, nell'ambito del rapporto dialettico intercorrente con il principio di inesauribilità del potere amministrativo, il termine ad esso contrapposto non viene identificato, dalle sentenze in

Una *inscindibilità*, che è frutto della scelta dell'accordo quale modulo organizzativo dell'azione amministrativa alternativo all'esercizio "individuale" del potere amministrativo, e che "*se non muta l'ordine delle competenze delle pubbliche amministrazioni stipulanti, preclude, però, che una singola amministrazione possa decidere unilateralmente di tornare al modello della amministrazione per singoli provvedimenti, e finisce per imporre pertanto alle stesse un vincolo a continuare a regolare gli interessi pubblici disciplinati dall'accordo mediante l'utilizzo del modulo organizzativo consensuale*".

In altri termini, con il ricorso all'accordo organizzativo le Amministrazioni optano per una modalità condivisa di esercizio del potere, per il suo esercizio congiunto, per il venir meno del quale occorre che la volontà risolutiva/modificativa assuma egual forma.

Di tal ch , si potrebbe dire, che se v'  una rinuncia nella scelta del modulo consensuale, sar  una rinuncia non al potere, ma al suo esercizio "solitario" <sup>(138)</sup>.

L'ambientazione pubblicistica entro la quale si muovono le argomentazioni dei giudici lombardi risulta viepi  confermata dalle indicazioni operative fornite alle amministrazioni onde "*mitigare il (presupposto) principio della "intangibilit  unilaterale" dell'assetto degli interessi pubblici statuito a mezzo dell'accordo*" <sup>(139)</sup>.

Ed infatti, pur negando recisamente la configurabilit  di un potere di scioglimento unilaterale dell'accordo - al di fuori delle gi  ricordate ipotesi della risoluzione consensuale o della previsione

---

commento, in un elemento di tipica connotazione privatistica, come la vincolativit  dell'accordo, secondo l'impostazione tradizionale rappresentata in precedenza, ma in un fenomeno, quale l'inscindibilit  degli interessi pubblici perseguiti con ricorso all'opzione consensuale, che si manifesta all'interno della cornice pubblicistica.

<sup>138</sup> A ben vedere i giudici lombardi non si soffermano a fornire una spiegazione del perch  l'opzione consensuale determinerebbe la "inscindibilit " degli interessi pubblici sottesi a tale azione amministrativa. Sul punto si potrebbe aggiungere che con la scelta del modulo organizzativo consensuale, le Amministrazioni decidono - come si   detto - di svolgere la loro azione amministrativa in modo condiviso. Ne consegue che, in tale contesto, l'assetto degli interessi pubblici definito con l'accordo, costituisce frutto del bilanciamento degli interessi di cui le singole Amministrazioni sono portatrici e ne rappresenta l'ottimale punto di equilibrio. A valle di un'adeguata "ponderazione comparativa" di tutti gli interessi pubblici coinvolti, (per usare una terminologia cara a M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, *cit.*, 487) dunque, nell'ambito di tale assetto, ogni interesse pubblico affidato alle cure di ciascuna Amministrazione trova la propria collocazione e realizzazione in funzione della posizione e realizzazione degli altri, in una relazione di reciproco condizionamento. In questo contesto, la centralit  che ciascun interesse pubblico "primario" (di cui ogni p.A.   portatrice) riveste nell'ambito dell'esercizio dell'azione amministrativa "individuale", si stempera all'interno del pi  ampio contesto nel quale viene a collocarsi nel caso di un esercizio condiviso dell'azione amministrativa, anche in funzione della realizzazione degli altri interessi pubblici "primari" coinvolti. Il ricorso al modulo consensuale costringe pertanto ciascuna Amministrazione a spostare il proprio angolo visuale dal singolo interesse pubblico primario, alla "combinazione" degli interessi pubblici definita dall'accordo.

Dalla stretta correlazione che con l'accordo insorge fra tutti gli interessi pubblici coinvolti, discende la necessit  che le eventuali sopravvenienze di interesse pubblico che possano incidere sulla partecipazione all'accordo stesso di una delle Amministrazioni stipulanti non possano essere valutate con esclusivo riferimento alla conseguenze da esse derivanti nella sua sfera giuridica e patrimoniale, dovendosi invece tener conto anche delle possibili ripercussioni che il singolo recesso   in grado di produrre sull'assetto complessivo degli interessi pubblici definito dal modulo consensuale, e quindi, sugli altri interessi pubblici coinvolti. Alla luce di tali sopravvenienze, dunque, sar  necessaria una nuova valutazione comparativa degli interessi pubblici coinvolti, da esplicarsi con la medesima modalit  (condivisa) seguita per quella fondativa dell'originario assetto di interessi stabilito. D'altronde, il ritorno ad un esercizio solitario ed unilaterale del potere amministrativo in funzione risolutiva risulterebbe comunque incompatibile con un contesto nel quale non   dato identificare un interesse pubblico prevalente, venendo invece in rilievo esclusivamente una combinazione di interessi pubblici equoordinati e parimenti meritevoli di tutela, non contrastanti ma convergenti verso il perseguimento di uno scopo comune.

<sup>139</sup> C.P. SANTACROCE, *op. cit.*, 29.

di un diritto di recesso da parte del regolamento convenzionale -, il Tribunale amministrativo lombardo si mostra “sensibile” alle esigenze di tutela di quelle pubbliche Amministrazioni che, dopo aver stipulato un accordo ai sensi dell’art. 15 della legge generale sul procedimento amministrativo, si trovino successivamente a dover fronteggiare sopravvenienze esigenze di pubblico interesse che vengano ad incidere rilevantemente sul rapporto giuridico pubblicistico convenzionalmente instaurato <sup>(140)</sup>.

Alle Amministrazioni che, in tale evenienza, rischiano di subire un pregiudizio dalla conservazione di un tale vincolo consensuale, vengono così suggeriti alcuni “*strumenti di tutela*” di tipo procedimentale e processuale, idonei quantomeno a temperare il rigore mostrato nell’affermazione del carattere tendenzialmente indissolubile del vincolo pattizio.

Meccanismi di tutela che si sviluppano nel contesto di rapporti di chiara natura pubblicistica, atteso che la volontà delle altre amministrazioni che - a seguito di sopravvenienze negli interessi pubblici sottesi all’azione amministrativa - rifiutino una rimodulazione dell’assetto degli interessi definito con l’accordo, “*non è (...) una volontà negoziale fondata sull’autonomia privata, ma una volontà discrezionale funzionalizzata alla tutela degli interessi pubblici*”.

Con la conseguenza che l’amministrazione che intende recedere dall’accordo “*potrà censurare in sede giurisdizionale il rifiuto delle altre parti di modificare l’assetto degli interessi originariamente concordato, qualora tale rifiuto non sia conforme al principio di leale cooperazione tra gli enti pubblici che deve informare i rapporti tra le amministrazioni pubbliche per effetto della sentenza 303/2003 della Corte Costituzionale*” <sup>(141)</sup>.

Nella sequenza delineata dalle citate sentenze, dunque, la prima delle garanzie riconosciuta all’amministrazione interessata a svincolarsi dall’accordo a cagione di sopravvenuti motivi di interesse pubblico, sta nella facoltà di richiedere la *rinegoziazione* dell’accordo al fine di renderlo conforme alle mutate esigenze di pubblico interesse che la riguardano, ovvero, quando queste risultino del tutto incompatibili con l’assetto degli interessi definito dall’accordo, il suo *scioglimento consensuale*.

A fronte di tale richiesta, le altre Amministrazioni stipulanti potrebbero astenersi dal fornire una risposta espressa, ovvero negare il proprio assenso alla proposta modificativa o risolutiva dell’accordo, precisandone in tal caso le motivazioni.

---

<sup>140</sup> C.P. SANTACROCE, *op. loc. cit.*

<sup>141</sup> In questi termini le sentenze citate, le quali presentano la parte in diritto pressoché identica (essendo peraltro identico il loro relatore). Solo nella più recente di esse (la n. 1635/2010), pronunciandosi sulla legittimità del recesso di un comune da un accordo di programma, alle argomentazioni già sviluppate in precedenza in favore del carattere vincolante degli accordi organizzativi, si aggiunge quella relativa alla “necessità di attribuire un senso agli accordi di programma che, se fossero liberamente recedibili, sarebbero sostanzialmente privi di rilevanza giuridica, in quanto la stessa possibilità di giuridicizzare l’inadempimento degli stessi con la sola domanda di danni finirebbe per rendere gli accordi di programma, più che strumenti di semplificazione dell’azione amministrativa affidata a più amministrazioni, meri strumenti di moltiplicazione del contenzioso tra amministrazioni pubbliche”.

In tale evenienza, l'Amministrazione interessata alla rimodulazione/estinzione dell'accordo potrà tutelare le proprie ragioni innanzi al giudice amministrativo, impugnando l'eventuale silenzio-rifiuto, ovvero le determinazioni negative delle altre amministrazioni, ove ritenga detto diniego non conforme al principio di leale collaborazione che, come chiarito dalla giurisprudenza costituzionale, deve informare i rapporti tra pubbliche amministrazioni <sup>(142)</sup>.

In conclusione, l'indirizzo ermeneutico del T.A.R. Lombardia testé illustrato sembra proporre un sistema in cui, *“stante – “a monte” – l'opzione teorica per la prevalenza del principio della indisponibilità unilaterale del fascio di interessi pubblici confluiti nell'accordo, su quello della c.d. inesauribilità del potere amministrativo, si tenta – “a valle” – di pervenire ad un temperamento di siffatta opzione, attraverso l'assegnazione al giudice amministrativo della funzione di arbitro del bilanciamento tra due esigenze di segno opposto, entrambe meritevoli di tutela”*, sulla base di quel parametro *“elastico adattabile e – conseguentemente – generico, in cui si sostanzia il principio di “leale collaborazione”* <sup>(143)</sup>.

#### **10.3.4. Alcune considerazioni critiche.**

Il recente orientamento formulato dal T.A.R. Lombardia con le sentenze sopra citate, suscita però diverse perplessità sia di ordine pratico che teorico.

Sorgono anzitutto dubbi sulla reale efficacia della tutela offerta per il tramite dei rimedi procedurali e processuali suggeriti dalle sentenze in commento, di fronte al rifiuto delle altre amministrazioni di modificare l'assetto degli interessi a seguito delle intervenute sopravvenienze negli interessi pubblici sottesi all'azione amministrativa.

Il percorso procedimentale prospettato si rivela infatti particolarmente complesso, defaticante e dispendioso; il che appare con particolare evidenza nel caso in cui l'Amministrazione che aspira ad una rinegoziazione dell'accordo con finalità risolutive o modificative si trovi a dover fronteggiare il silenzio o il diniego di una pluralità di controparti pubbliche, vedendosi in tal caso costretta non solo a “sollecitare” un considerevole numero di risposte, ma eventualmente anche a proporre un altrettanto rilevante numero di ricorsi a fronte di condotte inerti o di determinazioni negative, peraltro variamente motivate.

Problematiche che tendono ovviamente a semplificarsi nel caso di accordi bilaterali, ovvero nel caso di accordi che per disposizione pattizia <sup>(144)</sup>, o normativa <sup>(145)</sup> diano luogo a strutture organizzative deputate a manifestare la volontà di tutte le Amministrazioni aderenti.

---

<sup>142</sup> E' appena il caso di rilevare come le esigenze di tutela prese in considerazione dalla giurisprudenza in commento sono solo quelle connesse a motivazioni di pubblico interesse effettivamente sopravvenute, e non anche ad eventuali nuove valutazioni dell'interesse pubblico a circostanze immutate. In tal caso, infatti, il rifiuto opposto ad una proposta modificativa o estintiva dell'accordo organizzativo non porrebbe dirsi in contrasto con il principio di leale collaborazione.

<sup>143</sup> C.P. SANTACROCE, *op. cit.*, 31.

<sup>144</sup> L'accordo organizzativo potrebbe infatti demandare ad una apposita articolazione organizzativa il compito di pronunciarsi sulle richieste formulate a tal fine dalle Amministrazioni aderenti.

E' appena il caso di sottolineare, inoltre, che l'eventuale assenso alla proposta di rinegoziazione - ottenuto in forma spontanea dalle altre Amministrazioni aderenti, o "compulsato" per il tramite di un pronunciamento giurisdizionale - si risolve pur sempre in una ipotesi di *mutuo consenso* risolutivo che, anche se a valle del procedimento prefigurato dalle sentenze in esame, si colloca all'interno dell'angusto ambito applicativo assegnato alle ipotesi di scioglimento dell'accordo organizzativo dal più rigoroso orientamento ermeneutico espresso in materia dalla giurisprudenza amministrativa.

Ed è infatti su questa impostazione, improntata ad un rigore interpretativo sconosciuto nell'esperienza applicativa della disciplina codicistica, che si appuntano le maggiori perplessità.

La ricerca su un piano esclusivamente pubblicistico dei meccanismi di *temperamento* della rigidità con la quale i giudici amministrativi interpretano il carattere vincolante degli accordi organizzativi fra pubbliche Amministrazioni mostra invero molti limiti, giungendo a conclusioni che appaiono riduttive ed inadeguate.

Ed infatti, come sopra accennato, l'*irrigidimento ermeneutico* mostrato in tal caso dalla giurisprudenza amministrativa non sembra tenere in debito conto il richiamo ai principi codicistici in materia di obbligazioni e contratti formulato dal legislatore nell'art. 15, comma 2, l. n. 241/1990, trascurando, per tutta conseguenza, la varietà di strumenti risolutivi del vincolo consensuale attivabili su base unilaterale, da tempo forgiati nell'ambito della tradizione giuridica privatistica.

Si perviene così a soluzioni applicative che hanno il tratto del paradosso, rivelandosi ben più rigorose di quelle elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza civile <sup>(146)</sup>, i cui arresti hanno da

---

<sup>145</sup> E' quanto accade con i consorzi previsti dall'art. 31 del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, enti strumentali degli enti locali per lo svolgimento in forma associata di servizi e di funzioni pubbliche, ai quali la giurisprudenza riconosce la natura di enti pubblici in quanto dotati di personalità giuridica ed autonomia patrimoniale e statutaria (cfr. Cass., Sez. un. civ., ordinanza n. 33691 del 10 ottobre 2002). Il consorzio, a differenza di quanto accade con altri moduli associativi come le convenzioni ex art. 30 del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267, si caratterizza per la presenza di organi amministrativi espressamente individuati per la sua conduzione. L'art. 31 cit., infatti, prevede specifici organi rappresentativi dei diversi enti consorziati quali l'assemblea del consorzio, composta dai rappresentanti degli enti associati nella persona del Sindaco, del Presidente o di un loro delegato, ognuno con responsabilità proporzionale alla quota di partecipazione fissata dalla convenzione o dallo statuto. Il consorzio si costituisce per mezzo dell'approvazione, da parte dei componenti dei consigli degli enti interessati, di una convenzione e dello statuto approvato a maggioranza assoluta. La convenzione, vero atto costitutivo del consorzio, disciplina le competenze degli organi consortili, le finalità e la durata dell'accordo; mentre lo statuto definisce l'organizzazione, la nomina e le funzioni degli organi. In questo contesto, pertanto, la convenzione potrebbe demandare all'assemblea del consorzio il compito di pronunciarsi, in rappresentanza di tutti gli enti consorziati, in ordine alle istanze di rinegoziazione dell'accordo costitutivo. Ma poiché le deliberazioni assembleari vengono assunte a maggioranza, il problema del recesso presenta problemi peculiari, legati all'esigenza di tutela delle minoranze che invece non sussistono nelle convenzioni ex art. 30, e in generale negli altri accordi organizzativi ove trova di regola applicazione il principio dell'unanimità. In argomento cfr. A. DI MARIO, *op. cit.*, 840.

<sup>146</sup> Cfr. sul punto S. VALAGUZZA, *op. cit.*, 427, secondo la quale, diversamente da quanto fermamente sostenuto dalla giurisprudenza amministrativa, "il principio per cui il contratto ha forza di legge tra le parti, contestualizzato nel sistema civile, non implica, sempre e comunque, l'inammissibilità del recesso". Ciò perché "la regola generale, che sancisce il principio per cui il contratto ha forza di legge tra le parti e non può essere sciolto se non per mutuo consenso, si accompagna ad importati eccezioni. Il sistema civilistico tipizza diverse fattispecie contrattuali in cui il recesso è bensì ammesso".



tempo infranto “*il mito della stabilità del rapporto contrattuale*”<sup>(147)</sup>, dimostrando che - a dispetto del principio generale di cui all’art. 1372 - nel contesto della disciplina codicistica non solo si rinvengono numerose ipotesi di poteri unilaterali di modificazione ed estinzione del rapporto contrattuale, ma che la loro previsione costituisce “*fenomeno per niente affatto sconcertante, paradossale o iniquo*”<sup>(148)</sup>.

Alla luce delle considerazioni che precedono, si rende allora necessario verificare - anche sulla base degli spunti emersi in tal senso presso la dottrina e la giurisprudenza - se sia possibile individuare meccanismi di composizione dei conflitti fra interessi pubblici declinati in moduli consensuali, che insorgano per effetto del sopravvenire di motivazioni di pubblico interesse e che presentino connotati di minore perentorietà rispetto a quelli finora esaminati<sup>(149)</sup>.

Si avverte cioè l’esigenza di identificare criteri di risoluzione dei conflitti più elastici, e quindi più equi, che vadano nel senso del necessario contemperamento degli interessi pubblici in gioco, e che consentano pertanto di ponderare comparativamente l’interesse dell’Amministrazione recedente non (solo) con quello delle singole amministrazioni aderenti, ma (anche e soprattutto) con l’assetto complessivo degli interessi definiti dall’accordo, assegnando quindi rilievo determinante all’incidenza che l’eventuale recesso può avere sull’equilibrio fissato dall’accordo e sulla sua sopravvivenza.

## **11. Il recesso unilaterale nella disciplina del codice civile: la caduta del mito della stabilità del rapporto contrattuale.**

Appare opportuno, a tal fine, attingere ai collaudati modelli di composizione di interessi elaborati dalla tradizione privatistica, che si mostrano più idonei a gestire le relazioni dialettiche

---

<sup>147</sup> G.D. COMPORTI, *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, Milano, Giuffrè, 1996, 305.

<sup>148</sup> P. SHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione (ius variandi) del rapporto contrattuale*, in *Giur. comm.*, 1992, 23, citato da G.D. COMPORTI, *op. cit.*, 306.

<sup>149</sup> Nel caso di conflitti insorti - sempre per sopravvenienze di pubblico interesse - nell’ambito di accordi stipulati tra amministrazioni e privati, ove gli interessi pubblici delle prime si fronteggiano con quelli privati, è il legislatore stesso che ha provveduto ad indicare il meccanismo di risoluzione, accordando ai primi, in virtù della loro natura pubblica, una *prevalenza* a cui è collegato il potere unilaterale di recesso/revoca di cui all’art. 11, c. 4, l. n. 241/1990. Ed è probabilmente nel disconoscimento di una analoga posizione di preminenza per l’Amministrazione interessata al recesso che si rinviene la *ratio* del mancato richiamo di tale disposizione da parte dell’art. 15 e della conseguente esclusione di un potere unilaterale di recesso dall’accordo organizzativo, venendo infatti in rilievo, in tal caso, interessi omogenei ed equiordinati. In questa prospettiva, la posizione interpretativa (minoritaria) orientata a riconoscere l’esistenza di un potere di revoca/recesso unilaterale dall’accordo organizzativo anche nella fase successiva alla sua stipulazione, finisce con l’accordare alla p.A. recedente una posizione di predominio che appare invece incompatibile con l’esistenza di un rapporto paritario tra gli enti pubblici aderenti. Allo stesso modo, la tesi che limita il recesso dall’accordo organizzativo alle sole ipotesi di mutuo consenso o del diritto di recesso contemplato dall’accordo medesimo, assegna una aprioristica prevalenza all’interesse delle altre Amministrazioni stipulanti al mantenimento dell’accordo, anche in presenza di eventuali gravi pregiudizi subiti dalla p.A. interessata al recesso per effetto della permanenza dell’accordo. Sorge pertanto l’esigenza di individuare criteri di risoluzioni dei conflitti mero rigidi e quindi più equi, che si muovano nel senso del necessario contemperamento degli interessi pubblici in gioco.

che si sviluppano fra interessi equiordinati <sup>(150)</sup> - quali quelli qui in rilievo -, come mostra di aver inteso lo stesso legislatore, che non a caso ha fatto rimando ai principi germinati nell'ambito di siffatta esperienza giuridica.

Dalla disamina del complesso della disciplina codicistica emergono così risultati di grande interesse per il prosieguo della nostra indagine.

Si è infatti efficacemente rilevato, che il tanto vituperato recesso unilaterale, trova invero ordinaria ospitalità in ambito contrattuale, al punto che, per i contratti tipici esso costituisce “la regola”, risultando in tal caso, l'art. 1372, comma 1, “*sostanzialmente svuotato*”. Il carattere vincolante del contratto trova poi altra e più corposa smentita nel “potere di pentirsi” riconosciuto nell'ambito della disciplina dei contratti ad esecuzione continuata o periodica e a tempo indeterminato <sup>(151)</sup>. Altre ipotesi di recesso previste dalla disciplina codicistica riguardano anche ipotesi di contratti che hanno avuto un inizio di esecuzione, in deroga quindi alla regola dell'art. 1372 c.c. <sup>(152)</sup>. Di frequente poi la legge definisce un trattamento asimmetrico del recesso legale, a vantaggio della parte i cui interessi sono riconosciuti meritevoli di maggiore tutela; il che può avvenire attribuendo il potere di recesso ad uno solo dei contraenti (es. consumatore acquirente nei contratti di vendita a domicilio), o consentendo un recesso puro e semplice senza limiti <sup>(153)</sup>.

Si è inoltre sottolineato come la stessa dottrina civilistica riconosca adeguato rilievo al “*principio della rilevanza della sopravvenienza (...)*, ritenendolo “*più che configgente, funzionale alla regola pacta sunt servanda proprio perché agisce per rimuovere o riequilibrare un assetto di interessi diverso da quello che le parti hanno tenuto presente e consacrato nell'accordo contrattuale*” <sup>(154)</sup>

Dalla pur sintetica analisi delle disposizioni dettate dal codice civile in materia contrattuale, emerge pertanto che il recesso unilaterale appartiene a pieno titolo al novero degli strumenti cui usualmente la disciplina codicistica fa ricorso nella gestione delle dinamiche sottese ai rapporti contrattuali. Il che conferma come l'orientamento interpretativo che ne esclude in radice la ricorribilità in materia di accordi organizzativi - invocando peraltro una più puntuale applicazione della disciplina privatistica - si mostri in realtà poco rispettosa proprio di tale dato positivo.

---

<sup>150</sup> A differenza di quanto accade per la tradizione giuridica del diritto amministrativo, che si forma, in origine, quale “disciplina giuridica delle manifestazioni autoritative della funzione di amministrazione” (V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*, 5), che postulano quindi posizioni giuridiche diseguali, rappresentate con il ricorso alla tradizionale dicotomia che vede contrapposto il *potere* alla *soggezione* e quindi alla situazione di *interesse legittimo*. Sulla concezione tradizionale secondo cui “il diritto privato sarebbe il diritto improntato al principio di eguaglianza mentre il diritto pubblico sarebbe il diritto improntato a quello di autorità” (secondo il c.d. criterio distintivo di *eguaglianza-autorità*), cfr., seppur in senso critico, C.M. BIANCA, *Diritto civile, vol. I, La norma giuridica - I soggetti*, Milano, Giuffrè, 1984, 42.

<sup>151</sup> Ipotesi del genere sono previste, ad esempio, per la somministrazione (art. 1569), l'agenzia (art. 1750, comma 1), il comodato (art. 1810), il conto corrente (art. 1833, comma 1) e l'apertura di credito (art. 1845, comma 3).

<sup>152</sup> Sono, ad es. i casi dell'appalto (art. 1671) e dei contratti di vendita a domicilio del consumatore (D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, art. 64 ss., c.d. Codice del consumo)

<sup>153</sup> Per le considerazioni che precedono, i relativi richiami normativi, e l'ampia dottrina civilistica citata a supporto, si veda G.D. COMPORTI, *op. cit.*, 306, il quale, in conclusione, sostiene che “la stabilità del rapporto contrattuale non è più dunque un valore assoluto”.

<sup>154</sup> G.D. COMPORTI, *op. cit.*, 307, che cita a tal fine le opinioni di T. GALETTO, voce *Clausola rebus sic stantibus*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, vol. II, Torino 1988, 389.

## 12. Alla ricerca di un modello di recesso unilaterale applicabile agli accordi organizzativi.

Si tratta a questo punto di stabilire se e a quale fra le tipologie di recesso unilaterale disseminate nelle pieghe del codice un'Amministrazione aderente ad un accordo organizzativo possa far ricorso, qualora sopravvenuti motivi di pubblico interesse le impongano di sciogliersi dal vincolo consensuale.

Giova a tal fine richiamare l'autorevole posizione dottrinale che ha da tempo evidenziato le similitudini esistenti tra accordi organizzativi e contratti plurilaterali, e fra questi, in particolare, con i contratti associativi, con conseguente possibile estensione delle peculiari disposizioni per loro dettate dal codice civile in materia di recesso.

Si è così affermato, in proposito che, *“per usare categorie civilistiche (...) la formula dell'art. 15 evoca lo schema dei contratti associativi, come contrapposto ai contratti di scambio. Mentre in questi ultimi la prestazione di ciascuna delle parti realizza direttamente e definitivamente l'interesse dell'altra, nel contratto associativo (società, associazione, consorzio) le prestazioni eseguite dalla parti sono preordinate allo svolgimento in comune di una attività: sicché l'interesse di ciascuna delle parti non è soddisfatto dalle prestazioni delle altre (...) ma dipende dall'effetto dell'attività comune cui le prestazioni sono preordinate”* <sup>(155)</sup>

Individuata così la cornice normativa entro la quale circoscrivere la nostra indagine, possiamo ora passare in rassegna le diverse ipotesi di recesso unilaterale in essa contemplate, avvalendoci anche della scarsa giurisprudenza formatasi in proposito.

### 12.1. Il recesso dalle associazioni previsto dall'art. 24, comma 2, del codice civile.

Viene così anzitutto in rilievo l'ipotesi prevista dall'art. 24, comma 2, c.c., dettata in tema di associazioni <sup>(156)</sup>, la quale statuisce che *“l'associato può sempre recedere dall'associazione se non ha assunto l'obbligo di farne parte per un tempo determinato”*.

Secondo questa disposizione, dunque, in applicazione di un criterio fondato sulla durata temporale fissata nell'accordo, ciascuna delle amministrazioni aderenti potrebbe decidere di

---

<sup>155</sup> In tal senso, G. CORSO - F. TERESI, *Procedimento amministrativo, cit.*, 111. Sul tema cfr. anche: G. GRECO, *Accordi amministrativi, cit.*, 180, secondo il quale gli accordi organizzativi “presentano un prevalente connotato associativo e non di scambio (sia le convenzioni ex art. 30, D.Lgs. n. 267/2000, sia gli accordi di programma ex art. 34 del medesimo D.Lgs. sono infatti inseriti nel capo V del Tit. II del T.U.E.L., che riguarda appunto le “forme associative”); G.D. COMPORI, *op. cit.*, 323, il quale, dopo aver individuato le caratteristiche degli accordi organizzativi nella “variabilità o indeterminatezza del numero delle parti” e nella “omogeneità degli interessi perseguiti”, sostiene si tratti “di elementi che evocano la categoria del contratto plurilaterale, ormai ampiamente delineata dalla letteratura civilistica” (p. 323), giungendo poi più esplicitamente ad inquadrare “gli accordi fra amministrazioni di cui all'art. 15 della legge n. 241/90 nella categoria di diritto comune dei contratti plurilaterali con comunione di scopo, altresì definiti anche come contratti di cooperazione o di collaborazione” (p. 325). Nello stesso senso, da ultimo, S. VALAGUZZA, *op. cit.*, 428, la quale - in esito all'applicazione del c.d. metodo tipologico (in alternativa al c.d. metodo sussuntivo) - perviene alla conclusione secondo cui “l'accordo di programma pare avere affinità con i contratti plurilaterali e, in particolare, con i contratti associativi e con il tipo del contratto di società”.

<sup>156</sup> Ma applicabile analogicamente anche alle associazioni non riconosciute: cfr. *ex multis* Cass.civ. n. 4244/1997.

sciogliersi liberamente <sup>(157)</sup> dal vincolo consensuale, salvo che non sia stata fissata una precisa durata dell'accordo stesso, nel qual caso il recesso unilaterale sarebbe precluso per tutto l'arco temporale stabilito <sup>(158)</sup>.

La norma richiamata fissa pertanto un criterio semplice, il quale, però, se trasferito nel complesso contesto applicativo delle dinamiche sottese agli accordi organizzativi rischia di apparire semplicistico, o comunque non risolutivo.

Esso non prende infatti in alcuna considerazione gli interessi degli altri soggetti pubblici aderenti, probabilmente anche per essere stato congegnato con riferimento ad un istituto (qual è l'associazione) tendenzialmente destinato a governare i rapporti di una molteplicità di aderenti (con conseguente scarsa incidenza dell'eventuale recesso del singolo sul vincolo associativo), di rado soggetto a vincoli temporali di durata, con conseguente necessità - in tal caso - di garantire una gestione del vincolo associativo improntata alla più ampia libertà, anche in considerazione dei valori costituzionali di cui esso può costituire espressione (come la libertà di associazione e di manifestazione del pensiero ex artt. 18 e 21 Cost. <sup>(159)</sup>).

Va inoltre rilevato come il mero dato temporale fissato nell'accordo può non risultare sufficiente, da solo, per valutare la congruità della persistenza del vincolo consensuale, ben potendo detto vincolo proiettarsi, seppur in modo certo, su un arco temporale molto ampio, ovvero essere previsto in contesti così dinamici da rendere rapidamente inattuale e superato l'assetto di interessi definito con l'accordo.

In relazione all'applicazione del criterio temporale di cui all'art. 24, comma 2, c.c. si segnalano in giurisprudenza due pronunce di segno diametralmente opposto, sebbene relative a questioni pressoché identiche, aventi ad oggetto la legittimità del recesso unilaterale di un Comune da un consorzio intercomunale a tempo determinato, costituito ai sensi dell'art. 25, della legge n. 142/90 (ora art. 31 del D.Lgs. n. 267/2000).

Con sentenza del 9 gennaio 2002, n. 172, il T.A.R. Campania - Napoli, sez. I, ha infatti rigettato il ricorso proposto dal Consorzio di gestione e manutenzione degli impianti di depurazione dei

---

<sup>157</sup> Cioè, non solo per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, e senza che sia richiesta a tal fine la ricorrenza di altri presupposti.

<sup>158</sup> Cfr. sul punto S. CIVITARESE MATTEUCCI, *op. cit.*, 120, secondo il quale, la riconosciuta presenza di "una causa in senso lato associativa", in particolare nelle convenzioni stipulate fra enti locali ex art. 30 del D.Lgs. n. 267/2000 (ma anche "in tutti i casi in cui lo scopo dell'accordo sia quello di coordinare, mediante misure organizzative, l'azione di più enti") renderebbe "determinante la dimensione temporale", potendosi ipotizzarsi in tal caso "l'applicazione in via diretta o analogica dell'art. 24, secondo comma c.c. (...). Per cui, secondo l'A., il fatto che l'art. 30 cit. indichi la durata fra i contenuti necessari delle convenzioni, può essere interpretato "come elemento che (qualora non siano pattuite clausole diverse) reca con sé l'obbligo di *farne parte per quel determinato tempo*, impedendo il recesso sulla falsa riga della disciplina della società semplice, in cui il recesso *ad nutum* del socio è ammesso solo quando la società sia costituita a tempo indeterminato (art. 2285 c.c.). Ma questa circostanza non negherebbe, anzi confermerebbe l'applicabilità dell'art. 24 c.c. in altre ipotesi".

<sup>159</sup> E' quanto accade nel caso di associazioni che perseguono (anche) finalità connesse al pensiero ed alle ideologie, quali, ad esempio, un sindacato o un partito politico. Sui legami tra le associazioni e i principi costituzionali riportati nel testo, fra le tante, cfr. Cass. civ., sez. I, 4 giugno 1998, n. 5476; Trib. Ivrea, sez. lav., 3 ottobre 2006 n. 110.

liquami di Napoli contro il Comune di Portici, per l'annullamento della delibera di Consiglio Comunale con la quale quest'ultimo aveva deciso di recedere dal Consorzio stesso. Con tale decisione, in particolare, il T.A.R. campano ha ritenuto di non dover applicare per la risoluzione della controversia l'art. 24 c.c., invocato dal ricorrente, preferendo pronunciarsi sulla base dell'applicazione analogica dell'art. 2285, secondo comma c.c. - disciplinante lo scioglimento del rapporto sociale per recesso limitatamente ad un socio nelle società di persone - e riconoscendo per questa via la legittimità del recesso impugnato.

Di diverso avviso si è invece mostrato il T.A.R. Campania - Sez. staccata di Salerno, sez. I, nel pronunciarsi con sentenza n. 2496/2005 sul ricorso proposto dal Consorzio intercomunale "Viviamo il Tusciano" contro il Comune di Montecorvino Rovella, per l'annullamento della delibera del Consiglio comunale con la quale lo stesso Comune aveva stabilito di recedere dal richiamato Consorzio.

Nel caso di specie - relativo anch'esso ad una ipotesi di recesso unilaterale anticipato rispetto al termine di durata previsto -, i giudici salernitani, nel ritenere di far ricorso "*per analogia, anche ai principi generali in materia di recesso dalle persone giuridiche sorte ex pacto*", hanno stabilito che "*nell'ambito delle norme di diritto privato che governano il recesso dalle persone giuridiche, bisogna fare riferimento all'art. 24, comma 2, del c.c.*", concludendo pertanto nel senso della "*irrimediabile illegittimità*" del recesso impugnato <sup>(160)</sup>.

## **12.2. La disciplina dei consorzi previsti dagli artt. 2602 ss. del codice civile.**

Nell'orbita dei c.d. contratti associativi vengono anche ricondotti i consorzi tra imprenditori per la disciplina o lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese disciplinati dagli artt. 2602 c.c. e ss., le cui disposizioni in materia di recesso non offrono, a ben vedere, particolari spunti di interesse ai fini della nostra indagine.

In modo conforme al più restrittivo degli orientamenti giurisprudenziali sopra richiamati, infatti, la disciplina in esame esclude ogni ipotesi espressa di recesso unilaterale dal consorzio che non sia contemplata nell'accordo consortile o che non incontri il consenso degli altri consorziati. Più precisamente, l'art. 2603, comma 2, indica al punto 6, fra i contenuti obbligatori del contratto di consorzio, "*i casi di recesso e di esclusione*"; mentre l'art. 2607 prevede che il contratto di consorzio, "*se non è diversamente convenuto, non può essere modificato senza il consenso di tutti i consorziati*".

Nella disciplina del consorzio contenuta nel codice civile, dunque, analogamente a quanto in precedenza previsto dalla normativa speciale in materia di consorzi facoltativi tra enti locali recata

---

<sup>160</sup> In senso conforme anche T.A.R. Puglia, Lecce, 29 gennaio 2004, n. 305.

dal Testo Unico delle leggi comunali e provinciali del 3 marzo 1934, n. 383 <sup>(161)</sup>, sembra sia assegnata assoluta prevalenza al carattere vincolante del contratto di consorzio, indicando - fatte salve le ipotesi previste dall'accordo consortile - nella rinegoziazione tra le parti la strada obbligata per l'eventuale recesso <sup>(162)</sup>.

Un orientamento interpretativo, questo, che pur formatosi sotto la vigenza del T.U. n. 383 del 1934, ha continuato a registrare consensi presso la giurisprudenza amministrativa chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dei recessi da consorzi fra comuni.

Come nel caso della sentenza n. 5660/2005 con la quale il Consiglio di Stato <sup>(163)</sup> ha ritenuto illegittima la deliberazione consiliare con la quale il Comune di Mottola ha deciso di recedere dal Consorzio Interprovinciale del Territorio dei Trulli e delle Grotte, senza seguire le medesime modalità stabilite per la costituzione del consorzio stesso, come invece prescritto dagli articoli 156, 164 e 167 del Testo Unico delle Leggi Comunali e Provinciali del 3 marzo 1934 n. 383, vigente all'epoca dell'adozione dell'atto impugnato. Una soluzione che nemmeno l'intervenuta abrogazione delle disposizioni del Testo Unico di cui al R. D. 383/1934 da parte della legge 8 giugno 1990 n. 142 - intervenuta *medio tempore* e quindi senza rilievo per la vertenza esaminata - poteva mettere in dubbio, da momento che, *“la struttura negoziale e bilaterale dell'accordo intervenuto tra il Comune di Mottola ed il Consorzio (...) avrebbe comunque imposto un atto di eguale natura per rendere operante il recesso del Comune di Mottola, in mancanza di una disciplina specifica di diverso segno nello statuto consortile”* <sup>(164)</sup>.

---

<sup>161</sup> Una disciplina speciale (e come tale applicabile in base alla clausola di sussidiarietà prevista dall'art. 11, comma 2, l. n. 241/90: “ove non diversamente previsto”) in materia di consorzi facoltativi tra enti locali era contenuta nel Testo Unico delle leggi comunali e provinciali n. 383 del 1934, il quale, all'art. 164, prevedeva che “negli stessi modi e con le stesse forme stabilite per la costituzione del consorzio possono essere modificati la composizione (...) del consorzio”. Tale procedura, disciplinata dall'art. 156 del medesimo T.U., imponeva che il recesso dovesse essere deliberato dal comune e accettato dall'organo del Consorzio a ciò deputato dallo statuto, (di regola l'assemblea consortile). Come è noto, la disciplina del T.U. del 1934 è stata abrogata dalla legge 8 giugno 1990, n. 142. Un'analoga disciplina è quella prevista dall'art. 98 del D.P.R. 4.10.1986 n. 902 (Regolamento delle aziende di servizi dipendenti dagli enti locali), considerata dalla giurisprudenza e dalla dottrina ancora in vigore - in quanto non abrogata dalla legge n. 142/90 né dal D.Lgs. n. 267/2000 -, la quale prevede che “ognuno degli enti uniti in consorzio può ottenere di cessare dal farne parte purché intervenga il consenso di tutti gli altri enti consorziati”. In questi termini, A. DI MARIO, *op. cit.*, 842.

<sup>162</sup> *Contra* T.A.R. Campania - Napoli, sez. I, 9 gennaio 2002, n.172, secondo cui “anche in ambito civilistico si ritiene che sia particolarmente ampio il diritto di recesso nel consorzio (artt. 2602 e ss.). Pur prevedendo l'art. 2603, n. 6, che le cause di recesso siano indicate nel contratto, ciò non di meno sono ammissibili ulteriori ipotesi di recesso non previste contrattualmente, quali potrebbero essere il venire meno dei requisiti essenziali e la esistenza di una giusta causa”.

<sup>163</sup> Cons. Stato, sez. V, 13 ottobre 2005 n. 5660.

<sup>164</sup> Sulla stessa scia, ma con più larga base motivazionale e più ampi richiami giurisprudenziali: T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 8.11.2006, n.10471, secondo il quale “costituisce opinione diffusa quella secondo cui, seppur sia ipotizzabile una facoltà di recesso indipendentemente da una specifica previsione statutaria, il perfezionamento della fattispecie e, quindi, l'effetto estintivo del vincolo collaborativo si realizza unicamente mediante accettazione della volontà di recedere del soggetto consorziato da parte del Consorzio (Cons. Stato, sez. V, 13.10.2005, n. 5660; Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 1995, n. 494; T.A.R. Molise, 11.4.2005 n. 455; T.A.R. Abruzzo, Pescara, 13.1.1999 n. 13): infatti, la natura bilaterale del rapporto di diritto pubblico in questione e l'inconfigurabilità di una posizione di vera e propria primazia di un soggetto rispetto all'altro, pone il vincolo in termini di sostanziale paritetività, con la conseguenza che solo una forma consensuale può determinarne efficacemente lo scioglimento; del resto, in termini più propriamente pubblicistici, si tratta di una applicazione del principio del *contrarius actus* che richiede la medesima

In argomento si registra comunque un orientamento minoritario, che nel richiamare un analogo precedente della Suprema Corte <sup>(165)</sup> - secondo cui “*va esclusa ogni possibilità di recesso degli associati tutte le volte in cui lo statuto disponga, espressamente o implicitamente, in tal senso, senza che ciò violi il principio costituzionale di cui all’art. 18 della Carta fondamentale (poiché anche il recesso rientra, in astratto, tra i modi di esercizio della libertà di cui al detto articolo)*” -, ha ritenuto legittimo il recesso di un Comune da un consorzio intercomunale, non avendo nel caso di specie nulla disposto lo statuto in tal senso, e non essendo emersa dalla documentazione versata “*l’indeffettibilità della partecipazione del Comune ai fini della sopravvivenza del consorzio*” <sup>(166)</sup>.

Un’indicazione, quest’ultima, che nonostante la perentorietà delle posizioni sposate dal T.A.R., lascia intravedere come il percorso motivazionale seguito si sia soffermato con la dovuta attenzione sulle possibili ripercussioni derivanti dal recesso sull’assetto di interessi sotteso al patto consortile; il che pare costituire significativo indice rivelatore dell’applicazione di una diversa *regula juris*, come sarà chiarito successivamente.

### **12.3. Il recesso del socio dalle società di persone disciplinato dall’art. 2285 c.c.**

Nel quadro della disciplina relativa ai c.d. contratti associativi, non poteva poi mancare l’esame delle disposizioni sul recesso previste dal paradigma della categoria, vale a dire dal contratto di società.

In questo caso, il riferimento è all’art. 2285 c.c., che nell’ambito della disciplina destinata alle società di persone <sup>(167)</sup>, prevede che socio possa recedere dalla società “*quando questa è contratta a tempo indeterminato o per tutta la vita di uno dei soci*”.

Il recesso del socio è inoltre ammesso nel caso in cui la società è a tempo determinato, ma in questo caso solo “*nei casi previsti nel contratto sociale ovvero quando sussiste una giusta causa*”.

Anche in questo caso, dunque, come nel caso delle associazioni, la disciplina codicistica fa riferimento al criterio temporale, prevedendo un recesso affidato alla libera scelta del socio interessato <sup>(168)</sup> nel caso in cui i soci non abbiano fissato un termine di durata alla società, ovvero

---

forma per l’adozione di un atto che sostanzialmente si pone in una logica di autotutela allargata o meglio condizionata all’accettazione di un’altra autorità (Cons. Stato, sez. V, 11.3.2005, n. 1037)”.

<sup>165</sup> Cass. civ., sez. I, 21 marzo 2003, n. 4125, relativa ad un consorzio di urbanizzazione.

<sup>166</sup> T.A.R. Molise, 16.03.2005, n. 455.

<sup>167</sup> L’art. 2285 c.c. disciplina il recesso nelle società semplici, ma trova applicazione anche per le altre società personali per effetto del rimando fatto ad esso direttamente dall’art. 2293 c.c. (per quel che riguarda la società in nome collettivo) ed indirettamente dall’art. 2315 c.c. (per quel che concerne la società in accomandita semplice).

<sup>168</sup> Cfr., da ultimo, Tribunale Novara, 7 marzo 2011, n. 200, secondo cui “non può essere posta in discussione la legittimità del recesso di un socio di una società di persona (nel caso di specie s.a.s.) ex art. 2285, comma 1, cc, qualora la società sia stata contratta per tutta la vita dei soci cosicché il recesso *de qua* non deve neppure essere sorretto da giusta causa, attenendo, quest’ultima, al solo comma 2 della norma sopra indicata.

l'abbiano correlata alla vita di uno dei soci (<sup>169</sup>). Ed in entrambi i casi la previsione di un recesso *ad nutum* dall'associazione e dalla società di persone trova il suo fondamento nel principio di inammissibilità di vincoli obbligatori perpetui o indefinitamente duraturi, ed è qui volta in particolare ad impedire il sorgere di vincoli permanenti, incompatibili con l'esigenza - cui l'istituto in esame risponde - di tutelare libertà di rango costituzionale quali quella di associazione prevista dall'art. 18 e quella di iniziativa economica prevista dall'art. 41 della Costituzione, intese però qui in senso negativo, come libertà di non voler proseguire in comune con altri soggetti un'iniziativa associativa o un'attività economica precedentemente intrapresa (<sup>170</sup>).

Volendo trasferire detto criterio alla tematica degli accordi organizzativi, rimangono ferme le perplessità già espresse in relazione alla sua applicazione *ex art.* 24, comma 2, c.c., dal momento che anche in caso di durata indeterminata del vincolo consensuale non vengono meno le esigenze di tutela degli interessi delle altre amministrazioni aderenti all'accordo.

Inoltre, l'ammissibilità di un recesso *ad nutum* da un accordo senza termine di durata, esercitabile come tale in ogni momento, senza alcun filtro o vincolo - salvo l'eventuale obbligo di preavviso previsto dal terzo comma dell'art. 2285 -, esporrebbe l'accordo stesso ad una condizione di grave instabilità, pregiudicando pesantemente il suo grado di affidabilità (<sup>171</sup>).

Più problematico appare invece il riferimento alla "giusta causa", prevista dal secondo comma dell'art. 2285 quale presupposto legittimante il recesso dalla società di persone a durata predeterminata.

L'indeterminatezza del dato legislativo ha generato, come prevedibile, una grande incertezza interpretativa, dando luogo a diversi indirizzi ermeneutici.

La giurisprudenza, infatti, accoglie da sempre un'interpretazione restrittiva del concetto di giusta causa, riconducendola alla "*altrui violazione di obblighi contrattuali, ovvero alla violazione dei doveri di fedeltà, lealtà, diligenza o correttezza inerenti alla natura fiduciaria del rapporto sottostante*", e riconosce pertanto legittimo il recesso del socio di una società di persone solo quando esso costituisca "*legittima reazione ad un comportamento degli altri soci obiettivamente, ragionevolmente ed irreparabilmente pregiudizievole del rapporto fiduciario esistente tra le parti del rapporto societario*" (<sup>172</sup>).

---

<sup>169</sup> A ben vedere, il caso della società costituita a tempo indeterminato non riguarda le società in nome collettivo e quelle in accomandita semplice, per le quali è prevista, ai fini della validità del contratto sociale, l'indicazione della durata.

<sup>170</sup> In questi termini, con riferimento alla libertà (negativa) di iniziativa economica, F. GALGANO, *Le società*, Bologna, 1986, 126.

<sup>171</sup> Anche in relazione al recesso dalle società di persone previsto dall'art. 2285, comma 1, sono state sollevate numerose critiche per la continua e incontrollabile minaccia all'integrità del patrimonio sociale che da esso deriva, nonché per il connesso pericolo di un sostanziale indebolimento delle imprese, costrette ad un forzoso accantonamento di risorse nella prospettiva di subire onerosi e frequenti esborsi per far fronte al recesso dei soci.

<sup>172</sup> Cfr. Cass. civ., sez. I, 14 febbraio 2000, n. 1602; *id.*, 10 giugno 1999, n. 5732; *id.*, 14 ottobre 1966, n. 2454: "è principio affermato da questa Corte e condiviso dal collegio che "non solo riguardo ai rapporti di lavoro, ma anche in tema di mandato, di società, di apertura di credito bancario e simili - e cioè in tutti i casi in cui la legge attribuisce particolari effetti ad una «giusta causa» -, il concetto di giusta causa si ricollega sempre alla altrui violazione di obblighi



Così intesa, la “giusta causa” legittimante il recesso verrebbe quindi ad identificarsi esclusivamente con la condotta inadempiente degli altri soci, idonea a compromettere irrimediabilmente il legame fiduciario posto alla base del rapporto societario.

La dottrina accoglie invece una definizione di “giusta causa” più ampia, tale da includere eventi non riconducibili solo al comportamento scorretto degli altri soci, ma riferibili anche alla sfera soggettiva del socio recedente. Secondo alcuni, in particolare <sup>(173)</sup>, detta definizione andrebbe ricavata per analogia da quella prevista dall’art. 2119 c.c. per il recesso dal rapporto di lavoro, identificandosi in ogni causa che “*non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto*”, non limitandosi, quindi ad ipotesi in cui si verifichi un inadempimento da parte degli altri soci.

Provando ora a trasporre il concetto di “giusta causa” ex art. 2285, comma 2, c.c., sul versante dei presupposti legittimanti il recesso unilaterale da un accordo organizzativo, appare evidente che con esso vengono a riproporsi in tale ambito le medesime difficoltà interpretative che tale definizione incontra nel contesto del diritto societario.

Risulta altrettanto evidente la difficoltà di adattare alle ipotesi di recesso dall’accordo amministrativo le ricostruzioni ermeneutiche del concetto di giusta causa elaborate dalla giurisprudenza civilistica, atteso che - anche a prescindere dalla non ricorrenza di un “rapporto fiduciario” fra le Amministrazioni aderenti - per le eventuali condotte inadempienti serbate dagli enti partecipi dell’accordo dovrebbero essere altri gli strumenti di tutela disponibili, più che il recesso <sup>(174)</sup>.

E’ invece solo se si ritiene di accogliere la nozione più ampia di giusta causa proposta dalla dottrina richiamata, che tale concetto rivela tutto il suo carattere insidioso, ben potendo legittimare, stante la sua indeterminatezza, qualsivoglia ipotesi di recesso.

In altri termini, il rischio sotteso all’applicazione al caso in esame dell’art. 2285, comma 2, c.c., è quello di poter veicolare nel contesto applicativo del recesso da un accordo organizzativo motivazioni della più varia natura, che non solo consentano di riportare utilmente in gioco i ben noti “sopravvenuti motivi di interesse pubblico”, ma che - per il tramite di un concetto dai contorni così indefiniti - si spingano addirittura fino legittimare una nuova valutazione dell’interesse pubblico originario, con effetti analoghi a quelli predicati dai sostenitori più radicali della tesi dell’inesauribilità del potere pubblico <sup>(175)</sup>.

---

contrattuali, o alla violazione dei doveri di fedeltà, di lealtà, di diligenza o di correttezza, che ineriscono alla natura fiduciaria del rapporto e lo assoggettano ad una speciale disciplina. In tema di società, quindi, il recesso del socio può ritenersi determinato da giusta causa solo quando costituisca reazione legittima al comportamento degli altri soci, che obiettivamente e ragionevolmente sia tale da scuotere la fiducia in essi riposta”.

<sup>173</sup> M. GHIDINI, *Società personali*, Padova, 1972, 553.

<sup>174</sup> Risulterebbe in tal caso senz’altro più idoneo il ricorso alla disciplina in materia di risoluzione per inadempimento prevista dagli artt. 1453 ss. del codice civile.

<sup>175</sup> Per una ipotesi di recesso da un consorzio intercomunale ritenuto legittimo (anche) con riferimento all’applicazione dell’art. 2285 c.c., cfr. T.A.R. Campania - Napoli, sez. I, 9.01.2002, n.172, secondo il quale “se si nutrono dubbi sulla ammissibilità di un recesso *ad nutum* in caso di durata determinata e in mancanza di espressa

Il giudice amministrativo, infatti, potrebbe non rispettare i paletti posti dalla giurisprudenza civilistica alla definizione di giusta causa ex art. 2285, comma 2, optando magari per una interpretazione letterale della locuzione in esame che *naturalmente* induce a dare rilievo (solo) alle motivazioni addotte dall'Amministrazione recedente (<sup>176</sup>), le quali, se ritenute serie e rispondenti a criteri di ragionevolezza, potrebbero così giungere a legittimare il recesso in una imponderabile serie di ipotesi, fino a riconoscere al recesso stesso i tratti tipici dell'esercizio di un vero e proprio *ius poenitendi*.

Gli imprevedibili risvolti applicativi discendenti dall'utilizzo, nel caso degli accordi organizzativi, dell'ipotesi di recesso per giusta causa previsto dall'art. 2285, ne sconsigliano quindi il ricorso, imponendo di ricercare altrove ipotesi di recesso unilaterale che non compromettano in radice la stabilità dei rapporti giuridici sorti consensualmente tra le Amministrazioni aderenti, e che assicurino il giusto temperamento tra le ragioni della p.A. recedente e l'assetto degli interessi definito con l'accordo.

#### **12.4. La disciplina civilistica dei contratti plurilaterali con comunione di scopo...**

Si è già detto di come gli accordi organizzativi presentino caratteristiche peculiari che ne consentono l'inquadramento nella categoria di diritto comune dei contratti plurilaterali con comunione di scopo (<sup>177</sup>).

Le disposizioni del codice civile che a tale categoria si riferiscono sono gli artt. 1420, 1446, 1459 e 1466, alla stregua dei quali, rispettivamente, la nullità, l'annullamento e la risoluzione (per inadempimento o impossibilità sopravvenuta) riguardante il vincolo di una delle parti, non importa - se non quando la partecipazione della medesima debba, secondo le circostanze, ritenersi essenziale - la nullità, l'annullamento o la risoluzione dell'intero rapporto.

Da un tale inquadramento discende anzitutto, per quanto qui interessa, la possibile applicazione agli accordi organizzativi stipulati da più di due Amministrazioni della specifica disciplina della risoluzione per inadempimento o impossibilità sopravvenuta recata dagli artt. 1459 e 1466 c.c. (<sup>178</sup>), che legittima in siffatte ipotesi lo scioglimento del vincolo consensuale, preoccupandosi di

---

previsione contrattuale, in quanto occorre assicurare per tutta la durata dell'esercizio la puntuale esecuzione degli obblighi del consorziato ed, in particolare, dei contributi consortili, a tutela non solo degli altri consorziati e del consorzio, ma anche dei terzi creditori del consorzio, il diritto di recesso non può negarsi in caso di esistenza di una giusta causa, utilizzando i principi che vigono in materia di società di persone”.

<sup>176</sup> Assegnando in tal modo prevalenza agli interessi di cui l'Amministrazione recedente stessa è portatrice, senza che sia richiesta, anche in questo caso, alcuna ponderazione con gli interessi delle altre Amministrazioni aderenti.

<sup>177</sup> In tale senso la dottrina citata a nota 155, ed in particolare G.D. COMPORTI, *op. cit.*, 325.

<sup>178</sup> E' stato rilevato come il codice, fra le risoluzioni previste per i contratti plurilaterali con comunione di scopo, non ha ricompreso quella per *eccessiva onerosità sopravvenuta*. La dottrina ha letto in vari modi tale omissione: secondo un primo orientamento, l'esclusione di siffatta tipologia risolutiva si giustificerebbe in quanto è la struttura associativa ad impedire che, nell'ipotesi di sopravvenienze onerose che colpiscono una sola parte, vi sia spazio per una valutazione selettiva degli interessi di questa, poiché l'unico parametro è lo scopo comune (Inzitari); altra parte della dottrina ha invece osservato che la funzione associativa non esclude che la prestazione del socio e dell'associato sia

far salva - come sarà successivamente chiarito - l'esistenza dell'accordo fra le altre Amministrazioni aderenti.

L'ipotizzato ricorso a tali ulteriori meccanismi risolutivi è aspetto di grande rilievo, giacché per un verso costituisce una ulteriore smentita del (presunto) carattere tendenzialmente indissolubile dell'accordo organizzativo, e dall'altra imprime alle vicende del vincolo consensuale in esame una flessibilità ancor più marcata, la cui importante ricaduta in termini operativi è apprezzabile solo se si considera che la nozione civilistica di "*impossibilità sopravvenuta*" è idonea ad offrire copertura ad una buona parte delle fattispecie riconducibili al concetto di "*sopravvenuti motivi di interesse pubblico*" di ambientazione - invece - pubblicistica. Ne consegue che, pur dovendosi escludere la persistenza di un potere amministrativo di revoca/recesso nella fase successiva alla stipulazione dell'accordo organizzativo, la ricorrenza di alcune delle ipotesi legittimanti in astratto l'esercizio di un tale potere potrebbero comunque fondare lo scioglimento del vincolo consensuale sulla base del meccanismo risolutivo previsto dall'art 1466 c.c. <sup>(179)</sup>.

Dalla disciplina codicistica riconducibile ai contratti plurilaterali con comunione di scopo, inoltre, può trarsi l'esistenza di un principio di carattere generale, secondo il quale "*le vicende che colpiscono uno dei vincoli non coinvolgono l'intero contratto, salvo che tale vincolo debba considerarsi essenziale per l'economia dell'affare*" <sup>(180)</sup>.

---

reciprocamente condizionata alla prestazione degli altri soci e al riparto finale, sicché potrebbe anche qui applicarsi l'istituto di cui agli artt. 1467 ss. c.c. (Sacco). In questi termini: F. DELFINI, *Dell'impossibilità sopravvenuta, Art. 1463-1466*, nel *Commentario del codice civile* fondato e già diretto da P. SCHLESINGER, continuato da F.D. BUSNELLI, Giuffrè, Milano, 2003, 167. Sulle criticità operative connesse alla risoluzione per inadempimento ex art. 1459 c.c. nel caso di accordi organizzativi con più di due parti, cfr. S. VALAGUZZA, *op. cit.*, 432.

<sup>179</sup> Si pensi alla sopravvenuta impossibilità (non prevedibile e non altrimenti superabile) di accedere a finanziamenti necessari per la realizzazione di una opera prevista all'interno di un accordo di programma per effetto di vincoli imposti dalla legge finanziaria (caso prospettato da S. VALAGUZZA, *op. cit.*, 425) oppure alla sopravvenienza (altrettanto imprevedibile) di una disciplina vincolistica sopracomunale (ad es. piano paesaggistico o piano di bacino che impongano vincoli di inedificabilità assoluta) che ne precluda la realizzabilità. Vengono così a trasparsi nel contesto applicativo degli accordi organizzativi tutte le problematiche interpretative che accompagnano l'applicazione della disciplina dell'impossibilità sopravvenuta in ambito civilistico: è necessario pertanto che l'impossibilità sia *totale, definitiva e non imputabile* all'Amministrazione interessata, vale a dire non superabile con la dovuta diligenza né prevedibile (C.M. BIANCA, *Diritto civile, vol. V, La responsabilità*, Milano, Giuffrè, 1994, 372), anche perché "l'area della *prevedibile* sopravvenuta impossibilità refluirebbe in quella della responsabilità per inadempimento" (F. DELFINI, *Dell'impossibilità sopravvenuta, cit.* 42). Ulteriori prospettive ermeneutiche si aprirebbero facendo propria la tesi della c.d. *impossibilità relativa* (in luogo di quella c.d. *assoluta*, che richiede appunto, la ricorrenza di un impedimento assoluto ed oggettivo), che offre dell'impossibilità liberatoria una ricostruzione "più aperta alla considerazione degli eventi che attengono alla sfera debitoria", e che attraverso la valorizzazione del principio di buona fede, giunge a formulare - quale sottospecie dell'impossibilità - il limite della *inesigibilità* della prestazione, "ogniqualevolta l'esecuzione della stessa sia possibile soltanto con l'impiego di mezzi anormali o con il sacrificio di valori di rango poizore rispetto a quelli il cui raggiungimento è assicurato al creditore dall'esecuzione della prestazione"; limite derivante dal divieto di abuso del diritto che sarebbe implicito nel dovere di correttezza prescritto al creditore dall'art. 1175 c.c.. In questi termini, cfr. ancora F. DELFINI, *Dell'impossibilità sopravvenuta, cit.*, 27.

<sup>180</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile, vol. III, Il contratto*, Milano, Giuffrè, 1987, 56, che nell'interrogarsi su che cosa debba intendersi per contratto plurilaterale con comunione di scopo, riporta le varie opinioni emerse in dottrina, per le quali la comunione di scopo consiste nella "unicità del risultato giuridico o nel vantaggio comune delle prestazioni delle parti", oppure ancora "è identificata dall'attività o dall'organizzazione di gruppo". A tal proposito l'A. richiama, in particolare, la significativa opinione di G. FERRI (nota 16), secondo il quale lo scopo comune "non ha riguardo allo scopo contrattuale complessivo che è necessariamente comune a tutti i contraenti in ogni categoria di contratti, ma ha

Il fondamento comune delle richiamate norme che il codice dedica ai contratti plurilaterali con comunione di scopo è ravvisato, da larga parte della dottrina, nel principio di conservazione del contratto <sup>(181)</sup>, la cui applicazione relega ad ipotesi residuali l'estensione dell'effetto caducatorio all'intero rapporto contrattuale.

Tali disposizioni denotano infatti una precisa propensione dell'ordinamento a porre “*la sopravvivenza del contratto come regola generale e i meccanismi di sua dissoluzione come ipotesi subordinate*” <sup>(182)</sup>; il che trova conferma nella costruzione sintattica delle norme, le quali prevedono in perfetta simmetria tra loro, nella chiusa, il giudizio di essenzialità della partecipazione o della prestazione mancata di una delle parti come momento di eventuale deroga al mantenimento del vincolo contrattuale previsto nella prima parte delle disposizioni <sup>(183)</sup>.

Quanto alla valutazione della essenzialità della prestazione mancata o della partecipazione della parte venuta meno per l'invalidità del relativo vincolo negoziale, è stata evidenziata l'impossibilità di configurare indici astratti sulla base dei quali apprezzare la loro rilevanza <sup>(184)</sup>, trattandosi di una *quaestio facti*, come peraltro chiarito dall'inciso “*secondo le circostanze*”, con cui si chiude la norma <sup>(185)</sup>.

Ciò nonostante si può affermare che - analogamente a quanto chiarito in relazione alla nullità parziale in senso oggettivo ex art. 1419 c.c. - detta indagine non può svolgersi su un piano esclusivamente soggettivo, quale ricerca della “volontà potenziale delle parti”, non potendosi far dipendere la conservazione o meno del contratto da un “ipotetico corrispondente intento dei soggetti interessati”, e quindi, in ultima analisi, da “mere congetture” <sup>(186)</sup>.

---

riguardo a quella attività comune che costituisce il mezzo per la realizzazione dell'interesse individuale dei contraenti”.

<sup>181</sup> F. DELFINI, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, cit., 168; L. BIGLIAZZI GERI - U. BRECCIA - F.D. BUSNELLI - U. NATOLI, *Diritto civile*, vol. I, Utet, Torino, 1987, 874; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, Art. 1453-1459, nel *Commentario del codice civile* fondato e già diretto da P. SCHLESINGER, continuato da F.D. BUSNELLI, Giuffrè, Milano, 2007, 790; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. III, *Il contratto*, cit., 600.

<sup>182</sup> G. SICCHIERO, *op. cit.*, 805. L'accertata sussistenza di un rapporto “regola/eccezione” nei termini indicati nel testo, produce inevitabili ripercussioni sotto il profilo probatorio: riconoscendo carattere eccezionale alle disposizione che prevedono l'estensione all'intero contratto delle ipotesi di nullità, annullabilità o risolubilità parziale, tali effetti caducatori potranno essere dichiarati dal giudice soltanto nei casi in cui la parte interessata, che l'abbia dedotta o eccepita, abbia debitamente assolto al relativo onere probatorio. In questi termini è costante l'orientamento della Suprema Corte, formatosi in particolare con riferimento alle ipotesi di nullità parziale ex art. 1419: *ex multis* Cass. civ., sez. II, 26 maggio 2008, n. 13561; Cass. civ., 19 luglio 2002, n. 10536; Cass. civ., 19 luglio 2002 n. 10536; Cass. civ., 13 novembre 1997 n. 11248).

<sup>183</sup> In questi termini, con riferimento all'art. 1466, F. DELFINI, *op. cit.*, 168.

<sup>184</sup> G. SICCHIERO, *op. cit.*, 813.

<sup>185</sup> F. DELFINI, *op. loc. cit.* Viene pertanto in rilievo una indagine che - al pari di quella relativa alla possibile estensione della nullità parziale ex art. 1419 all'intero contratto -, “integrando un giudizio di fatto esclusivamente rimesso al giudice del merito, è incensurabile in sede di legittimità se sorretta da motivazione immune da vizi logici e di diritto”: cfr. fra le tante Cass. civ., sez. II, 1 febbraio 1992, n. 1074.

<sup>186</sup> In tal senso C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. III, *Il contratto*, cit., 600, il quale sottolinea come, in realtà, pur nella diversità di formule, il criterio normativo sotteso alla disciplina della nullità parziale oggettiva ex art. 1419 sia lo stesso di quello delineato dal legislatore per l'ipotesi di nullità parziale soggettiva prevista dall'art. 1420.

Di qui la necessità di optare per un criterio di tipo oggettivo, mediante il quale valutare la compatibilità delle modifiche subite dal contratto “*con la causa concreta dello stesso, dovendosi in definitiva accertare se la modifica abbia o no importanza determinante tenuto conto dell’interesse delle parti?*”<sup>(187)</sup>.

Appare quindi evidente come il requisito dell’essenzialità del vincolo contrattuale caducato o della mancata prestazione, sia stato posto dal legislatore a tutela dell’interesse dei contraenti superstiti alla sopravvivenza del rapporto nonostante l’evento parzialmente caducatorio del negozio, dovendosi infatti individuare in tale interesse l’oggetto della tutela delle disposizioni in commento<sup>(188)</sup>.

## **12.5. ... e l’applicazione del criterio della essenzialità della partecipazione alle ipotesi di recesso dagli accordi organizzativi.**

Per le finalità che qui interessano, emerge dunque in modo chiaro il radicale mutamento di prospettiva sotteso al criterio della essenzialità della partecipazione/prestazione venuta a mancare nelle ipotesi disciplinate dalle norme ora citate, rispetto a quelli esaminati in precedenza.

Si è già visto, infatti, come il *criterio della durata* del rapporto associativo previsto dall’art. 24, comma 2, manifesti il proprio limite nel mostrarsi totalmente indifferente alle sorti dell’accordo e degli interessi delle altre amministrazioni aderenti, in caso di recesso unilaterale di una di loro; e come il *criterio della giusta causa* previsto per il recesso del socio dall’art. 2285, comma 2, appaia per un verso inconferente con l’indagine che ci occupa, se relegato a mero strumento di reazione nei confronti dell’altrui inadempimento, e per altro verso di difficile applicazione, a fronte degli imprevedibili esiti derivanti dall’eccessiva indeterminatezza della sua portata.

Con il *criterio della essenzialità* propugnato dal legislatore con riferimento ai contratti plurilaterali con comunione di scopo, invece, si assegna finalmente il dovuto rilievo alle conseguenze che l’eventuale recesso unilaterale può produrre sull’originario assetto degli interessi programmato dalle parti dell’accordo, e quindi sull’interesse delle Amministrazioni “superstiti”.

Ne consegue che il conflitto insorgente fra l’interesse dell’Amministrazione che si propone di recedere e l’interesse al mantenimento dell’accordo degli altri soggetti pubblici aderenti non può più essere risolto aprioristicamente in favore di chi intende recedere - come nel caso del riconoscimento di un potere di recesso/revoca successivo alla stipulazione dell’accordo organizzativo, seppur limitato ai soli motivi sopravvenuti di pubblico interesse -, o di chi intende

---

<sup>187</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile, vol. III, Il contratto, cit.*, 601.

<sup>188</sup> G. SICCHIERO, *op. cit.*, 815. Secondo l’A. “la necessità che la prestazione mancante debba considerarsi essenziale, come indica l’art. 1459, significa solo necessità di accertare che sia stato leso l’interesse degli altri contraenti delusi al risultato perseguito dal contratto” (p. 810). Per stabilire il carattere essenziale o meno della prestazione venuta meno, sarà quindi necessario “accertare l’interesse dei contraenti superstiti alla sopravvivenza del rapporto nonostante l’inadempimento” (p. 811), in quanto “l’interesse tutelato dall’art. 1459 è solo quello dei contraenti superstiti, alla ricezione della prestazione nella misura ancora possibile e dunque nella sopravvivenza del rapporto contrattuale allorché ancora idoneo a garantire i loro interessi” (p. 816).

mantener fermo l'accordo - come accade escludendo ogni ipotesi di scioglimento unilaterale dell'accordo al di fuori delle ipotesi del mutuo consenso e del recesso espressamente previsto dall'accordo medesimo -, imponendosi invece l'attivazione di un meccanismo di ponderazione comparativa degli interessi confliggenti che - in piena coerenza con il loro carattere equiordinato - consente la realizzazione del primo solo nei limiti in cui ciò non determini un apprezzabile pregiudizio per il secondo.

Il criterio della essenzialità della partecipazione dell'Amministrazione recedente, mira così ad assicurare - caso per caso - l'ottimale contemperamento degli interessi che si fronteggiano in caso di recesso dall'accordo organizzativo, consentendo appunto all'Amministrazione che intende sciogliersi di poter ricercare nuove e diverse modalità di perseguimento degli interessi pubblici affidati alle sue cure, nei limiti in cui ciò non riverberi negativamente sulle posizioni delle altre <sup>(189)</sup>.

In questa prospettiva, nuovi spazi si aprono alle dinamiche relazionali tra le Amministrazioni aderenti nella fase successiva alla stipulazione di un accordo organizzativo, e nuovi confini dell'efficacia vincolante degli accordi vengono tracciati <sup>(190)</sup>.

Riletta alla luce del criterio della essenzialità della partecipazione dell'Amministrazione recedente, infatti, anche la vincolatività dell'accordo organizzativo assume connotati meno rigidi, rinvenendo, ad un tempo, nell'esigenza di garantire l'assetto complessivo degli interessi definito con l'accordo organizzativo, il proprio *fondamento* ed il proprio *limite*: se è vero che la stabilità del rapporto giuridico che nasce dall'accordo va garantita *in funzione* della tutela dell'assetto d'interessi convenuto tra le Amministrazioni aderenti, è altrettanto vero che il carattere vincolante dell'accordo stesso non può spingersi oltre tale limite funzionale.

In altri termini, ciascuna Amministrazione non può svincolarsi unilateralmente dal vincolo consensuale assunto con l'accordo organizzativo <sup>(191)</sup>, fino a quando ciò risponda all'esigenza di non pregiudicare le posizioni delle altre Amministrazioni aderenti; ove però tale vincolo non trovi corrispondenza in un apprezzabile interesse delle altre parti dell'accordo, il divieto di recesso si

---

<sup>189</sup> Per una recente applicazione del criterio dell'essenzialità della partecipazione con riferimento agli accordi amministrativi ex art. 11, l. n. 24/90, si veda T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 1 giugno 2010, n. 2003, secondo cui "con la stipulazione di un convenzione di lottizzazione, rientrante tra gli accordi procedurali di cui all'art. 11 l. 7 agosto 1990 n. 241, si costituisce un rapporto di natura obbligatoria. Ne deriva, quale immediato corollario, non solo la tempestività del ricorso avverso la modifica unilaterale dell'accordo purché azionato nei termini prescrizionali, ma anche l'illegittimità della stessa, posto che ogni rimodulazione dell'originario accordo richiede la manifestazione di volontà di tutti i soggetti che hanno concorso alla sua formazione, non imprescindibile solo quando risulti che la partecipazione di una o più parti non sia necessaria a supportare lo scopo comune cui il contratto si indirizza (arg. ex art. 1420 c.c.) o non sia, secondo le circostanze, essenziale (arg. ex art. 1446, 1459 e 1466 c.c.)".

<sup>190</sup> Cfr. S. VALAGUZZA, *op. cit.*, 431, la quale, dopo aver rilevato come "la disciplina dei contratti associativi contenga delle deroghe alla regola di cui all'art. 1372 c.c., consentendo che uno dei soggetti aderenti sciogla il vincolo senza che il contratto debba conseguentemente venire meno", sottolinea che "verrebbe dunque smentita quella contrapposizione tra il principio della vincolatività dell'accordo di programma e il recesso, così insistentemente affermata nella giurisprudenza amministrativa".

<sup>191</sup> Salvo i casi, più volte ripetuti, del mutuo dissenso o del recesso previsto dall'accordo, o dell'eventuale risoluzione del proprio vincolo consensuale per inadempimento, impossibilità sopravvenuta o per eccessiva onerosità.

tradurrebbe in una irragionevole compressione delle sue facoltà di scelta, non trovando un tale “sacrificio” alcuna giustificazione razionale.

Così inteso, il criterio della essenzialità della partecipazione dell'Amministrazione recedente segna il vero punto di equilibrio tra l'esigenza di stabilità dell'accordo organizzativo e la naturale dinamicità che connota l'esercizio del potere amministrativo.

In tale contesto, quest'ultimo riconquista spazi d'azione altrimenti negati, incontrando il proprio limite non nella stipulazione dell'accordo *tout court*, ma nell'esigenza di tutelare l'assetto complessivo degli interessi definito con l'accordo stesso.

A ben vedere, inoltre, ove il recesso unilaterale non ridondi negativamente sulle posizioni delle altre Amministrazioni aderenti, esso non incontra nemmeno il limite dei c.d. sopravvenuti motivi di pubblico interesse, potendo attivarsi anche sulla base di una semplice nuova valutazione dell'interesse pubblico originario <sup>(192)</sup>, al pari di un ordinario esercizio del potere di revoca di cui all'art. 21 *quinquies*, l. n. 241/90, ed assumendo quindi in tale ipotesi le caratteristiche di un vero e proprio *ius poenitendi* <sup>(193)</sup>.

E' infine appena il caso di rilevare come l'applicazione del criterio della essenzialità della partecipazione dell'Amministrazione recedente - concepito con riferimento ai c.d. contratti plurilaterali e postulando quindi necessariamente l'esistenza di più di due parti - non possa dirsi operante negli accordi bilaterali, ove il recesso di una delle parte determina *ipso facto* il venir meno dell'accordo organizzativo <sup>(194)</sup>. In queste ipotesi, peraltro, si ritiene non vi siano ostacoli nel riconoscere piena applicazione alla disciplina generale prevista in materia di risoluzione per inadempimento (art. 1453 c.c.), per impossibilità sopravvenuta (artt. 1463 c.c.) e per eccessiva onerosità (art. 1467 c.c.), al pari <sup>(195)</sup> di quanto già sostenuto da dottrina e giurisprudenza in

---

<sup>192</sup> In senso contrario sembra esprimersi sul punto S. VALAGUZZA, *op. cit.*, 431, secondo la quale “si dovrebbe allora valutare se il perseguimento dell'interesse pubblico, purché chiaramente e congruamente motivato in circostanze sopravvenute, non possa consentire lo scioglimento del vincolo contrattuale nei confronti di uno solo dei contraenti la cui partecipazione non sia da considerarsi essenziale ai fini della tenuta dell'accordo”.

<sup>193</sup> Le conclusioni cui si perviene nel testo rimangono ferme a prescindere dalla natura giuridica (privatistica o pubblicistica) che si intende assegnare in tal caso al recesso in esame. Nel caso si ritenga di assimilare tale recesso all'esercizio di un potere amministrativo di revoca, il riferimento alla disciplina dell'art. 21 *quinquies*, l. n. 241/90, e all'obbligo di indennizzo *in vi* previsto, potrebbe tornare utile anche in funzione della necessità di dover inquadrare normativamente l'obbligo dell'Amministrazione recedente di rifondere eventuali pregiudizi e/o spese sostenute dalle altre Amministrazioni in relazione alla partecipazione della stessa. Si pensi alle spese di progettazione per la realizzazione di un'opera (non essenziale) prevista sul territorio dell'Amministrazione recedente ed inserita all'interno di un accordo di programma, ripartite eventualmente fra tutte le Amministrazioni aderenti.

<sup>194</sup> Il criterio in esame, del resto, è desunto da una serie di norme destinate in modo specifico a disciplinare il fenomeno della plurilateralità. Cfr. L. BIGLIAZZI GERI - U. BRECCIA - F.D. BUSNELLI - U. NATOLI, *op. cit.*, 536, secondo cui i contratti plurilaterali “hanno nel sistema una disciplina parzialmente autonoma rispetto a quella degli atti limitati a due parti (si vedano gli art. 1420, 1446, 1459, 1466)”.

<sup>195</sup> O per meglio dire: “a maggior ragione”, venendo qui in rilievo - a differenza di quanto accade con riferimento agli accordi *ex art. 11* - un rapporto giuridico paritario, che intercorre infatti fra soggetti equiordinati, portatori di interessi omogenei.

relazione agli accordi amministrativi stipulati tra pubbliche Amministrazioni e privati ai sensi dell'art. 11 della l. n. 241/1990 <sup>(196)</sup>.

---

<sup>196</sup> In tal senso, G. GRECO, *Accordi amministrativi*, cit., 273; M. RENNA, *op. cit.*, 57; N. BASSI, *Accordi amministrativi*, cit., 82; Id. (a cura di), *Gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, Giuffrè, 2011, 568; nonché, in giurisprudenza, Cons. Stato, sez. IV, 4 maggio 2010, n. 2568; Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 2006, n. 236.



## BIBLIOGRAFIA

- V. BACHELET**, voce *Coordinamento*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, 630 ss.
- N. BASSI**, *Accordi amministrativi*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 81 ss.  
**Id.**, *Difetto assoluto di attribuzione e nullità degli accordi amministrativi: alla ricerca di un difficile equilibrio*. Nota a T.A.R. Milano Lombardia, sez. I, 12 febbraio 2009, n. 1253, in *Foro amm. - TAR*, 2009, 2, 329 ss.  
**Id.**, *Gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2011, 560 ss.
- C. M. BIANCA**, *Diritto civile, vol. I, La norma giuridica - I soggetti*, Milano, Giuffrè, 1984.  
**Id.**, *Diritto civile, vol. III, Il contratto*, Milano, Giuffrè, 1987.  
**Id.**, *Diritto civile, vol. V, La responsabilità*, Milano, Giuffrè, 1994.
- L. BIGLIAZZI GERI - U. BRECCIA - F. D. BUSNELLI - U. NATOLI**, *Diritto civile*, vol. I, Utet, Torino, 1987.
- B.L. BOSCHETTI**, *Gli accordi organizzativi nell'equilibrio del sistema giuridico tra unità e differenziazione*, in *Amministrare*, 2008, n. 1/2, 49 ss.
- E. BRUTI LIBERATI**, *Consensus e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazioni e privati*, Milano, 1996.
- F. CANGELLI**, *Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005, 303 ss.
- F. CARINGELLA**, *Corso di diritto amministrativo*, tomo II, Milano, Giuffrè, 2001.  
**Id.**, *Il procedimento amministrativo*, Napoli, 2000.
- E. CASETTA**, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2009.
- V. CERULLI IRELLI**, *Lineamenti del diritto amministrativo*, II ed., Torino 2010.
- A. CIMELLARO - A. FERRUTI**, *La nuova conferenza di servizi e gli accordi di programma*, 2005.
- S. CIVITARESE MATTEUCCI**, *Contratti e accordi di diritto pubblico*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, 2006, 119 ss.
- G. D. COMPORTE**, *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, Milano, Giuffrè, 1996.
- G. CORSO - F. TERESI**, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti*, Rimini, 1991.
- G. CUGURRA**, *Principio di legalità e amministrazione negoziata*, in *Foro amm. - Cons. Stato*, 2006, 3210 ss.

- F. DELFINI**, *Dell'impossibilità sopravvenuta, Art. 1463-1466*, nel *Commentario del codice civile* fondato e già diretto da P. SCHLESINGER, continuato da F.D. BUSNELLI, Giuffrè, Milano, 2003.
- A. DI MARIO**, *Il recesso dagli accordi tra amministrazioni abbandona l'autotutela*, nota a TAR Lombardia, Milano, sez. I, 8 novembre 2004, n. 5620, in *Urb. e App.*, 2005, 7, 839 ss.
- T. GALETTO**, voce *Clausola rebus sic stantibus*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, vol. II, Torino 1988, 389 ss.
- F. GALGANO**, *Le società*, Bologna, 1986.
- M. GHIDINI**, *Società personali*, Padova, 1972.
- M. IMMORDINO**, *Legge sul procedimento amministrativo, accordi e contratti di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 1997, 1, 133 ss.
- G. FALCON**, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984.
- R. FERRARA**, *Gli accordi fra le amministrazioni pubbliche*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2011, 673 ss.  
**Id.**, *Gli accordi di programma*, Padova, 1993.
- I. FRANCO**, *Il nuovo procedimento amministrativo commentato*, Padova, 2001.
- S. A. FREGO LUPPI**, *Il principio di con sensualità nell'agire amministrativo alla luce della legislazione e della giurisprudenza più recenti*, in *Dir. amm.*, 2008, 3, 691 ss.
- S. GIACCHETTI**, *Gli accordi dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990 tra realtà virtuale e realtà reale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1997, 3, 515 ss.
- M. S. GIANNINI**, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1988.  
**Id.**, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2000, 298
- G. GRECO**, *Accordi amministrativi tra provvedimenti e contratto*, Torino, 2003.  
**Id.**, *Commento all'art. 15, l. n. 241/1990*, in *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti*, Milano, 1991, 286 ss.  
**Id.**, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 2003.
- R. LA PIETRA**, *L'illegittima partecipazione delle Università alle procedure dei bandi di progettazione*, in [www.centrostudicni.it](http://www.centrostudicni.it), 11 marzo 2011.
- M. NIGRO**, *Conclusioni*, in A. MASUCCI (a cura di), *L'accordo nell'azione amministrativa*, Roma, 1988, 14 ss.
- N. PAOLANTONIO**, *Contributo sul tema della rinuncia in diritto amministrativo*, Napoli, 2003.
- D. PONTE**, *Accordi fra pubbliche amministrazioni*, in S. COGLIANI (a cura di), *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, II ed., Padova, 2007, 631 ss.
- M. RENNA**, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. amm.* 2010, fasc. 1, 32 ss.
- A. SANDULLI**, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, II, Milano, Giuffrè, 2000, 927 ss.

**A. M. SANDULLI**, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984.

**C. P. SANTACROCE**, *Note generali sull'ammissibilità di un potere amministrativo di "recesso" unilaterale dagli accordi tra pubbliche Amministrazioni*, in *Giustamm.it* (pubblicato il 12/02/2010), 1 ss.

**F. G. COCA**, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, VI, Milano 2002, 95 ss.

**Id.**, *Autorità e consenso*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 441 ss.

**Id.**, *Gli accordi*, in F. G. COCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Torino, 2008, 424 ss.

**Id.**, *Accordi e semplificazione*, in *Nuove autonomie*, 2008, n. 3-4, 557 ss.

**P. SHLESINGER**, *Poteri unilaterali di modificazione (ius variandi) del rapporto contrattuale*, in *Giur. comm.*, 1992, 23 ss.

**G. SICCHIERO**, *La risoluzione per inadempimento, Art. 1453-1459*, nel *Commentario del codice civile* fondato e già diretto da P. SCHLESINGER, continuato da F.D. BUSNELLI, Giuffrè, Milano, 2007.

**S. VALAGUZZA**, *Accordo di programma: peculiarità del modello, impiego dei principi del codice civile e applicazione del metodo tipologico*, in *Dir. amm.*, 2010, 2, 419 ss.