

**I volti della giustizia:
brevi riflessioni in tema di alternative alla tutela giurisdizionale amministrativa.**
di Biancamaria Raganelli*

SOMMARIO: 1. Dal principio di effettività della tutela a quello di integrale soddisfazione delle esigenze di tutela. 2. Il complesso dei rimedi apprestati dall'ordinamento giuridico a tutela del cittadino nei confronti dell'amministrazione. 3. Autotutela amministrativa e ADR. 4. La risoluzione alternativa delle controversie nel settore dei contratti pubblici. 5. Il parere di precontenzioso affidato all'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici e l'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale. 6. La transazione e l'accordo bonario. 7. La ricerca di un giusto equilibrio con l'esercizio della funzione giurisdizionale.

1. Dal principio di effettività della tutela a quello di integrale soddisfazione delle esigenze di tutela.

La progressiva affermazione del valore della pienezza della tutela è uno degli effetti dell'evoluzione che ha interessato il settore della giustizia amministrativa negli ultimi anni e ne ha segnato fortemente i caratteri distintivi. Si è passati dal principio dell'effettività della tutela a quello dell'integrale soddisfazione delle esigenze di tutela¹. Eppure, se da un lato è dato riscontrare un'evoluzione del ruolo del giudice amministrativo, divenuto oramai giudice dei pubblici poteri che interviene tutte le volte che viene esercitata una potestà pubblica a prescindere dalla violazione di diritti soggettivi o interessi legittimi, dall'altro la pienezza della tutela non sembra ancora raggiunta.

* Ricercatore in Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Roma Tor Vergata, Dipartimento di Giurisprudenza.

¹ La dottrina giuridica tradizionale si è a lungo occupata del tema. Tra gli altri C. VITTA, *Diritto amministrativo*, vol. II, Torino, 1937; E. CANNADA BARTOLI, *Processo amministrativo, considerazioni introduttive*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, ad vocem, Torino, 1966; F. BENVENUTI, *Processo amministrativo (struttura)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, ad vocem, Milano, 1987; V. CAIANIELLO, *Diritto processuale amministrativo* Torino, 1994; S. CASSARINO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Milano, 1990; ID., *Il processo amministrativo nella legislazione e nella giurisprudenza*, II, Milano, 1987; E. FAZZALARI, *Sentenza civile in Enc. dir.*, XLI, ad vocem, Milano, 1989; C.E. GALLO, *Processo amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XI, ad vocem, Torino, 1996; G. GORLA, *Giurisprudenza*, in *Enc. dir.*, XIX, ad vocem, Milano, 1997; V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in ID., *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, 1901; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976; E. PICOZZA, *Processo amministrativo (normativa)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, ad vocem, Milano, 1987; A. ROMANO, *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 1992; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989; G.B. VERBARI, *Principi di diritto processuale amministrativo*, Milano, 1995; P. VIRGA, *Diritto amministrativo – atti e ricorsi*, II, Milano, 1999; ID., *La tutela giurisdizionale nei confronti della P.A.*, Milano, 1982; E. FERRARI, *Decisione giurisdizionale amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, ad vocem, Torino, 1989; A.M. SANDULLI, *Il giudizio innanzi al Consiglio di Stato ed ai giudici subordinati*, Napoli, 1963. Tra gli scritti monografici recenti sia consentito rinviare a B. RAGANELLI, *Efficacia della giustizia amministrativa e pienezza della tutela*, Torino, 2012.

Come noto, negli ordinamenti giuridici nazionali la locuzione “giustizia amministrativa” fa solitamente riferimento al “complesso dei rimedi” apprestati dall’ordinamento al fine di assicurare la conformità dell’azione amministrativa alle leggi e ai principi generali del diritto, ivi inclusi i principi di ragionevolezza e di proporzionalità². La locuzione esprime istanze diverse: da un lato, quella di fornire adeguati mezzi di tutela nei confronti dell’amministrazione; dall’altro, quella di assicurare il rispetto del diritto cosiddetto obiettivo, garantendo legalità e adeguatezza all’azione amministrativa sotto il profilo dell’opportunità. Tale impostazione caratterizza l’ideologia e le strutture del cosiddetto Stato amministrativo e oggi sembra presente anche in paesi originariamente privi di una normazione particolare per le amministrazioni pubbliche.

D’altro canto, l’idea stessa di giustizia è “largamente procedurale”³ e il diritto amministrativo lo è in modo particolare⁴. In ambito pubblicistico, le decisioni dei pubblici poteri non sono rilevanti in sé e per sé⁵, ma assumono rilievo giuridico le modalità con le quali una data decisione viene presa ed esternata.

In Europa esiste una disciplina comune contenuta nell’art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (Cedu), che impone alle autorità nazionali il rispetto del principio del giusto processo, inteso in senso estensivo, tale da ricomprendere, a certe condizioni, anche i procedimenti amministrativi. Eppure non è semplice stabilire quando una sequenza procedurale sia “giusta”, né si possono stabilire meccanismi deduttivi validi. Innanzitutto perché è difficile trarre inferenze dal principio di giustizia o dall’aspirazione etica sottesa all’idea stessa di diritto⁶, che non trovino riscontro concreto nella sostanza dei singoli eventi⁷. I modelli subiscono la naturale erosione del tempo e dello spazio. Eppure la dimensione procedurale della giustizia varca sempre più spesso i “confini statuali” alla ricerca di regole invariabili.

L’auspicio della ricerca di principi invariabili, *lois invariables* o *common core of legal principles*, che si affianchino alle numerose variabili che caratterizzano i diversi ordinamenti, emerge già nel

² In tal senso M. NIGRO, *ult. op. cit.*, Bologna, 1976, p. 21; F.G. SCOCA, *Premessa*, in ID. (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2009. Si sostiene che la locuzione citata, per il significato ideologico contenuto e l’ambiguità di fondo connessa alle istanze che esprime, non sarebbe correttamente utilizzabile nell’ordine giuridico europeo, con riferimento al quale sembra invece preferibile far riferimento al principio comune consistente nel “pieno assoggettamento delle attività amministrative alle regole di diritto e al controllo giudiziale” di cui è espressione l’art. 6 della Cedu (G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell’amministrazione europea*, Torino, 2010, p. 269). Quello comunitario risulta un sistema completo anche sotto il profilo oggettivo, in quanto, nella piena applicazione del principio della pienezza della tutela giurisdizionale, non vi sono atti emanati dalle istituzioni comunitarie o da organi dell’Unione europea che non risultino sindacabili, come accade, invece, in Italia e in Francia per gli atti politici.

³ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., 1971. Per una ricognizione ai vari approcci all’idea di giustizia, da ultimo, A. SEN, *L’idea di giustizia*, Milano, 2010, il quale muove una critica puntuale al pensiero illuminista di Hobbes, Locke, Rousseau, Kant e dello stesso Rawls, la cui ambizione sarebbe principalmente quella di definire modi e contenuti di accordi perfettamente giusti, anziché chiarire come le diverse pratiche di giustizia debbano essere confrontate e valutate.

⁴ M. SHAPIRO, *The Supreme Court and Administrative Agencies*, New York, 1968, p. 106.

⁵ M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in Enciclopedia, vol. IV, Milano, 1959; M.S. GIANNINI, *Scritti giuridici*, vol. IV, Milano, 2004, p. 551. Nello stesso senso A.R. TASSONE, *Contributo sul tema dell’irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993, p. 14.

⁶ L.L. FULLER, *The Morality of Law*, New Haven, 1968, p. 81.

⁷ In realtà la distinzione tra aspetti sostanziali e procedurali è convenzionale, discutibile, incerta (G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, 2009).

pensiero e negli scritti di grandi del passato⁸. Un tentativo di darne un riconoscimento normativo è rinvenibile nell'art. 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia.

2. Il complesso dei rimedi apprestati dall'ordinamento giuridico a tutela del cittadino nei confronti dell'amministrazione.

Il riferimento al "complesso dei rimedi apprestati dall'ordinamento giuridico" non è casuale. L'espressione giustizia amministrativa, oggi più che in passato, abbraccia sia i rimedi di tipo giurisdizionale, sia quelli di tipo non giurisdizionale, inclusi quelli extra-giurisdizionali. Il riferimento è innanzitutto a quei mezzi di tutela operanti all'interno della stessa amministrazione, come i ricorsi amministrativi, che risultano avere ampiezza ed efficacia variabili da paese a paese.

Nell'ordinamento comunitario questi mezzi di tutela non sono stati presi in considerazione nella Dichiarazione del 9 maggio 1950, perché, per motivi politici, si è scelto di far coincidere la tutela con le garanzie giurisdizionali. Tale scelta ha trovato successiva conferma nell'affermarsi dello Stato di diritto. Tuttavia in seguito alla stipulazione del trattato di Maastricht, anche in ambito comunitario si sono sviluppati istituti non giurisdizionali di protezione nei confronti dell'attività amministrativa, sia pure non assimilabili ai ricorsi amministrativi.

La progressiva influenza comunitaria sulle discipline nazionali in materia di giustizia amministrativa ha trovato espressione anche attraverso la valorizzazione di forme di tutela non giurisdizionale, in via amministrativa o affidate a organi esterni specializzati, nonché attraverso la previsione di forme di tutela nei confronti di atti non formalmente illegittimi, ma segnati da profili di cattiva amministrazione⁹.

In generale, non è preclusa la tutela giurisdizionale in senso stretto, nel pieno rispetto del principio di effettività della tutela giurisdizionale che presuppone il diritto a un giudice indipendente e imparziale. Tale principio non viene in alcun modo posto in discussione.

Costituiscono espressione della tendenza in Europa a valorizzare le forme di tutela non giurisdizionale i lavori della speciale commissione di studio istituita sui sistemi per la risoluzione delle controversie alternativi rispetto all'azione giurisdizionale; le procedure contenziose non giurisdizionali previste in tema di appalti dalla direttiva 92/13 e l'inserimento nei trattati comunitari del problema della *maladministration* e della figura del mediatore; alcune forme atipiche di risoluzione delle questioni in via preventiva, come il caso della rete "Solvit", i cui uffici, che dovranno essere presenti in tutti gli Stati membri dal 2020 dovranno fornire indicazioni e/o risolvere casi relativi al funzionamento del mercato interno in cui siano coinvolte pubbliche amministrazioni. Un altro esempio è rappresentato dalle procedure contenziose non giurisdizionali in materia di appalti, che in molti paesi svolgono un importante ruolo di garanzia degli interessati specificamente per le questioni dove il merito tecnico è particolarmente rilevante¹⁰. Si tratta di nuove forme di tutela ideate per deflazionare il carico di lavoro delle Corti e consentire di assicurare tempi più rapidi per le questioni in diritto non delegabili ad altri organi, né in senso lato "esternalizzabili".

⁸ tra gli altri A. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Flammarion, [1948] 1979, trad. it. *Lo spirito delle leggi*, Torino, 1952; A. SMITH, *An Enquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 1776, trad. it. *La ricchezza delle nazioni*, Torino, 2006; A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, Parigi, [1935] 1986; R.B. SCHLESINGER, *Research on the General Principles of Law Recognized by Civilized Nations*, in *American Journal of International Law*, 61, 1957, p. 734 ss.).

⁹ M. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011, p. 680.

¹⁰ È il caso dei *regler autrement les conflits* in Francia e delle *administrative dispute resolutions* negli Stati Uniti.

Fattispecie non alternative al controllo giurisdizionale, che consentono di colmare alcuni vuoti di tutela, come le situazioni per le quali i vizi di legittimità degli atti amministrativi non sembrano oggi in grado di offrire un'adeguata copertura. L'effetto è quello di colmare i vuoti, migliorare e rafforzare la tutela giurisdizionale offerta dall'ordinamento ai cittadini europei nei confronti della pubblica amministrazione.

La risoluzione extragiudiziale delle controversie può avere a oggetto il tradizionale contenzioso con la pubblica amministrazione, le questioni concernenti i servizi pubblici e quelle riguardanti soggetti pubblici che sono stati privatizzati. In questo caso il diritto comunitario e i diritti nazionali di molti Stati membri prevedono forme conciliative preliminari all'eventuale controversia giurisdizionale. In attuazione della direttiva 2002/22/CE, che impone agli Stati membri di predisporre procedure interne trasparenti, semplici e poco costose per i consumatori, l'Italia ha previsto un tentativo di conciliazione obbligatorio quale condizione di procedibilità dei ricorsi giurisdizionali in talune controversie tra gli operatori del servizio e i loro clienti¹¹. Il legislatore italiano, inoltre, ha recentemente sviluppato forme di tutela c.d. alternative alla giurisdizione, come il caso della mediazione prevista dal d.lgs. n. 28/2010, che risultano in linea con le indicazioni previste dalla Corte di giustizia¹².

I mezzi alternativi di risoluzione delle controversie, unitamente alle forme di mediazione e conciliazione di diritto pubblico, costituiscono oggetto di particolare attenzione nella prospettiva delineata dalla Comunità europea di ampliare l'accesso alla giustizia, ma anche in considerazione dell'importante ruolo di deflazione del contenzioso, inteso come via d'uscita alla c.d. *litigation crisis*. Essi rientrano nel concetto procedurale di giustizia, intesa come risultato del procedimento che emerge in modo spontaneo dall'osservanza di determinate regole di comportamento, in conformità al principio del *due process of law*¹³.

Tuttavia, se da un lato le ADR (*Alternative Dispute Resolutions*) offrono importanti vantaggi in termini di maggiore celerità e snellezza di giudizio, dall'altro, si evidenzia un ruolo ambiguo nell'accesso alla giustizia, che impone cautela: esse possono costituire un ampliamento dei mezzi di tutela e, dunque, favorire l'accesso alla giustizia, ma se mal concepite, possono produrre effetti contrari e risultare di ostacolo alla tutela giurisdizionale. La stessa mediazione, ad esempio, può determinare effetti distorsivi di allungamento dei tempi della giustizia. In tal senso, la disciplina sulle ADR non può prescindere dal riconoscimento del diritto di ciascuno a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente

¹¹ È il caso della prestazione di servizi telefonici secondo quanto disciplinato dall'autorità garante delle comunicazioni (delibera 173/07/Cons.). Particolarmente interessante è il ruolo di alcune autorità amministrative indipendenti nello svolgimento di attività non giurisdizionali di risoluzione delle controversie. Il tema meriterebbe un approfondimento adeguato non possibile in questa sede. Tra gli altri si rinvia a G. Della Cananea, *Le procedure di conciliazione e arbitrato davanti alle autorità indipendenti*, relazione al convegno "Diritti, interessi e amministrazioni indipendenti", Siena, 1 giugno, 2002.

¹² La Corte di giustizia richiesta in via pregiudiziale di interpretare la direttiva citata alla luce dell'art. 600 e dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, ha chiarito che è compatibile con la direttiva una normativa nazionale che assoggetti i diritti conferiti dalla direttiva stessa a un tentativo obbligatorio di conciliazione extragiudiziale come condizione per la ricevibilità dei ricorsi giurisdizionali. Perché sia garantita l'effettività della tutela giurisdizionale è tuttavia necessario che la procedura extragiudiziale non porti a una decisione vincolante per le parti, non comporti costi eccessivi, non implichi ritardi sostanziali per la proposizione di un ricorso giurisdizionale e non sia utilizzabile esclusivamente per via elettronica (Corte giust. 18 marzo 2010, cause riunite C-317-320/08).

¹³ G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali*, cit. Sul rapporto tra giusto processo e *due process of law clause* tra gli altri M. MENGOZZI, *Giusto processo e processo amministrativo*, Milano, 2009, p. 79 ss., che ne ripercorre le origini dalla "Magna Charta libertatum" inglese del 1215 al "Bill of rights" statunitense del 1798, fino al 5° e 14° emendamento della Costituzione americana.

e imparziale, costituito per legge (art. 6 Cedu). Comunque, il riferimento può essere inteso in senso ampio tale da ricomprendere anche forme di tutela diverse da quelle giurisdizionali in senso stretto. Anche alla luce di queste considerazioni il perimetro della locuzione giustizia amministrativa si è esteso, ponendo accanto ai rimedi di tipo giurisdizionale, quelli di tipo non giurisdizionale, inclusi quelli extra-giurisdizionali.

Ciò risulta in linea con l'evidenziato mutamento del ruolo del giudice amministrativo¹⁴, il quale, di fronte alla frammentazione e contrapposizione di interessi pubblici, che si affermano anche in dimensione multilivello, pur confermandone il carattere perenne e universale, non è più solo giudice dell'amministrazione, ma diviene piuttosto giudice dei pubblici poteri. Egli interviene ogni volta che venga esercitata una potestà pubblica, indipendentemente dalle situazioni giuridiche coinvolte e con diversi strumenti di garanzia. La molteplicità di ordinamenti e l'interazione tra loro pone il quesito di come assicurare effettività di tutela a livello globale e in quali direzioni¹⁵.

Si vengano così ad assicurare contemporaneamente, da un lato, la tutela dei cittadini di fronte al non corretto svolgimento dell'attività amministrativa e, dall'altro, il perseguimento dell'interesse pubblico attraverso l'esercizio del potere e, in ultima analisi, il corretto funzionamento della pubblica amministrazione, in quanto il sindacato sull'attività di una autorità pubblica consente di indirizzarne la successiva azione amministrativa¹⁶.

3. Autotutela amministrativa e ADR.

Perché la domanda di giustizia sia soddisfatta pienamente da un'adeguata offerta di giustizia è necessario sia sempre assicurato l'accesso a diversi sistemi di tutela, interni o esterni all'amministrazione, ovvero alternativi, con un approccio metodologico che tenga in debito conto i diversi interessi in gioco coinvolti, incluso l'impatto sulle dinamiche di mercato. L'obiettivo ultimo è quello di assicurare la tutela piena del cittadino di fronte al corretto svolgimento dell'attività amministrativa, unitamente al perseguimento dell'interesse pubblico attraverso l'esercizio del potere. Come più volte evidenziato nel testo, la valutazione di pienezza della tutela non può prescindere dai tempi di risoluzione delle controversie e dal connesso principio di economia processuale.

Il perseguimento di questi obiettivi trova in primo luogo nell'autotutela amministrativa un tradizionale e ancora valido strumento di azione. Il celere esercizio del potere di annullamento d'ufficio consente all'amministrazione resistente di prevenire le ulteriori conseguenze patrimoniali che potrebbero derivare dalla continuazione del processo, al ricorrente di poter soddisfare il proprio

¹⁴ Per alcune riflessioni sull'evoluzione del ruolo del giudice amministrativo da ultimo a C. FRANCHINI, *Tradizione e innovazione*, in ID. (a cura di), *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia*, Torino, 2011, p. 259 ss. Per un'evoluzione del ruolo del Consiglio di Stato tra gli altri S. CASSESE, *Continuità e fratture nella storia del Consiglio di Stato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, n. 5, p. 547 ss.; G. MELIS, *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia*, in S. CASSESE (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, Milano, 1997, p. 1 ss.

¹⁵ Per una prospettiva globale del servizio giustizia, che coinvolge lo studio dei *global judicial bodies*, e il ruolo delle Corti di collegamento tra ordini giuridici diversi (giudici nazionali, sovranazionali, globali, organismi quasi giudiziari), S. CASSESE, *I tribunali di babele*, Roma, 2009, il quale si sofferma sul ruolo dei giudici (nazionali, sopranazionali, globali) e degli organi quasi giudiziari nel dare "ordine" al pluralismo conseguente alla diluizione della sovranità statale e al sovrapporsi di altri ordini giuridici, sopranazionali e globali: "occorre riempire i vuoti tra i diversi sistemi; ridurre la frammentazione di questi ultimi; indurli a cooperare; stabilire gerarchie di valori e principi".

¹⁶ C. FRANCHINI, *Giustizia e pienezza della tutela nei confronti della pubblica amministrazione*, in S. Battini, C. D'Auria, G. Della Cananea, C. Franchini, A. Massera, B.G. Mattarella, G. Napolitano, A. Sandulli, L. Torchia, G. Vesperi (a cura di), *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, 2008, p. 186.

interesse in tempi più brevi di quelli necessari per la definizione del processo e di ridurre il contenzioso pendente avanti ai giudici.

I ricorsi amministrativi rientrano tra le forme di tutela e garanzia delle posizioni giuridiche soggettive del cittadino di fronte al comportamento illegittimo della pubblica amministrazione alternative alla tutela giurisdizionale. Come noto, si tratta di strumenti di giustizia all'interno dell'amministrazione e, quindi, ad un livello inferiore rispetto a quello giurisdizionale, ma non per questo meno importanti. Se è vero, infatti, che i ricorsi amministrativi sono in crisi, anche in considerazione della riluttanza della pubblica amministrazione stessa a ricorrervi, rendendoli in questo modo inutili, essi mantengono un potenziale importante, in quanto in grado di consentire un giudizio rapido e, quindi, una risoluzione della controversia più veloce, contribuendo a deflazionare il contenzioso.

I ricorsi amministrativi rappresentano una forma di tutela alternativa a quella giurisdizionale, ma distinta dagli strumenti riconducibili all'autonomia negoziale delle parti utilizzati, in particolare, nell'ambito dei rapporti giuridici paritetici. Quali strumenti di tutela all'interno della pubblica amministrazione, essi presuppongono che il conflitto riguardi l'esercizio di un potere pubblicistico e sono incentrati nell'emanazione di un atto, la decisione amministrativa, cui l'ordinamento affida la definizione della vertenza¹⁷. Il ricorso amministrativo si pone, quindi, come rimedio di tipo paragiurisdizionale attivato su impulso di parte, che tuttavia conserva una matrice diversa da quella delle ADR più recenti, originando dall'interno dell'amministrazione e conservando per questo una forte caratterizzazione autoritativa e decisoria.

Come noto, il sistema è disciplinato dal d.p.r. 24 novembre 1971, n. 1199 che individua diverse tipologie di ricorso amministrativo e distingue quello ordinario da quello straordinario. Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica può essere ritenuto una forma di ADR, nella misura in cui svolge la funzione precipua di risolvere controversie in modo alternativo rispetto alla tutela giurisdizionale. Tuttavia, le recenti modifiche normative hanno accentuato i profili di carattere giurisdizionale, rendendolo uno strumento sempre più simile e, quindi, con effetto sostanzialmente equivalente alla tutela giurisdizionale, piuttosto che alternativo in senso stretto¹⁸. L'opzione è rigidamente definita dalla legge¹⁹ in quanto la scelta formalizzata con la proposizione del ricorso giurisdizionale o amministrativo-straordinario preclude al ricorrente di seguire altra via, diversamente da quanto previsto per gli altri tipi di ricorsi amministrativi. Tuttavia, le parti conservano tale facoltà ai sensi dell'art. 48, co. 1 c.p.a., che disciplina la prosecuzione del giudizio in sede giurisdizionale in seguito alla proposizione dell'opposizione e alla conseguente trasposizione. L'oggetto dei due tipi di giudizio risulta coincidere nella sostanza. Infatti, il ricorso straordinario è ammesso unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa²⁰. Il legame con il ricorso giurisdizionale amministrativo è altresì evidenziato dal ruolo svolto dal Consiglio di Stato, che nel primo caso è organo giurisdizionale di appello e nel secondo svolge una funzione consultiva attraverso il rilascio di un parere, quale organo di consulenza giuridico-amministrativa nel primo caso e di tutela della giustizia nell'amministrazione nel secondo²¹.

¹⁷ Così M. GIOVANNINI, *Il ricorso amministrativo nello spazio giustiziale*, in *Foro amministrativo TAR*, 2009.

¹⁸ Le modifiche apportate dall'art. 69 della l. n. 69/2009, hanno accentuato ulteriormente la portata "giurisdizionale" del ricorso straordinario, con la novella degli artt. 13 e 14 del d.p.r. n. 1199/1971, confermando la volontà legislativa di ricercare nella giurisdizione l'unica soluzione ai conflitti di diritto pubblico con l'amministrazione.

¹⁹ D.p.r. n. 1199/1971, art. 8, co. 2.

²⁰ Art. 7, co. 8, c.p.a.

²¹ Si evidenzia, in particolare, la recente abrogazione dell'art. 14, co. 1, secondo periodo e co. 2 del D.P.R. n. 1199/1971, nel quale si prevedeva il potere del Consiglio dei ministri di adottare una decisione della controversia in modo difforme dal parere espresso dal Consiglio di Stato e la riconosciuta legittimazione alle sezioni consultive di

Ciononostante, il legislatore italiano continua a riconoscere alla tutela giurisdizionale un ruolo centrale sostanzialmente esclusivo o prioritario nella risoluzione delle controversie, favorendo la creazione di nuovi riti speciali in luogo di strumenti alternativi²². Nella prassi si osserva un progressivo dimensionamento della funzione riconosciuta ai ricorsi amministrativi, in quanto ritenuti inadeguati a ridurre la domanda giurisdizionale e potenzialmente dilatori della definizione della controversia, dal momento che la tutela giurisdizionale è esperibile anche avverso gli atti decisori sui ricorsi. Non sembra esserci più spazio, nell'ordinamento italiano, per la funzione amministrativa giustiziale come strumento preliminare di deflazione del contenzioso. Mentre il ricorso straordinario è sempre più istituto equivalente e non alternativo o aggiuntivo alla giurisdizione amministrativa, il ricorso gerarchico sembra sostanzialmente tramontato con la crisi del rispettivo modello di organizzazione amministrativa e per via dell'affermarsi di un modello decentrato di amministrazione.

L'esigenza di garantire effettività e celerità della giustizia arriva sempre più frequentemente a derogare alla giurisdizione statale, attraverso il ricorso allo strumento delle *Alternative Dispute Resolution* (ADR)²³, quale insieme di modalità extragiudiziali di composizione delle controversie, dotati di notevole flessibilità e, spesso, maggiore specializzazione nelle materie tecniche, caratteristiche che consentono di deflazionare il contenzioso e garantire una maggiore tutela degli interessati, come da tempo riconosciuto anche a livello comunitario²⁴.

proporre, in sede di rilascio del parere, questioni incidentali di legittimità costituzionale. Sotto il profilo dell'efficacia giuridica, la vincolatività del parere reso in sede di ricorso straordinario dal Consiglio di Stato assicurerebbe la risoluzione di contrasti giurisprudenziali attuali o potenziali, nonché di questioni di massima di particolare importanza. Sarebbe "proprio l'esercizio della funzione di nomofilachia in sede giurisdizionale e in sede di risoluzione alternativa delle controversie in seno al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica a consentire la riconduzione ad unità del ruolo svolto dal Consiglio di Stato, quale organo di vertice dell'ordine giudiziario amministrativo".

²² F. CINTIOLI, *op. cit.*, p. 25 ss., osserva che l'orientamento complessivo del legislatore nazionale sembra piuttosto contrastante con la volontà di un ampliamento delle ADR nei rapporti di diritto amministrativo che toccano l'esercizio di potestà pubblicistiche. In ordinamenti vicini al nostro, invece, sono previste varie forme di risoluzione alternativa delle controversie attinenti a poteri funzionali della P.A., consistenti in procedure di *mediation*, oppure in ricorsi amministrativi a contenuto giustiziale e preliminare.

²³ Sotto il profilo delle fonti normative, ripercorrerne la lunga e complessa evoluzione pregiudicherebbe certamente la sinteticità espositiva del presente capitolo. Nella dottrina italiana tra gli altri AA.VV., *Arbitrato, ADR, conciliazione*, diretto da M. RUBINO-SAMMARTANO, Torino, 2009; AA.VV., *Transazione, arbitrato e risoluzione alternativa delle controversie*, Torino, 2006; S. STICCHI DAMIANI, *Sistemi alternativi alla giurisdizione (ADR) nel Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2004; R. CAPONI, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR*, in *Foro it.*, n. 9, 2003, p. 165 ss.; G. ALPA, *Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie in diritto civile*, in *Pol. dir.*, 1997, p. 406 ss. Nella dottrina straniera tra gli altri a E. RYAN, *ADR, The Judiciary, and Justice: Coming to Terms with the Alternatives*. Harvard Law Review, Vol. 113, No. 7, p. 1851, 2000; L. BOULLE, M. NESIC, *Mediation. Principles, Process, Practice*, London-Dublin-Edinburgh, Butterworths, 2001; M. PALMER, S. ROBERTS, *Dispute Processes. ADR and the Primary Forms of Decision Making*, London, Butterworths, 1998; F.E.A. SANDER, *Alternative Methods of Dispute Resolution: an overview*, in *University of Florida Law Review*, 1985, 1; M. CAPPELLETTI, *Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access to Justice Movement*, in *The Modern Law Review*, 1993, p. 287 ss.; H. GENN, *The Central London County Court Pilot Mediation Scheme. Evaluation Report*, London, Lord Chancellor's Department, 1998; S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute Resolution. Negotiation, Mediation and Other Processes*, New York, Aspen Law & Business, 1999.

²⁴ Più di recente si trovano termini diversi quali *Appropriate Dispute Resolutions* e *Online Dispute Resolutions*. Si tratterebbe di espressioni con valenza solo descrittiva, "nulla più che quelle ADR, di principale ispirazione comunitaria, che mirano ad offrire al consumatore una tutela appropriate, per l'appunto, ossia alternativa alla giurisdizione perché destinata ad intervenire in quei casi nei quali la giurisdizione è ben difficile che possa attuarsi. Si tratta o di *small claims* ovvero di controversie transfrontaliere che coinvolgono la persona fisica del consumatore, il quale con difficoltà riesce a trovare le risorse economiche e la spinta a sormontare gli ostacoli anche pratici che l'instaurazione del processo porta con sé" (F. CINTIOLI, *op. cit.*, p. 4).

Come noto, si tratta di istituti finalizzati alla prevenzione e alla risoluzione di controversie, tendenti a soddisfare tre principali esigenze: rapidità di decisione, valutazione dei profili sostanziali della controversia e, sia pure non sempre pienamente, attenzione all'interesse collettivo. Inizialmente sviluppate a livello internazionale, per effetto di indicazioni di natura comunitaria si sono diffuse anche nel nostro ordinamento, assumendo forme diverse, come procedimenti amministrativi di secondo grado a carattere contenzioso, fattispecie varianti di arbitrati, varie forme di mediazione, conciliazione, transazione e composizione di conflitti giurisdizionali. La tempestività che caratterizza questi strumenti è di solito contrassegnata dalla previsione di termini molto stretti per la definizione della controversia, il che si spiega con l'esigenza di renderli competitivi rispetto alla via processuale e di rafforzare l'effettività della tutela delle pretese del singolo, senza differire a lungo l'inizio del processo, nel caso in cui il tentativo di risoluzione della controversia non riesca.

Inizialmente sviluppate a livello internazionale, per effetto di indicazioni di natura comunitaria le ADR si sono diffuse anche nel nostro ordinamento, assumendo forme diverse, come procedimenti amministrativi di secondo grado a carattere contenzioso, fattispecie varianti di arbitrati, varie forme di mediazione, conciliazione, transazione e composizione di conflitti giurisdizionali. In particolare nell'esperienza comunitaria, le ADR consentono anche di colmare le lacune nel sistema di tutela giurisdizionale dei diritti di alcune categorie di soggetti, esposti al rischio di non poter trovare di fatto alcuna strada utile a far valere le loro ragioni, come nel caso dei piccoli torti subiti dal consumatore (*small claims*), per il quale l'assunzione dei relativi costi processuali risulterebbe difficile da sopportare, permanendo tuttavia l'esigenza di tutela dello stesso finalizzata ad eliminare asimmetrie informative e contrattuali ed evitare disfunzioni nelle dinamiche del mercato interno²⁵.

Parimenti, l'esigenza di apprestare un rimedio agile, tempestivo e non costoso, si avverte nelle controversie transfrontaliere, specie nell'ambito del mercato interno comunitario, insorte tra il consumatore cittadino di uno Stato membro ed un'impresa avente sede in uno Stato membro diverso. In questo contesto costituisce un'alternativa alla risoluzione delle controversie l'attività del mediatore europeo, che può operare in un circuito direttamente sovranazionale, consentendo di superare le difficoltà che il consumatore deve altrimenti affrontare per adire l'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro.

Per un efficace perseguimento delle finalità delineate, i mezzi alternativi di risoluzione delle controversie devono consistere di un procedimento particolarmente snello e flessibile, devono basarsi su regole semplici ed immediatamente intelleggibili, non devono richiedere l'assistenza di un difensore, né risultare eccessivamente costose, ma rendere possibile una valutazione ampia di tutte le circostanze di fatto, oltre quelle di diritto, cercando di evidenziare i diversi interessi in gioco al fine di trarne una possibile sintesi compositiva. In questo modo è possibile delineare strumenti in grado di valorizzare i diversi interessi coinvolti e trovare una soluzione concordata che, nella sostanza, protegga la perseguibilità di un rapporto economicamente fruttuoso o comunque utile alle parti.

Nei rapporti di diritto pubblico, tuttavia, tali strumenti acquistano caratteri peculiari, legati anche alla possibilità che l'amministrazione, intesa in senso ampio, rivesta il ruolo di ricorrente nei confronti di privati o di altre amministrazioni. In ogni caso, essi costituiscono estrinsecazione del costante ampliamento delle forme di tutela verso nuovi strumenti giustiziali e paragiurisdizionali, la cui modalità di progressiva introduzione, ad opera di fonti normative fortemente eterogenee e

²⁵ F. CINTIOLI, *op. cit.*, p. 5.

affidenti settori disciplinari diversi, non ha contribuito a conferire alla categoria coerenza ed organicità di base²⁶.

In considerazione delle differenti tipologie e ambiti di applicazione, la categoria delle ADR risulta eterogenea e connotata da confini alquanto labili, raggruppando al proprio interno un novero di figure non sempre riconducibili ad un modello unitario. Ciononostante, la dottrina ha tentato di individuarne il tratto unificante nello svolgimento di una attività complessa, "diversa" piuttosto che "alternativa" all'attività giurisdizionale, perché si aggiunge più che sostituirsi a questa, mira alla composizione della lite su base volontaria, attraverso una valutazione ampia degli elementi di fatto e di diritto oggetto del contendere, ivi compresi i profili di natura strettamente tecnica, di opportunità e di convenienza. Il riferimento in tal caso è alle ADR "facilitative", che si è soliti distinguere da quelle "determinative", tra le quali l'arbitrato, nelle quali al terzo è demandata una funzione non prettamente mediatrice o conciliatoria, ma piuttosto quella di assumere una posizione in merito alla soluzione della controversia. Si distingue anche tra strumenti autonomi ed eteronomi, con riferimento alla diversità dei risultati e degli effetti, ovvero a seconda della provenienza delle norme decisorie vincolanti dalle parti stesse (attraverso un atto negoziale, che come tale presuppone che le parti siano nella piena disponibilità dei diritti) o da un terzo, che può essere un soggetto che ha il potere di vincolare le parti in virtù della sua posizione istituzionale (il giudice), oppure un soggetto che ha il potere di vincolare le parti in virtù della volontà delle parti stesse (l'arbitro). Si tratta di strumenti fra di loro fungibili in ordine ai risultati. L'efficacia vincolante di una sentenza, di un lodo, di una transazione o di un contratto, che ha come causa la risoluzione della controversia, sono ritenuti in tal senso equivalenti²⁷.

In relazione all'ordinamento italiano si ammette tradizionalmente che la composizione della lite possa ottenersi anche con mezzi diversi dal processo, definiti come "equivalenti del processo"²⁸ e segnatamente mediante transazione, rinuncia della pretesa o suo riconoscimento (c.d. autocomposizione della lite), ovvero, ad opera di un terzo non afferente al potere giudiziario (conciliazione o arbitrato). In ossequio al principio di sussidiarietà alla tutela giurisdizionale verrebbe riconosciuta una funzione di ultima ratio²⁹.

²⁶ Si è soliti distinguere tra ADR endo-processuali (si pensi alla conciliazione processuale), che si incardinano nella fase preliminare di un processo già pendente e che presuppongono l'attivo operato del giudice o come mediatore o perlomeno come tramite per l'inizio della mediazione, ed ADR extra-processuali e convenzionali, le quali si svolgono di norma prima e comunque del tutto al di fuori dal processo. Si parla ancora di mediazione-conciliazione facoltativa, ovvero prevista obbligatoriamente dalla legge; conciliazione preventiva, convenuta contrattualmente prima dell'insorgere della controversia, e conciliazione successiva, avviata d'accordo posteriormente alla nascita del conflitto; mediazione-conciliazione disciplinata per intero dalle parti, o "amministrata" mediante una disciplina legislativa; mediazione imperniata sull'intervento di un terzo che sia un soggetto privato, liberamente scelto dalle parti, ovvero di una amministrazione od istituzione pubblica".

²⁷ Infatti, se la sentenza, non più soggetta alle impugnazioni ordinarie, produce nei confronti delle parti l'efficacia tipica del giudicato (art. 2909 c.c.), il contratto ha "forza di legge tra le parti" (art. 1372 c.c.), cioè pone regole di condotta che sono, per le parti, vincolanti come le norme di legge. Il lodo ha efficacia vincolante tra le parti dalla data della sua ultima sottoscrizione (art. 823, ultimo comma, c.p.c.) e non può avere una efficacia minore di quella del contratto.

²⁸ Con particolare riferimento al processo civile CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, 1941, 2^a ed., 55 ss.

²⁹ In tal senso anche F. P. LUISO, *Il sistema dei mezzi negoziali per la risoluzione delle controversie civili*, in *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, a cura di A. Castagnola, F. Delfini, Wolters Kluwer Italia, 2010: "qualunque strumento sia idoneo a stabilire in modo vincolante quali sono le regole di condotta degli interessati è idoneo allo scopo di risolvere la controversia. In questa direzione, la risoluzione giurisdizionale delle controversie è solo una *species* del *genus* «risoluzione delle controversie».

I tempi sono oggi maturi per ritenersi superata quella visione sacrale e ieratica della giurisdizione a lungo prevalsa, in forza della quale gli effetti conseguibili in sede giurisdizionale sono ritenuti esclusivi di tale forma di tutela. L'esigenza di tener conto di un'evoluzione dell'idea di pienezza della tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, che tenga conto anche delle rinnovate esigenze di celerità, economia processuale e deflazione del contenzioso, nonché delle istanze provenienti dai principi e valori derivanti dall'interazione di ordini giuridici diversi, impone altresì di rivedere le relazioni tra giurisdizione e altri mezzi di tutela. Ciò nell'auspicabile intento di potenziare il ricorso alle forme di tutela non giurisdizionale, anche negli ambiti coperti dalla giurisdizione amministrativa³⁰.

Sussistono tuttavia dei limiti che ancora ostacolano un pieno sviluppo delle forme di tutela non giurisdizionali nel nostro paese. Si osserva, ad esempio, che gli strumenti autonomi di risoluzione delle controversie presuppongono la sussistenza di una piena disponibilità dei diritti in capo alle parti, che consenta loro di concludere validamente un accordo negoziale sugli stessi. Tali condizioni non possono essere soddisfatte quando uno dei soggetti sia una pubblica amministrazione. Infatti, nei rapporti di diritto pubblico l'ammissibilità di una composizione consensuale della controversia deve fare i conti col tradizionale limite legato alla disponibilità delle situazioni soggettive e, segnatamente, con la asserita indisponibilità, nonché con la tipicità dei poteri pubblici e funzionali delle pubbliche amministrazioni e col rilievo connesso del principio di legalità³¹. Ciò non toglie che anche in tale ambito mezzi di risoluzione alternativi a quelli giurisdizionali siano da tempo previsti dalla dottrina anche in base all'esperienza di altri paesi, alcuni disciplinati dal legislatore e possano auspicabilmente essere potenziati.

³⁰ In ambito civile e commerciale, merita un cenno la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008 n. 52, che gli Stati membri sono tenuti a recepire entro il 21 maggio 2011; primo provvedimento vincolante adottato con specifico riferimento alla materia delle ADR, dopo una serie di atti di *soft law* o di portata settoriale. La disciplina è destinata alle mediazioni nelle controversie transfrontaliere, ma nulla dovrebbe vietare agli Stati membri di applicare tali disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni. L'obiettivo è di facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e di promuovere la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario, senza, tuttavia, concepire tale rimedio come "filtro obbligatorio alla giurisdizione". Nel diritto interno tra i meccanismi di natura conciliativa possono menzionarsi il tentativo obbligatorio di conciliazione nel processo del lavoro (art. 410 e ss. c.p.c.), la conciliazione amministrata dalle Camere di commercio (l. n. 580/1993), il tentativo obbligatorio di conciliazione previsto in materia di telecomunicazioni (l. n. 249/1997, art. 1, co. 11), il tentativo di conciliazione previsto in materia di controversie sul diritto d'autore (d.lgs. n. 68/2003, art. 71 *quinquies*), il tentativo obbligatorio di conciliazione previsto nell'ambito della disciplina della subfornitura nelle attività produttive (l. n. 192/1998, art. 10), il tentativo di conciliazione previsto dalla legge sul turismo (l. n. 580/1998, art. 2), la conciliazione prevista dalla legge sul *franchising* (l. n. 129/2004, art. 7), la procedura di composizione extragiudiziale per la risoluzione delle controversie in materia di consumo, di cui all'art. 141 d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (come innovata dal d.lgs. n. 221/2007), il tentativo obbligatorio di conciliazione previsto nelle controversie sui patti di famiglia, ai sensi degli art. 768 *octies* c.p.c. (introdotto dalla l. n. 55/2006), nonché i vari istituti progressivamente introdotti (in sede tanto di disciplina quanto di autodisciplina) in ambito finanziario. Da ultimo, il d.lgs. n. 28/2010, di attuazione dell'art. 60 della legge n. 69/2009, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, con l'obiettivo di deflazionare il contenzioso, richiede per una serie di materie il previo esperimento della mediazione come condizione di procedibilità della domanda giudiziale, salvo specifiche eccezioni.

³¹ In tal senso si esprime F. CINTIOLI, *op. cit.*, p. 26. Sul tema tra gli altri F. CARINGELLA, R. DE NICTOLIS, POLI, *Le ADR (alternative dispute resolutions). Accordo bonario, arbitrato, conciliazione, transazione*, Roma, 2008; M. P. CHITI, *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, p. 1 ss.; ID., *La giustizia amministrativa serve ancora? La lezione degli "altri"*, *ivi*, 2006, p. 487 ss.

4. La risoluzione alternativa delle controversie nel settore dei contratti pubblici.

Tra gli istituti che la dottrina ricomprende tra le ADR afferenti al settore pubblico, alcuni hanno trovato espresso riconoscimento normativo e organica collocazione nel Codice dei contratti pubblici: la transazione³², l'accordo bonario³³, l'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale³⁴, il parere di precontenzioso rimesso all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici³⁵ e l'arbitrato³⁶.

Altri, invece, come la mediazione e la conciliazione non hanno ancora trovato una precisa ed espressa previsione nel diritto amministrativo, ma merita menzionare lo sforzo ricostruttivo di chi ne afferma la piena utilizzabilità da parte della pubblica amministrazione (purché la struttura conciliativa sia un organismo di diritto pubblico) e ne auspica un sensibile e celere incremento di diffusione ed importanza, sulla scorta dei dettami comunitari³⁷. La mediazione, ad esempio, può incastonarsi nel procedimento, valorizzarne il ruolo, migliorare la qualità dell'azione amministrativa, innalzare lo *standard* di democraticità dei procedimenti e rafforzare la tutela giurisdizionale del cittadino. Ciò nella prospettiva di continuità col principio di effettività della tutela giurisdizionale, che rimane una matrice caratteristica del fenomeno delle ADR. La mediazione può svolgere una dinamica funzione transattiva e svolgersi con efficacia. La transazione, a sua volta, può trarre beneficio dalla mediazione, quale soluzione transattiva proposta ed avallata dal mediatore, anziché esclusivamente frutto delle trattative isolate tra la pubblica amministrazione ed il privato, esposte a vari rischi, primo fra tutti quelli di corruzione. In questa prospettiva, la recente esperienza del precontenzioso offre un buon esempio.

Nella prospettiva più volte evidenziata di ricercare un equilibrio tra diverse esigenze sottese ad assicurare una tutela piena del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, la corretta applicazione dei mezzi non giurisdizionali di tutela può consentire una notevole riduzione di costi e il conseguimento di benefici speculari non altrimenti realizzabili in sede giurisdizionale. Le parti hanno la possibilità di raggiungere una definizione della lite in modo celere e consensuale, in generale maggiormente soddisfacente delle rispettive ragioni.

Ciò vale soprattutto nel settore dei contratti pubblici, dove il nesso con le esigenze economiche di mercato è particolarmente evidente, e non vengono coinvolti, quantomeno in via principale o esclusiva, beni immateriali quali l'ambiente³⁸, la salute, ovvero la cultura, che in quanto *public goods* (in senso economico)³⁹ comportano un'intrinseca limitazione al ricorso delle ADR. Tuttavia,

³² Art. 239, d.lgs n. 163/2006, Codice dei contratti.

³³ Art. 240 Codice dei contratti.

³⁴ Art. 243 *bis* Codice dei contratti.

³⁵ Art. 6, co. 7 lett. n) Codice dei contratti.

³⁶ Artt. 241-243, Codice dei contratti.

³⁷ Si veda F. CINTIOLI, *op. cit.*, in particolare p. 63 ss., dove afferma "la tendenziale compatibilità, in termini di teoria generale, nonché sul piano dei principi comunitari e costituzionali, della conciliazione-mediazione che abbia ad oggetto poteri pubblici della P.A. con l'ordinamento nazionale.

³⁸ Per un'applicazione della teoria dell'analisi economica del diritto ad alcuni profili del diritto ambientale, M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, Torino, Giappichelli, 2007; A. GAMBARO, B. POZZO, *La responsabilità civile per i danni all'ambiente nella recente legislazione italiana: alcune note di comparazione giuridica e analisi economica*, in Mattei-Pulitini (a cura di), *Consumatore ambiente concorrenza. Analisi economica del diritto*, Milano, 1994, 47 ss.

³⁹ Secondo la letteratura i beni pubblici in senso economico sarebbero caratterizzati dalla non rivalità, nel senso che l'uso da parte di un soggetto del bene pubblico non impedisce il contemporaneo uso da parte di altro soggetto e dalla non escludibilità, nel senso che nessun soggetto può essere escluso dal godimento del bene. Sono definiti beni pubblici puri, quelli nei quali le due caratteristiche relative al consumo ricorrono in forma perfetta.

anche in questo ambito, i mezzi di tutela alternativi non hanno la diffusione che sarebbe auspicabile e la disciplina prevista per alcuni di essi, pur ispirata in gran parte da esigenze deflatorie, presenta limiti e criticità espressione di una perdurante insicurezza del legislatore in materia, che ne ostacolano il buon funzionamento e ne compromettono in alcuni casi l'efficacia.

Alcuni meccanismi pre-contenziosi previsti dal legislatore in materia di contratti pubblici, costituiscono un caso emblematico dello sforzo operato dal legislatore per introdurre istituti in grado di favorire il dialogo e la conciliazione tra le parti, a beneficio della rapida definizione del rapporto contrattuale. Si tratta di istituti dotati in alcuni casi di grandi potenzialità anche nella prospettiva più volte delineata di offrire una tutela celere e snella alle esigenze degli operatori economici da un lato e delle amministrazioni dall'altro, e di conseguenza di deflazionare il contenzioso giurisdizionale. Tuttavia, l'efficacia degli stessi risulta in alcuni casi mitigata dalle incertezze della formulazione legislativa, espressione di un permanente dibattito in dottrina su alcuni profili sostanziali; di un'insicurezza nel riconoscere ai tentativi di conciliazione e mediazione carattere pregiudiziale alla tutela giurisdizionale, che risulta oltremodo dalla mancanza di meccanismi di incentivo e sanzione; del timore di riconoscere funzioni paragiurisdizionali a "soggetti" esterni agli organi giurisdizionali in senso stretto; dall'opportunità di evitare usi distorti degli istituti ed assicurare le necessarie cautele richieste dalla delicatezza degli interessi coinvolti.

Tra i modelli di ADR specificamente concepiti per il settore degli appalti pubblici, particolarmente interessanti sono il parere di precontenzioso rimesso all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici *ex art. 6, co. 7 lett. n)* e l'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale *ex art. 243 bis*, caratterizzati, rispetto alla transazione e all'accordo bonario, da un ambito di applicazione più limitato *ratione materiae*, ma più esteso sotto il profilo delle posizioni giuridiche soggettive che possono costituirne oggetto. In particolare, gli istituti in esame non sono limitati alla risoluzione di controversie vertenti su diritti soggettivi, come nel caso della transazione e dell'arbitrato, né sono esperibili in ipotesi determinate e circoscritte, come accade per le riserve in materia di lavori pubblici nel caso di accordo bonario. L'ambito oggettivo di applicazione, invece, è ristretto alla materia degli appalti pubblici.

5. Il parere di precontenzioso affidato all'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici e l'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale.

Tra i modelli di ADR specificamente concepiti per il settore degli appalti pubblici, particolarmente interessanti sono il parere di precontenzioso rimesso all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici *ex art. 6, comma 7, lett. n)* e l'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale *ex art. 243 bis*.

Si tratta di istituti che si caratterizzano per un ambito di applicazione più limitato *ratione materiae*, rispetto alla transazione e all'accordo bonario, ancorché più esteso sotto il profilo delle posizioni giuridiche soggettive che possono costituirne oggetto. Non sono limitati alla risoluzione di controversie vertenti su diritti soggettivi, come nel caso della transazione e dell'arbitrato, né sono esperibili in ipotesi determinate e circoscritte, come accade per le riserve in materia di lavori pubblici nel caso di accordo bonario.

L'ambito oggettivo di applicazione, invece, è ristretto alla materia degli appalti pubblici. Il parere di precontenzioso affidato all'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici si inserisce in un quadro generale in cui il rapporto tra autorità (in senso lato) e consociati va evolvendosi verso forme

condivise di regolazione di interessi⁴⁰; improntate alla persuasività delle soluzioni prospettate⁴¹. L'ambito di applicazione è circoscritto alla c.d. fase procedimentale e pubblicistica antecedente alla stipulazione del contratto, potendo investire questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara (Art. 6, comma 7, lett. n) del codice dei contratti). Esso si svolge davanti all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici e, diversamente dall'accordo bonario, che può operare nella fase negoziale e privatistica del contratto di appalto pubblico, ha ad oggetto la fase di esercizio del potere amministrativo.

Questo istituto, però, risente di una certa ambiguità in quanto per errore ricondotto sia alla funzione paragiurisdizionale, sia a quella più schiettamente consultiva⁴². La portata innovativa del testo originario della bozza di decreto, che intendeva attribuirgli una funzione conciliativa e precontenziosa, è stata fortemente ridimensionata per effetto dell'intervento del Consiglio di Stato. Questo ha subordinato all'emanazione di una legge *ad hoc* la possibilità di affidare a una autorità indipendente un'attività definita "paracontenziosa". La bozza di decreto devolveva all'Autorità il compito di svolgere "su iniziativa delle parti, attività di composizione delle controversie insorte tra stazioni appaltanti ed operatori economici durante le procedure di gara, in tempi ristretti e comunque non superiori a venti giorni". Nel suo parere il Consiglio di Stato ha tuttavia formulato l'obiezione che si sarebbe così ecceduto il limite della necessaria conformità alla delega, perché quest'ultima non conteneva previsioni tali da giustificare l'innovazione: "pur comprendendo la *ratio* che giustifica una tale disposizione, tendente ad introdurre un meccanismo precontenzioso, si osserva che si tratta dell'attribuzione all'Autorità di una funzione precontenziosa, non prevista nei criteri fissati dalla legge delega" (Cons. St., parere n. 355/06 sullo schema del codice dei contratti). La disciplina generale, oggi contenuta nell'art. 6, comma 7, lett. n) del codice dei contratti, dispone che l'Autorità di vigilanza, oltre a svolgere i compiti espressamente previsti da altre norme, "su iniziativa della stazione appaltante e di una o più delle altre parti, esprime parere non vincolante relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara eventualmente formulando una ipotesi di soluzione". La disciplina di dettaglio della procedura è contenuta nel regolamento di attuazione dell'Autorità del 10 ottobre 2006.

Quanto agli aspetti procedurali, l'istanza può essere proposta dalla stazione appaltante, da un privato o da portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati. Nel primo caso, è onere della stazione appaltante, a pena di inammissibilità, assumere spontaneamente l'impegno a non modificare la situazione esistente fino alla pronuncia dell'Autorità. Nel caso di istanza proposta dal privato è l'Autorità che rivolge l'invito alla stazione appaltante e si ottiene un risultato assimilabile a quello garantito dalla tutela cautelare. Il regolamento dell'Autorità precisa che la stazione

⁴⁰ Si pensi all'importanza che ha assunto nel corso del tempo l'istituto degli accordi non solo tra pubbliche amministrazioni, ma anche tra amministrazioni e privati, soprattutto dopo le modifiche apportate all'art. 11 della legge n. 241/1990 dalla legge n. 15/2005. Sul tema tra gli altri G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003; C. MAVIGLIA, *Accordi con l'amministrazione pubblica e disciplina del rapporto*, Milano, 2002; S. PENSABENE LIONTI, *Gli accordi con la pubblica amministrazione nell'esperienza del diritto vivente*, Torino, 2007; P. GRAUSO, *Gli accordi della pubblica amministrazione con i privati*, Milano, 2007. Sul tema della partecipazione della società civile alle decisioni adottate dai pubblici poteri, S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, n. 1, p. 3 ss.

⁴¹ Sul tema tra gli altri si vedano A. CLARIZIA, *Il c.d. precontenzioso tra deflazione dei processi ed effettività dei poteri dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in www.giustamm.it.

⁴² Sulla questione vedi tra gli altri F. CINTIOLI, *op. cit.*, p. 53 ss. il quale evidenzia come gli adattamenti imposti nel passaggio al testo di legge hanno determinato una certa ambiguità della natura e della relativa classificazione, oscillante tra le figure dell'attività (talora definita) paracontenziosa e assimilata perciò in qualche misura alla funzione giurisdizionale, dell'attività precontenziosa, ascrivibile al *genus* della conciliazione-mediazione, e dell'attività consultiva.

appaltante, una parte interessata, ovvero più parti interessate possono, singolarmente o congiuntamente, rivolgere all'Autorità istanza di parere, non richiedendo il consenso della stazione appaltante. Possono altresì presentare istanza di parere i soggetti portatori di interessi pubblici o privati, nonché portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, in persona del soggetto legittimato ad esprimere all'esterno la volontà del richiedente, in tal modo. Si esplicita così in modo estensivo l'ambito di legittimazione soggettiva previsto dal Codice. È previsto che la partecipazione degli interessati al procedimento sia solo eventuale, spettando all'ufficio del precontenzioso valutare l'opportunità di procedere alla audizione delle parti: la mancata instaurazione di una fase di contraddittorio impone all'Autorità di fondare la propria valutazione sulla base degli elementi di fatto in suo possesso, della documentazione e delle informazioni acquisite. Il potere decisorio spetta al Consiglio dell'Autorità: infatti, la commissione presenta a quest'ultimo lo schema di parere trasmesso dall'ufficio del precontenzioso, ma il Consiglio, in caso di dissenso con la commissione, adotta il proprio parere per la soluzione della controversia.

Le modifiche apportate nel testo definitivo hanno evidentemente tarpato le ali all'istituto del precontenzioso, ridotto a mero "parere non vincolante" su questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara su cui l'autorità può formulare, "solo eventualmente", ipotesi di soluzione.

In questo modo non si vincolano in alcun modo, né tantomeno si incentivano, le parti coinvolte nell'eventuale questione insorta a far ricorso al precontenzioso, ma neppure l'autorità, che non è tenuta a esprimersi in merito.

Ciò non solo esautorava quest'ultima di un ruolo importante, che potrebbe essere fatto rientrare pienamente nelle funzioni di un'autorità amministrativa indipendente, ma introduce piuttosto *ex lege* un disincentivo per le parti a far ricorso al precontenzioso (ci si può rivolgere all'autorità, ma questa non è tenuta a rispondere), privando il mercato dei contratti pubblici di uno strumento efficace per favorire la rapida risoluzione delle questioni insorte e la deflazione del contenzioso. Si è persa così un'occasione preziosa per incidere positivamente sull'efficienza del sistema giustiziale in un settore particolarmente importante in termini di impatto economico delle decisioni legislative.

La versione definitiva adottata nel codice dei contratti fugge il dubbio che si tratti di una sorta di funzione quasi-giurisdizionale, considerato che la valutazione finale dell'Autorità è definita parere non vincolante. Essa, però, lascia aperta la questione se si tratti di una vera e propria funzione consultiva. L'operatività dello strumento è circoscritta alla fase pubblicistica antecedente la stipulazione del contratto e sono dichiarate inammissibili le istanze presentate su una questione riguardante la fase successiva al provvedimento di aggiudicazione definitiva⁴³. È condizione di ammissibilità dell'istanza l'esistenza di una controversia insorta tra le parti interessate. La lite è in questo modo intesa come sostanziale contrapposizione di pretesa e contro pretesa⁴⁴. Anzi, se è già pendente un processo, l'istanza è inammissibile e il procedimento, se iniziato, a sua volta diventa improcedibile qualora nel suo corso venga da alcuno degli interessati proposto un ricorso giurisdizionale. Ciò rende l'istituto assolutamente alternativo al processo, contribuendo di fatto a privarlo della sua portata potenziale per le ragioni ricordate.

Piuttosto sarebbe stato opportuno imporre l'esperimento del tentativo di conciliazione innanzi all'autorità per tutte le questioni insorte in questa fase, prevedendo la sospensione dei termini per presentare il ricorso al giudice, di modo da non pregiudicare l'esercizio della tutela giudiziale, come è previsto nel precontenzioso francese.

⁴³ Art. 3 del regolamento di attuazione

⁴⁴ Sulla distinzione tra controversia in senso preventivo (quando la lite è potenziale, quindi extragiudiziale) ed in senso successivo (quando la lite è attuale, quindi giudiziale), F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, p. 1265 ss.

L'efficacia dell'istituto in termini di conciliazione delle liti e di deflazione del contenzioso è condizionata dalla formulazione della relativa disciplina. Questa, anche accogliendo l'invito del Consiglio di Stato a emanare una legge *ad hoc*, dovrebbe essere riscritta in modo da istituire l'obbligo per le parti coinvolte nelle procedure di gara di esperire un tentativo di conciliazione innanzi all'autorità di vigilanza sui contratti pubblici. A questa è subordinato l'avvio di un processo, i cui termini restano sospesi per la durata del procedimento, non superiore a quello entro cui l'autorità è tenuta a esprimersi.

Tuttavia, nella versione in vigore, il regolamento conferisce alla procedura particolare semplicità⁴⁵ e celerità, per coordinarsi con i brevi termini dei riti acceleratori peculiari degli appalti pubblici⁴⁶. Permane qualche dubbio, in considerazione della mancata previsione nel nostro Codice di una sospensione dei termini processuali, aggravata dalla previsione dell'improcedibilità dell'istanza che l'avvio del processo determina, esponendo la flebile speranza degli eventuali fiduciosi della conciliazione alla spada di Damocle di coloro che intendano impugnarla anche soltanto a scopi dilatori.

Eppure, per alcuni profili, la portata dell'istituto del precontenzioso riesce a superare gli stessi limiti imposti dalla versione seguita all'intervento del Consiglio di Stato. Si osserva, infatti, che la controversia sostanziale può dirsi esistente, rendendo ammissibile l'istanza, anche prima che venga adottato un atto amministrativo lesivo o lo stesso abbia acquisito efficacia, *dies a quo* per il decorso del termine per presentare il ricorso giurisdizionale⁴⁷. Inoltre, nell'esperienza di questi primi anni è frequente che la stazione appaltante si rivolga all'Autorità prima di adottare un certo provvedimento (ad esempio, il provvedimento di esclusione) e ne attenda il parere per adottare la decisione finale. Tale casistica può essere presa ad esempio per mostrare come le stesse amministrazioni, solitamente retinenti verso soluzioni transattive, possono mostrare interesse per forme di mediazione gestite in modo autorevole e competente. In questo modo, l'istituto del precontenzioso, ove opportunamente ridisegnato, potrebbe divenire un modello di riferimento in grado di essere replicato in altri momenti o profili del mercato dei contratti pubblici, ma anche fuori dallo stesso.

Così come ideato, l'istituto intende svolgere un ruolo deflattivo del contenzioso e di riduzione dei costi e dei tempi per le parti, con funzione pregiurisdizionale, in ragione della sua natura facoltativa, quanto all'attivazione, e non vincolante, quanto alla decisione, nonché del carattere particolarmente autorevole del soggetto investito della questione⁴⁸. Nell'idea del legislatore, il precontenzioso dovrebbe costituire espressione di una funzione consultiva che, oltre a dirimere le controversie

⁴⁵ Non sono previste particolari formalità e l'istanza va presentata sulla base di un apposito formulario, che privilegia la sinteticità espositiva, anche avvalendosi di procedure telematiche (ai sensi dell'art. 4, la trasmissione dell'istanza può aver luogo per posta elettronica certificata, *fax* o raccomandata).

⁴⁶ Lo si evince chiaramente dalla puntualità della disciplina specifica. In particolare, è disposto che i) entro cinque giorni dal ricevimento dell'istanza l'ufficio del precontenzioso apre l'istruttoria e rende noto l'avvio del procedimento (art. 5, comma 1); ii) entro dieci giorni dal ricevimento della comunicazione le parti, ove loro richiesto, presentano ulteriori informazioni e deduzioni sulla questione (art. 5, comma 3); iii) entro dieci giorni dalla data di avvio del procedimento istruttorio è effettuata l'audizione (eventuale) delle parti (art. 6, comma 4); iv) nel termine di dieci giorni dalla data di ultimazione dell'istruttoria il responsabile dell'ufficio del precontenzioso trasmette alla commissione la relazione istruttoria finale e lo schema di parere (art. 6, comma 8); v) l'ufficio del precontenzioso trasmette tempestivamente alle parti interessate la decisione della Commissione (art. 7, comma 6).

⁴⁷ È il caso delle clausole del bando diverse da quelle che contengono clausole escludenti, le prime non immediatamente lesive (ad esempio quelle clausole che riguardano i criteri di aggiudicazione), le seconde invece lesive.

⁴⁸ I dati reperibili testimoniano del fatto che le stazioni appaltanti sostanzialmente si attengono sempre all'invito (rivolto dall'Autorità quando l'istanza promana dal privato) "a non porre in essere atti pregiudizievoli ai fini della risoluzione della questione". Inoltre, le stazioni appaltanti mostrano di mantenere un livello molto elevato di adesione alle indicazioni fornite dall'Autorità alla conclusione del procedimento.

giudiziali, come nel caso del parere reso dal Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, può prestarsi a prevenire l'insorgere delle stesse⁴⁹.

Per le ragioni esposte, tuttavia, l'efficacia deflattiva dell'istituto potrebbe essere potenziata attribuendo all'esperimento del tentativo di conciliazione carattere pregiudiziale alla tutela giurisdizionale, salvo poche e giustificate eccezioni, e superando il timore di riconoscere allo stesso carattere paragiurisdizionale. L'istituto, infatti, integra un modello di mediazione in cui la particolare autorevolezza dell'organo conciliativo assume importanza decisiva, tanto da suggerire di utilizzarlo, con le opportune integrazioni di funzioni decisorie, come modello di mediazione applicata alle controversie di diritto pubblico cui improntare una possibile riforma dei ricorsi amministrativi, a iniziare dal settore degli appalti⁵⁰.

In questa prospettiva merita evidenziare gli sforzi della dottrina di recuperare il modello conciliativo legato alla funzione di "composizione della controversia"⁵¹. L'istituto diviene una forma di mediazione applicata a una particolare tipologia di controversie di diritto pubblico, che trova conferma in modelli analoghi utilizzati in ordinamenti vicini al nostro, come quello francese. In questo, l'autorevolezza del mediatore è oltremodo garantita dall'indipendenza dell'istituzione investita della funzione generale di vigilanza nel settore.

La proposta dell'Autorità, inoltre, potrebbe risultare rilevante per fondare una responsabilità amministrativa del funzionario qualora questi, disattendendola, provocasse un danno erariale e risulterebbe così più agevole per la Corte dei Conti dimostrare il raggiungimento della colpa grave. Inoltre, la stessa formulazione dell'ipotesi di soluzione dovrebbe determinare un dovere di esame in capo alla stazione appaltante ed un correlativo affidamento in capo all'istante, come già la giurisprudenza precedente sembrava aver intuito in relazione a tutti gli avvisi emanati dall'Autorità nell'esercizio della sua funzione di vigilanza. La stazione appaltante che volesse discostarsi dal parere potrebbe essere tenuta a offrire congrua motivazione, come prevede la tradizione per l'ordinaria funzione consultiva. Anche per questo dovrebbe riflettersi sull'opportunità di affiancare al precontenzioso, a date condizioni e presupposti, una funzione decisoria dell'Autorità, sempre con

⁴⁹ Il regolamento definisce causa di inammissibilità dell'istanza l'assenza di una controversia insorta tra le parti interessate (art. 3). In dottrina F. CINTIOLI, *op. cit.*, p. 55 ss., ricorda che il regolamento sembra contribuire decisamente a fare dell'istituto una forma di mediazione applicata alle controversie di diritto pubblico rilevanti nell'ambito delle procedure di affidamento dei contratti pubblici di appalto. La previsione di una controversia quale condizione per l'accesso al procedimento e quale riferimento oggettivo della valutazione compiuta dall'Autorità è decisiva al riguardo.

⁵⁰ Dubbi sulla possibilità di annoverare i compiti di precontenzioso affidati all'Autorità di vigilanza tra le *alternative dispute resolution* sono stati espressi dall'allora Presidente dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, L. GIAMPAOLINO, *Il ruolo dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 1, p. 101 ss. e spec. p. 105 ss., il quale evidenzia che sotto alcuni profili, la risposta può essere positiva, in quanto la finalità della norma è certamente quella di evitare il ricorso al giudice, dal momento che la parte interessata o addirittura entrambe le parti coinvolte possono rivolgersi all'Autorità per chiedere una "pronuncia" sulla controversia (sorta o potenziale). Tuttavia, se si ha riguardo a "la natura della pronuncia dell'Autorità, non v'è dubbio che essa non possa assumere alcuna connotazione di decisione – vincolante o non – per le parti". Ne conseguirebbe che "lo strumento in esame non sembra potersi configurare come procedura alternativa in senso tecnico rispetto alla lite giudiziaria (o arbitrale), ma come un'opportunità ulteriore alle parti coinvolte nella controversia".

⁵¹ F. CINTIOLI, *op. cit.*, p. 55 ss.: "(...) se è vero che la parola parere ha sostituito l'originario riferimento alla composizione della controversia, nondimeno un tale parere può anche contenere la formulazione di un'ipotesi di soluzione; un'espressione, questa, che, se pure lontana dall'idea di una attività paracontenziosa, alla quale il Consiglio di Stato si è richiamato, è invece molto vicina al *proprium* della mediazione. Né può trascurarsi il fatto che per il legislatore nazionale la conoscenza del "tipo" conciliazione-mediazione fosse tutt'altro che agevole o consolidata, vista l'assoluta sua rarità nelle controversie pubblicistiche. Sicché l'aver definito la proposta dell'Autorità come parere non può oggi avere un valore di qualificazione tale da sgombrare del tutto il campo dal modello conciliativo".

la previsione ulteriore di una sospensione del termine processuale d'impugnazione.

Tali riflessioni consentirebbero di rilanciare in chiave moderna i ricorsi amministrativi giustiziali nei confronti della pubblica amministrazione e aiuterebbero, tra le altre cose, a superare alcuni limiti imposti nel recepimento della direttiva ricorsi dall'adozione di istituti finalizzati a garantire maggiore effettività di tutela (*standstill period* e sospensione della stipula del contratto), che di fatto allungano la durata del procedimento e dilazionano la tutela. Ciò, tuttavia, in linea con l'esperienza di altri Stati membri, potrebbe offrire uno spazio di intervento alle procedure di ADR, consistenti in forme di mediazione non vincolante, o in ricorsi di amministrazione contenziosa, purché rapidi ed efficaci, in quanto sottoposti a termini brevi, di modo da evitare che l'esperimento di un tentativo di conciliazione, mediazione o tutela giustiziale amministrativa si traduca in un ulteriore allungamento dei tempi per la stipula del contratto e per la presentazione del ricorso.

In questa prospettiva assume interesse anche l'istituto sull'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso, disciplinato dall'art. 243^{bis} del Codice, introdotto dall'art. 6 del d.lgs. n. 53/2010, che concerne le controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di contratti pubblici⁵².

Si tratta di un istituto finalizzato a instaurare un contraddittorio pre-giurisdizionale tra la stazione appaltante e i soggetti che intendono proporre ricorso nei suoi confronti al fine di offrire un'occasione di conciliazione e deflazionare le corti. Questa l'intenzione del legislatore che emerge dall'originaria collocazione dell'istituto nel titolo I della parte IV dello schema di decreto di recepimento della direttiva ricorsi, dedicato agli strumenti di risoluzione delle liti diversi dal processo giurisdizionale, secondo uno schema superato nella versione definitiva.

La nuova disciplina impone ai ricorrenti di informare le stazioni appaltanti della presunta violazione e dell'intento di proporre ricorso, ma l'obbligo sancito dalla legge non è coperto da adeguata sanzione. La comunicazione può essere presentata fino a quando l'interessato non abbia notificato un ricorso giurisdizionale e l'inosservanza di tale obbligo costituisce comportamento valutabile ai fini della decisione sulle spese di giudizio, nonché ai sensi dell'art. 1227 c.c. (art. 243 *bis*, comma 2 e 5). Tuttavia, la violazione dell'obbligo di esperire lo strumento conciliativo non preclude l'accesso alla tutela giurisdizionale, né prevede alcuna sanzione certa. Ciò limita fortemente l'efficacia deflattiva dello strumento stesso, ridotto sostanzialmente a mero onere formale.

Sul punto qualcuno parla di "genetica (e per certi versi ineludibile) incapacità deflattiva dell'istituto", legata al necessario rispetto del diritto di azione e di difesa costituzionalmente riconosciuto e tutelato all'art. 24 Cost., valutazione che tuttavia, ove ritenuta valida in questo contesto, potrebbe replicarsi per tutti i casi di ADR o forme di conciliazione o mediazione obbligatoria pregiurisdizionale, e contrasterebbe con gli esempi seguiti in altri paesi, oltre che con la nozione di giurisdizione amministrativa adottata in questo capitolo. Destinatario dell'informativa è il responsabile del procedimento, cioè l'organo per mezzo del quale la stazione appaltante, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'informativa, comunica le proprie determinazioni in ordine ai motivi indicati dall'interessato, stabilendo se intervenire o meno in autotutela. Una sorta di ricorso amministrativo, qualificabile in opposizione, in quanto diretto alla stessa autorità agente, ma non avente necessariamente ad oggetto il provvedimento amministrativo conclusivo del procedimento (l'aggiudicazione), ma esperibile per lamentare l'illegittimità di qualunque altro atto della procedura autonomamente lesivo della sfera giuridica dell'interessato, come il caso dell'atto di esclusione dalla gara.

La norma non prevede in modo esplicito le conseguenze dell'esercizio di questa facoltà, soprattutto in rapporto alla possibilità di esperire comunque la tutela giurisdizionale, privando oltremodo di

⁵² Art. 244, comma 1, codice dei contratti pubblici e art. 133 comma 1, lett. e), n. 1, c.p.a.

efficacia deflattiva l'istituto in esame. Il legislatore disciplina, invece, l'ipotesi in cui il procedimento instaurato con l'informativa abbia esito negativo⁵³. La legge, pertanto, sta bilisce una sorta di "indifferenza" giuridica tra l'informativa e il procedimento di gara, da una parte, e il ricorso giurisdizionale, dall'altra: il ricorso all'istituto in esame, al di là dell'obbligatorietà meramente formale, non ha effetti né sul decorso del termine dilatorio per la stipulazione del contratto, né sul decorso del termine previsto per agire in sede giurisdizionale.

6. La transazione e l'accordo bonario.

Tra le altre forme di tutela extragiudiziale previste nel settore dei contratti pubblici, meritano un cenno anche la transazione 117 e l'accordo bonario, che possono avere ad oggetto le controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture. Anche in questi casi la disciplina prevista presenta limiti all'operatività degli istituti.

La transazione è istituto di origine civilistica disciplinato dall'art. 1965, comma 1, c.c. in forza del quale le parti facendosi reciproche concessioni pongono fine a una lite iniziata, oppure prevengono una lite che può sorgere tra loro. Si possono in tal modo creare, modificare o estinguere anche rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesa o della contestazione delle parti. Con la transazione le parti rinunciano reciprocamente a un'azione per la composizione di una controversia e le reciproche concessioni valgono a distinguere tale forma di composizione extragiudiziale della lite da altre tipologie quali ad esempio l'arbitrato⁵⁴.

L'ammissibilità della transazione come strumento di tutela extragiudiziale anche nelle questioni di diritto pubblico trova fondamento in alcune disposizioni risalenti al 1923-1943⁵⁵. Dopo una iniziale titubanza della dottrina, l'impostazione prevalente ha ammesso la transazione sia nelle controversie riguardanti i rapporti di diritto privato, sia in quelle relative a rapporti di diritto pubblico⁵⁶. Si è così sostenuto che, il carattere indisponibile dei pubblici poteri non è di ostacolo al riconoscimento della transazione anche nell'area pubblicistica, ove si consideri che tali poteri sono adattabili e

⁵³ Nel caso di inerzia, il silenzio della stazione appaltante ha il significato di provvedimento negativo (diniego di autotutela, comma 4); più in generale, il diniego totale o parziale di autotutela, espresso o tacito, è impugnabile solo unitamente all'atto cui si riferisce, ovvero, se quest'ultimo è già stato impugnato, con motivi aggiunti (comma 6). Quanto alle ulteriori conseguenze dell'inerzia, occorre osservare come la posizione della stazione appaltante sia parificata a quella di colui che non adempie all'obbligo di informativa, quale comportamento valutabile ai fini della decisione sulle spese di giudizio, nonché ai sensi dell'art. 1227 c.c.

⁵⁴ Sulla transazione nel diritto civile si vedano tra gli altri A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2005, p. 886; E. VALSECCHI, *Gioco e scommessa. Transazione*, in A. CICU, F. MESSINEO (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale* vol. XXXVII, tomo 2, Milano, 1954; I. RADOCCIA, *Transazione e accertamento*, in *Giur. merito*, 2005, p. 5 ss.; F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 1239 ss.; F. CARNELUTTI, *La transazione un contratto?*, in *Riv. dir. priv.*, 1953, p. 187 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1975, p. 92; F. CARRESI, *Trattato di diritto civile italiano*, a cura di F. VASSALLI, Torino, 1966, p. 98 ss.; G. STOLFI, *La transazione*, Napoli, 1931; A. BUTERA, *Transazione*, in *Dig. it.*, XXVIII, 1925, p. 1966 ss.

⁵⁵ 118 L'art. 14, r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, recante nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato sanciva l'obbligo della previa acquisizione del parere del Consiglio di Stato prima di approvare atti di transazione riguardanti l'amministrazione, a prescindere dall'oggetto della controversia, in caso di superamento di una certa somma o nel caso l'amministrazione non intendesse uniformarsi all'avviso espresso dall'avvocatura erariale. L'art. 13, r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611, attribuisce all'avvocatura la funzione di predisporre transazioni d'accordo con le amministrazioni statali interessate o di esprimere pareri su quelle redatte dalle stesse amministrazioni.

⁵⁶ Tra gli altri, C. FERRARI, *Transazione della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur. Trecc.*, XXXI, Roma, 1994, p. 2; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, vol. III, Padova, 1914, p. 1563 ss.

trasformabili nel tempo e nelle situazioni che di volta in volta si presentano⁵⁷. Proprio al fine di perseguire il superiore interesse pubblico l'amministrazione può infatti ritenere necessario, oltre che opportuno, rinunciare a difendere la propria posizione innanzi a un giudice e transigere con la controparte, ma è comunque tenuta a motivare tale scelta. In questo contesto la motivazione deve risultare congrua, adeguata ed esauriente in quanto deve servire ad assicurare l'evidenza pubblica.

Anche nel settore del diritto pubblico la transazione è ammessa nei limiti della disponibilità della posizione giuridica soggettiva a monte. Pertanto non può avere ad oggetto diritti fondamentali, diritti politici dei cittadini, potestà di imposizione tributaria, o quella di infliggere sanzioni amministrative, come neppure è ammessa in materia di diritti del prestatore di lavoro aventi fondamento nella legge o in altri atti normativi. Il limite più importante, tuttavia, riguarda le posizioni giuridiche soggettive di interesse legittimo. Secondo alcuni ciò discenderebbe dallo stesso art. 1966 c.c. che fa riferimento solo ai diritti, nonostante la disponibilità dell'interesse legittimo risulta oggi riconosciuta dalla stessa giurisprudenza⁵⁸.

Sarebbe in particolare la natura stessa del potere amministrativo a escluderlo, in quanto non potrebbe essere condizionato da negozi intervenuti con privati che influenzino le ulteriori scelte dell'amministrazione a discapito di eventuali interessi di terzi e contro lo stesso principio di imparzialità dell'azione amministrativa⁵⁹.

Lo stesso art. 239 del codice dei contratti pubblici⁶⁰ limita la sfera di applicazione dell'istituto alle controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (anche al di fuori dei casi in cui è previsto il procedimento di accordo bonario ai sensi dell'art. 240) e rinvia al codice civile. La norma a essa dedicata precisa, poi, che: "Per le amministrazioni aggiudicatrici e per gli enti aggiudicatori, se l'importo di ciò che detti soggetti concedono o rinunciano in sede di transazione eccede la somma di 100.000 euro, è necessario il parere dell'avvocatura che difende il soggetto o, in mancanza, del funzionario più elevato in grado, competente per il contenzioso; il dirigente competente, sentito il responsabile del procedimento, esamina la proposta di transazione formulata dal soggetto aggiudicatario, ovvero può formulare una proposta di transazione al soggetto aggiudicatario, previa audizione del medesimo; la transazione ha forma scritta a pena di nullità".

La soluzione rimediale del modello transattivo presuppone la volontaria disposizione degli interessi sostanziali in gioco per procedere a una nuova allocazione delle reciproche prestazioni, che derivano da un nuovo assetto di interessi. Tale modello, quindi, non affida la decisione della controversia a una pronuncia definitiva dei diritti e doveri delle parti, differenziandosi nettamente dagli altri rimedi che prevedono, invece, una decisione diversa da un accordo tra le parti. Sostanzandosi in un incontro della volontà delle parti, la proposta di transazione può provenire sia

⁵⁷ Tra gli altri, E. MELE, *La transazione nei rapporti amministrativi*, in *Amm. it.*, 1950, p. 511; E. GUICCIARDI, *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, I, p. 125, L. FORMENTIN, *Transazione nel diritto amministrativo*, in *Dig. pubbl.*, XV, Torino, 1999, p. 315 ss.

⁵⁸ Si veda in proposito Cassazione civile, 22 gennaio 1982, numero 4322, secondo cui può formare oggetto di transazione la rinuncia di impugnare una concessione edilizia illegittima.

⁵⁹ P. CHIRULLI, P. STELLA RICHTER, *Transazione (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Milano, XLIV, 1992, p. 869, che parla di irrinunciabilità della potestà amministrativa, intesa come necessità che le scelte pubbliche avvengano mediante un imparziale comparazione degli interessi, e di esigenza di salvaguardare posizioni di terzi.

⁶⁰ In particolare quanto alle transazioni con la pubblica amministrazione, G. GRECO, *Transazioni e pubblica amministrazione (problemi teorici e pratici)*, in M.P. CHITI, F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Forme alternative di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione ed effettività della tutela*, Bologna, 2009, p. 93 ss.; S. STICCHI DAMIANI, *Sistemi alternativi alla giurisdizione (Adr) nel diritto dell'Unione europea. L'incidenza del network europeo di Adr sull'organizzazione amministrativa degli Stati membri ed il recente sviluppo delle "Adr amministrative"*, Milano, 2004.

dal soggetto aggiudicatario, sia dal responsabile del procedimento, previa audizione del soggetto aggiudicatario⁶¹. Oggi, pertanto, la transazione tra pubblica amministrazione e privati si configura come un normale accordo negoziale, in larga parte assimilabile al corrispondente istituto privatistico, nei limiti delle necessarie cautele che circondano la c.d. evidenza pubblica cui va improntato l'agere dell'amministrazione e nei limiti della disponibilità dei diritti⁶².

La configurabilità di tali limiti nei rapporti di diritto pubblico, sia pure giustificata da valide esigenze di cautela, è tuttavia suscettibile di condizionare fortemente la portata deflattiva dell'istituto e l'efficacia dello stesso quale strumento alternativo di composizione delle controversie. Secondo parte della dottrina, l'indisponibilità e la conseguente intransigibilità dei diritti si verificherebbe solo con riguardo ai diritti pubblici soggettivi spettanti all'amministrazione, in ragione della loro rilevanza collettiva e non agli interessi legittimi, in quanto situazioni giuridiche riferibili a privati⁶³. Sotto un secondo profilo, vengono in rilievo l'irrinunciabilità dei poteri pubblici e l'inderogabilità della relativa disciplina legislativa, che non consentirebbe di trovare alcun fondamento normativo per la transazione sui rapporti pubblicistici, né come modello funzionale, né come figura contrattuale. Ciò sulla base dei principi di tassatività e tipicità dei poteri pubblici e di legalità: la disciplina completa ed inderogabile dei pubblici poteri precluderebbe la possibilità di un concreto esercizio del potere secondo modalità transattive e compositive, non contemplate dalla legge.

Tuttavia, secondo un'impostazione diversa, l'inderogabilità delle norme risiede semplicemente nella presunzione di conformità all'interesse pubblico e la composizione transattiva rappresenta una modalità di integrazione e di attuazione in concreto della disciplina posta dalla norma inderogabile, consentendo la soddisfazione dell'interesse pubblico concreto, identificato e perseguito dalla pubblica amministrazione nei modi più opportuni, ma sempre conformemente all'interesse pubblico generale presidiato da tale norma⁶⁴. Ne consegue che il fondamento della funzione transattiva andrebbe rintracciato nella sua azione finalizzata ad agevolare un efficace passaggio dall'interesse pubblico generale all'interesse pubblico concreto o, anche, dalla legalità formale alla legalità sostanziale⁶⁵. Altri propongono un accostamento della transazione agli accordi di diritto pubblico

⁶¹ P. POZZANI, L'arbitrato in materia di appalti di opere pubbliche, in www.giustamm.it.

⁶² Sul punto si vedano P. CHIRULLI, P. STELLA RICHTER, *op. cit.*, p. 868 ss.; G. FERRARI, *Contenzioso*, in P. DE LISE, R. GAROFALI (a cura di), *Codice degli appalti pubblici*, 2009, p. 1795 ss.; C. FERRARI, *Transazione*, cit., p. 1 ss.; G. GRECO, *Transazioni*, cit., p. 93 ss.

⁶³ F. CINTIOLI, *op. cit.*, p. 29, secondo cui "l'interesse legittimo, quale situazione soggettiva appartenente al privato gode dell'attributo della disponibilità. I poteri pubblici o, come soleva dirsi nella produzione scientifica di un tempo che fu, i diritti pubblici soggettivi spettanti all'amministrazione sarebbero invece indisponibili e, pertanto, intransigibili". In particolare, rinviando anche alle obiezioni mosse da Enrico Guicciardi "la ragion d'essere di siffatta indisponibilità starebbe nella circostanza che tali diritti o poteri non vivono in un rapporto giuridico bilaterale col privato, ma hanno una dimensione più ampia, che tocca la sfera giuridica di una serie di altri soggetti. Hanno, in breve, una rilevanza collettiva. Dal momento che interessano e toccano la collettività, tali poteri non sono liberamente disponibili in un rapporto bilaterale sinallagmatico, ma devono rispettare le condizioni ed i presupposti che la legge designa per il loro esercizio".

⁶⁴ La teoria si basa sull'assunto di E. GUICCIARDI, *op. cit.*, p. 63 ss., secondo cui ad ogni attività amministrativa corrispondono due interessi pubblici, uno di carattere generale (consistente nella conformità di essa alla legge) e l'altro specifico (ossia la soddisfazione dell'esigenza cui l'attività amministrativa è finalizzata): "Non si può stabilire 'a priori' alcuna regola, che permetta di discernere su quali rapporti giuridici speciali possa intervenire una transazione, ed in quali casi: perché il problema della transigibilità dei rapporti pubblici sorge, come si è chiarito, da un conflitto fra due interessi pubblici, e consiste nel decidere quale dei due debba essere sacrificato all'altro, ed in qual misura; sì che la sua soluzione è possibile soltanto mediante una valutazione, da compiersi volta per volta, delle circostanze che accompagnano le singole fattispecie".

⁶⁵ F. MERUSI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Milano, 2008, p. 479 ss.

previsti dall'art. 11 della legge n. 241/1990, ma nel contempo individuano nella mancanza di una norma espressa in materia la ragione della sussistenza dei limiti connessi ai principi di legalità e tassatività; conseguentemente, tali teorie contemplano come caratteri della transazione la prevalenza dell'interesse primario (o generale) su quello concreto, l'inapplicabilità ai poteri vincolati o fondati sulla discrezionalità tecnica e l'ineidoneità a comportare il ritiro di un atto amministrativo⁶⁶.

Dal canto suo, la giurisprudenza risulta meno incline ad ammettere la transazione nel campo dei poteri funzionali, negando la possibilità che la sua conclusione implichi la rinuncia ai poteri di autotutela e fissando, così, un primo limite alla composizione degli interessi che si vorrebbe definire a titolo convenzionale. Ciò deriverebbe dal presupposto che la transazione su rapporti di diritto pubblico è modificabile in sede di autotutela e che, in ogni caso, essa non può comportare deroghe alla disciplina legislativa sull'evidenza pubblica. Lo stesso Consiglio di Stato sostiene che il rispetto dell'autotutela non può limitare l'operatività della transazione nei rapporti di diritto pubblico: la pubblica amministrazione non rinuncia al potere di autotutela quando inserisca in quest'ultima un atto di esercizio di potere pubblico. Gli atti restano comunque sottoposti all'autotutela. Inoltre, la circostanza che il potere sia esercitato attraverso la transazione potrà incidere sull'affidamento del privato (tutelabile in sede giurisdizionale), costituendo un limite all'esercizio della discrezionalità strumentale alla facoltà di ritiro⁶⁷.

Pur nel rispetto delle necessarie cautele richieste dalla delicatezza degli interessi (pubblici) coinvolti, merita di evidenziare lo sforzo di parte della dottrina nel sostenere l'operatività e l'efficacia dell'istituto anche nei rapporti con le pubbliche amministrazioni, con la conseguenza di riconoscere alla transazione una portata ampia, in ragione della sua capacità di adattare l'interesse generale a quello concreto, individuando nel principio di legalità non un limite, ma un immanente criterio cui la pubblica amministrazione deve improntare l'esercizio dei propri poteri e della propria discrezionalità nel procedere alla composizione coi privati. Ne consegue che, pur nel rispetto di alcuni limiti derivanti dalla legge, la transazione sui rapporti di diritto pubblico è ammissibile nell'ordinamento italiano anche quando incide con effetto costitutivo, modificativo o estintivo sui poteri pubblici, non solo discrezionali, ma anche vincolati e caratterizzati dall'esercizio di discrezionalità tecnica. Ciò consente di sostenere e riconoscere un'operatività progressivamente maggiore alla transazione, anche in considerazione del ruolo propulsivo esercitato dal principio di effettività della tutela giurisdizionale sul fenomeno delle ADR e, in generale, sui mezzi di risoluzione delle controversie con le amministrazioni alternative alla tutela giurisdizionale.

In questa prospettiva, la transazione si pone come strumento utile a disposizione dell'amministrazione per ponderare l'insieme degli interessi emergenti nella singola fattispecie e ricercare la composizione della lite sul terreno dell'interesse pubblico concreto, avendo riguardo al risultato e alla pienezza delle valutazioni di merito.

Nella prospettiva di incentivare le forme di tutela alternative alla giurisdizione, in grado di produrre un effetto deflattivo del contenzioso giurisdizionale, la disciplina in vigore in materia di contratti

⁶⁶ G. GRECO, Accordi amministrativi, cit., ID., Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio), in *Dir. amm.*, 2005, p. 223 ss.

⁶⁷ Cons. St., sez. VI, 2 agosto 2004, n. 5365; TAR Puglia, Bari, sez. I, 22 dicembre 2008, n. 2929. In proposito F. CINTIOLI, *op. cit.*, p. 38 s., osserva che gli orientamenti giurisprudenziali nel settore delle gare pubbliche "giungono ad affermare perentoriamente che una transazione conclusa ex art. 11 non possa determinare una deroga ragionevole e misurata (o, se si preferisce, una sorta di 'correzione') alle procedure ordinarie per la scelta del contraente. In particolare, tra le righe della sentenza della sezione VI, sembra rilevare una considerazione negativa verso la concreta determinazione transattiva". In molti casi giurisprudenziali si sostiene che la PA non può derogare "liberamente" all'obbligo di gara attraverso la qualificazione di un accordo come transazione, ma ciò non impone una assoluta rigidità nel perfezionamento di una transazione pubblicistica in base alle norme sulle gare pubbliche.

pubblici prevede la possibilità di esperire l'accordo bonario. Si tratta di uno strumento concepito in funzione delle esigenze peculiari della materia dei lavori pubblici e finalizzato a comporre in una fase precontenziosa e transattiva le eventuali divergenze tra stazione appaltante ed esecutore di lavori sulle riserve apposte al contratto, evitando che la proposizione di un ricorso possa pregiudicare la prosecuzione del rapporto contrattuale. L'istituto è comunque utilizzabile in altri ambiti, come l'espropriazione per pubblica utilità, disciplinata dal d.lgs. n. 327/2001. Si tratta di un modello di risoluzione stragiudiziale delle controversie tipizzato dal legislatore, attualmente disciplinato dall'art. 240 del codice dei contratti pubblici, che ha recepito le norme in materia precedentemente contenute nella legge Merloni⁶⁸.

Il codice dei contratti pubblici estende l'obbligo di ricorrere all'istituto in esame nelle controversie insorte nel corso dell'esecuzione di lavori pubblici, servizi e forniture, nei settori ordinari e nei settori speciali, qualora a seguito di contestazioni dell'esecutore del contratto verbalizzate nei documenti contabili l'impatto economico controverso sia non inferiore al 10% dell'importo contrattuale originariamente stipulato. Possono ricorrere all'accordo bonario le amministrazioni aggiudicatrici, gli enti aggiudicatori dei settori speciali e i concessionari anche se non amministrazione aggiudicatrici⁶⁹. Come chiarito dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, il limite economico previsto per l'utilizzabilità dell'istituto si spiega in considerazione della volontà del legislatore di riservare allo stesso carattere eccezionale: il valore economico della controversia deve essere significativo in rapporto all'entità dell'appalto, cioè tale da costituire un serio impedimento al regolare svolgimento del rapporto contrattuale⁷⁰. Poiché è attivabile in corso di esecuzione del rapporto, l'istituto si pone quale procedura di carattere eccezionale rispetto alla tradizionale trattazione delle riserve, che ne rinvia la definizione al collaudo finale.

L'accordo bonario risente di quella particolare commistione tra diritto privato e diritto pubblico peculiare della disciplina dell'appalto di lavori pubblici, connotandosi come modello di conciliazione valutativa fortemente amministrata e come procedimento obbligatorio condizionato da precisi presupposti e requisiti. Al tentativo di definizione della controversia attraverso accordo bonario è riconosciuto carattere obbligatorio. In capo all'appaltatore è riconosciuta una situazione giuridica soggettiva pretensiva di interesse legittimo all'osservanza da parte dell'amministrazione delle norme procedurali che regolano la definizione bonaria, che è tutelabile dinanzi al giudice amministrativo in caso di inerzia della stazione appaltante⁷¹. Indicativa sarebbe la permanenza della figura del responsabile del procedimento, che nell'accordo bonario assume un ruolo determinante,

⁶⁸ Modifiche alla legge Merloni erano state introdotte dalla legge n. 166/2002, che aveva novellato l'art. 31 *bis* della legge n. 109/1994, lasciando però inalterato il testo del regolamento di attuazione (art. 149, d.p.r. n. 554/1999).

⁶⁹ In questo caso mancando la figura del responsabile del procedimento al quale è affidata la relativa istruttoria ai sensi dell'art. 241, comma 3, questa viene effettuata dal soggetto individuato *ex art.* 10, comma 9 del codice dei contratti pubblici.

⁷⁰ Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, determinazione 30 maggio 2007, n. 5.

⁷¹ Sul punto R. DE NICTOLIS, *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici*, Milano, 2007, p. 30 ss.; M.G. AMORIZZO, *L'accordo bonario*, in AA.VV., *La tutela in tema di appalti pubblici*, Napoli, 2007, p. 602 ss., secondo cui l'accordo bonario ha natura privatistica, ma la funzionalizzazione al perseguimento di interessi pubblici conferisce al relativo procedimento natura pubblicistica e alla posizione giuridica soggettiva del privato consistenza di interesse legittimo. Nello stesso senso B.G. CARBONE, *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, a cura di A. CLARIZIA, A. CARULLO, Padova, 2000. *Contra*, P. DE LISE, *Commento all'articolo 31 bis legge Merloni*, in L. GIAMPAOLINO, M.A. SANDULLI, G. STANCANELLI (a cura di), *Commento alla legge quadro sui Lavori Pubblici fino alla Merloni ter*, Milano, 1999, p. 529 ss., secondo cui l'ipotesi in cui l'amministrazione omette il tentativo di accordo bonario deve essere assimilata a quelle in cui tale accordo fallisca, con la conseguenza che diventa possibile per l'appaltatore il ricorso immediato all'azione giudiziaria innanzi al giudice competente o all'arbitrato per la definizione nel merito della controversia.

al punto da riconoscere la tutela giurisdizionale amministrativa dell'interesse legittimo pretensivo a che il responsabile non resti inerte nella promozione del procedimento e nella nomina della commissione⁷². La commistione tra profili civilistici e privatistici influenza anche il dibattito sulla qualificazione della fattispecie, che secondo parte della dottrina trova fondamento e natura pubblicistica nell'art. 11 della legge n. 241/1990⁷³, mentre secondo l'orientamento ormai prevalente viene assimilata agli istituti contrattuali di diritto privato, conformemente al dettato normativo dell'art. 240.

L'accordo ha natura contrattuale e si forma con l'incontro della volontà delle parti sensi l'art. 1326 c.c., che trova concretizzazione nel reciproco ricevimento della comunicazione della controparte sulle determinazioni in ordine alla proposta formulata dalla commissione⁷⁴.

Il Codice disciplina il procedimento e i modi di operare della commissione a seconda che questa si limiti a formulare una proposta di accordo bonario rimessa all'accettazione delle parti, ovvero che queste decidano di affidare alla commissione il potere di assumere decisioni vincolanti e, quindi, perfezionare per loro conto l'accordo bonario. Le ipotesi incidono sulla natura autonoma o eteronoma dell'accordo bonario, che in ogni caso rientra tra le ADR: nel primo caso si ha una mediazione, dalla quale può scaturire un libero accordo cui si attribuisce natura di transazione, mentre il conferimento alla commissione del potere di emettere una decisione vincolante si risolve in un arbitrato irrituale⁷⁵. La portata delle valutazioni della commissione può non essere limitata a profili di legittimità e di stretto diritto, consentendo di fornire osservazioni utili alla definizione del rapporto contrattuale tra le parti.

Comunque, la *ratio* dell'accordo bonario è quella di agevolare, con la formulazione della proposta, una soluzione conciliativa della controversia e per questo assume rilevanza in un'ottica di deflazione del contenzioso e ancor prima di semplificazione e di snellimento del rapporto tra amministrazione e privati.

La disciplina è informata a principi di indipendenza del mediatore (dato che la commissione deve fornire garanzie di competenza e imparzialità, a pena di astensione o incompatibilità), di

⁷² F. ASTONE, Strumenti di tutela e forme di risoluzione bonaria del contenzioso nel codice dei contratti pubblici, in www.giustamm.it.

⁷³ E. STICCHI DAMIANI, *La definizione consensuale delle riserve*, in *L'appalto di opere pubbliche*, a cura di R. VILLATA, Padova, 2001, p. 841 ss.

⁷⁴ Sul punto G. FERRARI, *Accordo bonario*, in R. GAROFOLI, G. FERRARI (a cura di), *Codice degli appalti pubblici*, Roma, 2007, p. 1810 ss.; F. ASTONE, *op. cit.*; R. DE NICTOLIS, *La definizione precontenziosa delle controversie (precontenzioso davanti all'autorità di vigilanza, transazione, accordo bonario)*, in R. DE NICTOLIS (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Milano, 2007, p. 427; G. GRECO, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 223 ss. La componente privatistica sarebbe assolutamente prevalente, consentendo di ricondurre tale istituto nell'alveo della transazione per F. MANGANARO, *Strumenti giuridici alternativi alla tutela giurisdizionale nell'ordinamento amministrativo italiano*, in www.giustamm.it, il quale propende per una soluzione in chiave privatistica del problema della natura giuridica dell'accordo bonario. Tre tesi sono state avanzate: a) che si tratti di un procedimento conciliativo tout court; b) che l'istituto costituisca una tipologia specifica rientrante nell'ambito degli accordi amministrativi; c) che vada ricondotto allo schema civilistico della transazione. Si è escluso, innanzi tutto, che possa parlarsi di conciliazione, perché, nel caso in questione, manca un soggetto terzo, investito del compito di effettuare una mediazione qualificata tra i soggetti in lite. Non sembra neppure applicabile la disciplina dell'accordo ex art. 11, legge n. 241/1990, dal momento che esso è incentrato sulla titolarità, da parte dell'amministrazione, di un potere discrezionale, non presente nei casi di accordo bonario, che hanno ad oggetto pretese di diritto soggettivo vantate dall'affidatario. Tale impostazione trova oggi conferma nel dato testuale (art. 240, comma 18) e nelle nuove modalità che rafforzano la paritarietà del rapporto e prevedono un soggetto terzo, una Commissione, per appalti di particolare valore economico.

⁷⁵ Per un'analisi della procedura e delle relative modifiche è presente in N. GIALONGO, *L'accordo bonario e l'arbitrato dei contratti pubblici dopo il d.lgs. 53/2010*, in www.giustamm.it.

contraddittorio, di efficacia, di legalità, di libertà e di equità. Tuttavia, parte della dottrina ritiene che l'elasticità e la libertà proprie della transazione, finiscano ingessate nell'accordo bonario in uno schema fortemente procedimentalizzato e determinato dalla legge, che innesta nel modello elementi che consentono di avvicinarlo in qualche misura all'arbitrato⁷⁶.

L'accordo bonario rappresenta un ulteriore esempio di strumento alternativo di tutela del privato nei rapporti con la pubblica amministrazione, che può agevolare lo svolgimento del rapporto contrattuale, riducendo i tempi di definizione dello stesso e può svolgere in tal senso un'importante funzione deflattoria del contenzioso. Per questo motivo è senz'altro positiva l'estensione dell'obbligo di ricorrere a tale istituto nell'esecuzione di lavori, servizi e forniture nei settori speciali, oltretutto ordinaria operata dal codice dei contratti. L'accordo bonario finisce per trascendere il sia pur rilevante ambito dei lavori pubblici, estendendo la propria operatività agli altri appalti e assurgendo a modello di mediazione disciplinato dalla legge e tendenzialmente applicabile, in sede di interpretazione estensiva, a una serie di rapporti di diritto pubblico. Positivi pertanto i tentativi di incentivare l'accordo bonario i cui risultati, tuttavia, sono apparsi poco soddisfacenti in dottrina.

L'autorità di vigilanza sui contratti pubblici pone in guardia circa il rischio di un'applicazione distorta dell'istituto che, pur essendo nelle previsioni del legislatore un istituto di carattere eccezionale destinato a risolvere situazioni di particolare criticità, viene spesso strumentalmente utilizzato dalle imprese per pervenire in tempi rapidi al riconoscimento di determinate richieste economiche, o per correggere la formulazione di offerte non pienamente ponderate in sede di appalto, o comunque recuperare parte del ribasso offerto⁷⁷. Ciò ha sovente creato il paradosso di fare dell'accordo bonario, anziché un istituto idoneo ad assicurare continuità all'attività di realizzazione dell'opera, un fattore di complicazione e di rallentamento della fase esecutiva, rischiando di snaturarne la missione tipica del fenomeno ADR.

Tali potenziali distorsioni contribuiscono a riconoscere valore alle opportune cautele richieste, ma non possono tuttavia, per i motivi sopra ricordati, indurre a un ridimensionamento dell'importanza di tutte le forme di tutela che anticipano e potenzialmente prevenono l'accesso alla tutela giurisdizionale⁷⁸.

Al contrario, gli esempi qui ricordati valgono a evidenziare l'importanza del fenomeno delle ADR anche nel diritto dei contratti pubblici e, potenzialmente, del diritto pubblico in generale, le cui potenzialità, tuttavia, non trovano ancora pieno riconoscimento nella disciplina legislativa, anche in considerazione della riluttanza della stessa giurisprudenza a riconoscerne il valore.

⁷⁶ P. POZZANI, *op. cit.* rileva che l'accordo bonario presenta un "sostanziale connotato transattivo", anche se prevalentemente collegato all'accezione volontaristica dell'istituto piuttosto che alla natura di rimedio affidato alla libera iniziativa e volontà delle parti.

⁷⁷ Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, determinazione 30 maggio 2007, n. 5, la quale per limitare tale distorsione richiama l'attenzione dei responsabili dei procedimenti nel valutare con attenzione una serie di punti. Il legislatore ha tentato di intervenire sulla questione con l'art. 3, comma 23, legge n. 244/2007 (legge finanziaria per il 2008), la quale ha dettato disposizioni in merito alla responsabilità disciplinare e contabile del responsabile del procedimento ed alla estinzione del diritto al compenso della commissione in caso di mancato rispetto dei termini. Sul tema si rinvia anche a R. DE NICTOLIS, *L'accordo bonario*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, VI, Milano, 2008, p. 3796 ss.

⁷⁸ 146 In tale prospettiva, potrebbero essere valutate quelle interpretazioni dei presupposti per fare ricorso all'istituto, che in un'interpretazione estensiva tendono ricomprendere quelle questioni che non sono state ancora formalizzate in riserve, ma che sono potenzialmente tali da ingenerare uno stravolgimento delle previsioni di spesa dell'ente aggiudicatore. Sul punto M. GENTILE, V. VARLARO SINISI, *Appalti pubblici: guida alla nuova normativa*, Rimini, 2002, che propone l'esempio delle incertezze relative a modifiche progettuali. Sulle riserve si rinvia tra gli altri A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1993, p. 883; V. BIAGGETTI, *Contenzioso*, in AA.VV., *Commentario al Codice dei contratti pubblici di lavori servizi forniture*, Torino, 2007, p. 591.

7. La ricerca di un giusto equilibrio con l'esercizio della funzione giurisdizionale.

Le brevi riflessioni proposte nelle pagine precedenti hanno inteso evidenziare l'importanza delle ADR nel settore del diritto pubblico. Pur nel rispetto delle necessarie cautele evidenziate, le ADR intese in senso ampio, tali da ricomprendere anche l'autotutela amministrativa, costituiscono oggi uno dei volti della giustizia amministrativa, in grado di favorire una tutela più rapida, snella, meno costosa e, conseguentemente, di agevolare la deflazione del contenzioso giurisdizionale.

Ciò non priva di importanza il ruolo del giudice amministrativo nell'esercizio della funzione giurisdizionale, ma contribuisce ad accrescerne il valore, quale "artefice del percorso di perfezionamento del sistema di giustizia", oltre che di "protagonista positivo e consapevole dei cambiamenti della società italiana"⁷⁹. In questo senso il diritto giurisprudenziale può supplire all'instabilità delle norme, superando il rapporto di complementarità con le stesse e favorendo l'evoluzione del rapporto tra giurisdizione e amministrazione⁸⁰.

Solo il contributo consapevole della giurisprudenza, infatti, può consentire di riconoscere "pienezza" alla tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione in un quadro di insieme più ampio, nel quale la giurisdizione amministrativa dialoga con le altre giurisdizioni e si coordina con forme alternative di tutela, in modo tale da rendere finalmente il cittadino il protagonista principale dell'intero sistema di tutela.

Tuttavia, in considerazione della stretta connessione tra diritto sostanziale e tutela del cittadino, resta da chiarire "com'è possibile, fin dove è possibile, la processualizzazione di questi mezzi di tutela, l'affinamento di essi allo scopo di farne degli efficienti strumenti di garanzia delle situazioni giuridiche degli amministrati"⁸¹. Nonostante l'evoluzione dei confini della giustizia amministrativa e del ruolo della giurisdizione in rapporto alla normativa da un lato e all'amministrazione dall'altro, il quesito resta attuale.

Nel mutato contesto di riferimento sempre più aperto all'influenza delle dinamiche economiche, la vera sfida per la giustizia amministrativa italiana nel prossimo futuro è quella di assicurare equilibrio nel mercato, bilanciando i diversi interessi pubblici e privati; mediando con gli altri plessi giurisdizionali nella prospettiva di una effettiva unitarietà; favorendo un'interpretazione della legge che favorisca una tutela più incisiva dei diritti e degli interessi della collettività, cui corrisponda un'evoluzione del modello di responsabilità dell'amministrazione; assumendo, innanzi al mutamento del contesto amministrativo, un ruolo propulsore del rinnovamento istituzionale, che favorisca un necessario recupero di fiducia e credibilità, così garantendo, in ultima analisi, l'evoluzione verso un auspicabile modello di "giustizia senza aggettivi"⁸².

L'obiettivo di deflazione del contenzioso è stato a lungo perseguito principalmente con istituti di tipo processuale. Il problema derivante dall'eccessivo carico del contenzioso è stato "curato", più che con strumenti deflattivi alternativi, con accorgimenti legati al processo⁸³, così ribadendo la centralità dello stesso come unica sede di composizione della controversia.

All'esigenza di decisioni e soluzioni rapide, che avrebbe potuto, almeno in parte, essere soddisfatta con il ricorso alle ADR, si è fatto fronte con la creazione di riti speciali, i quali hanno finito per

⁷⁹ C. FRANCHINI, *Il giudice amministrativo tra tradizione e innovazione*, Relazione al convegno "Potere, mercato e giudice amministrativo nella Costituzione", Roma, AGCM, 18 novembre 2011, in www.giustamm.it, novembre 2011.

⁸⁰ L. TORCHIA, *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 12, 2010, p. 1327.

⁸¹ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976, p. 19.

⁸² M. NIGRO, *ult. op. cit.* p. 19.

⁸³ Ne sono esempi l'ampliamento dell'organico, il rafforzamento delle sedi regionali o delle sezioni staccate dei T.A.R., l'aumento del personale delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato e il ricorso in sede di lavori preparatori a formule come quella del giudice monocratico o come quella del cancelliere-assistente del giudice.

creare doppi binari processuali sottoposti a termini di decadenza e strettoie processuali così severe da suscitare sospetti di illegittimità costituzionale e comunitaria. All'esigenza di una tutela in sede amministrativa precontenziosa si è risposto con un rafforzamento del dialogo e della partecipazione in sede di formazione del procedimento amministrativo stesso, che ha favorito la democratizzazione del rapporto tra amministrazione e cittadini, ma che potrebbe trovare ulteriore soddisfazione da un potenziamento da forme di conciliazione pre-giudiziali.

Tale rinnovate esigenze, finalizzate anche a rendere il contenzioso più flessibile e dinamico, al fine di assicurare, conseguentemente, una decisione tempestiva che garantisca la cura dell'interesse pubblico, possono oggi motivare una scelta legislativa favorevole alla creazione di rimedi alternativi, quali i ricorsi amministrativi "semicontenziosi", o i procedimenti di mediazione opportunamente amministrativizzati.

Le condizioni di difficoltà indotte dalla recente crisi finanziaria rendono oggi particolarmente evidente l'esigenza di un cambio di prospettiva a favore di una più agile ed efficiente gestione del servizio giustizia, che fornisca una risposta più celere alle esigenze del mercato e, senza disconoscere il ruolo del sistema giurisdizionale di tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, dia adeguato spazio agli strumenti di tutela alternativi - in particolare precontenziosi, rivedendo anche il rapporto con la giurisdizione in senso stretto, in una prospettiva di effettiva sussidiarietà. Tuttavia, ciò impone la formulazione di regole chiare che, per le cause inferiori ad un certo valore economico che non coinvolgano questioni di diritto, subordinino l'accesso alla tutela giurisdizionale al previo esperimento del tentativo di conciliazione o risoluzione alternativa della controversia. Fuori da questi casi, può comunque riflettersi sull'opportunità di aumentare comunque i costi di accesso alla tutela giurisdizionale e di imporre una tassa sulla lite per indurre anche le pubbliche amministrazioni a favorire la soluzione delle dispute con il ricorso a strumenti alternativi, rendendo i comportamenti dilatori un costo per chi li pratica.

E' pertanto auspicabile un recupero di quanto previsto nello schema di disegno di legge sulla riforma del processo amministrativo, che prevedeva l'introduzione di forme di definizione delle controversie in ambito precontenzioso e in sede di conciliazione giudiziale e stragiudiziale anche mediante la razionalizzazione di adeguati strumenti di ricorso amministrativo, eventualmente pregiudiziali alla proposizione del ricorso giurisdizionale, nonché la ricognizione e l'inserimento della disciplina in vigore in materia di ricorsi amministrativi con le modifiche e le integrazioni necessarie per il coordinamento con la disciplina del processo⁸⁴.

⁸⁴ Parte della dottrina propone una rivalutazione del ricorso gerarchico improprio, opportunamente perfezionato ed ampliato nella portata. Tra gli altri, F. CINTIOLI, *op. cit.*, p. 62 ss. sostiene che "lo strumento potrebbe, con opportuni ritocchi, essere riportato ad un modello di più generale applicazione, munito dei requisiti soggettivi di autonomia (ed eventualmente, di vera e propria indipendenza) del decidente e delle garanzie del contraddittorio. Non a caso proprio il ricorso gerarchico improprio è stato più volte il punto di riferimento di iniziative governative e di studio di una riforma del sistema dei ricorsi che, rimediando alla vetustà del modello del ricorso gerarchico, potesse però sopperire ad alcune vitali esigenze di deflazione del contenzioso e di buon funzionamento della giustizia cui esso nondimeno ottemperava".