

La possibile deflazione delle controversie amministrative

***Transazione e altri mezzi di prevenzione e/o risoluzione.
Premesse ad uno studio sull'arbitrato nel diritto amministrativo***

Jacopo Polinari*

SOMMARIO: 1.- Premessa 2.- Individuazione delle "controversie amministrative" 3.- La transazione 4.- La disponibilità del potere amministrativo e suoi limiti 5.- La disponibilità dell'interesse legittimo 6.- La transigibilità delle situazioni giuridiche soggettive di diritto pubblico 7.- La conciliazione 8.- La conciliazione e la pubblica amministrazione 9.- L'arbitraggio 10.- La perizia arbitrale.

1. Premessa

Il fenomeno dei mezzi alternativi di risoluzione delle controversie viene tradizionalmente ricollegato all'esigenza di decongestionare i tribunali al fine di porre rimedio al «peccato originale» della irragionevole durata dei processi e del *deficit* di effettività della tutela che questa situazione porta in dote. Un sistema che preveda l'utilizzo di strumenti che consentano alle parti di addivenire ad una rapida ed economica definizione dei conflitti, vuoi prevenendone l'insorgere, vuoi componendoli quando siano già scoppiati, è sembrato a numerose voci in dottrina (1) il metodo migliore per contrastare la lentezza dei processi e recuperare effettività alla tutela (non) giurisdizionale dei diritti.

Si è peraltro osservato che paradossalmente, sarebbe proprio l'efficienza del sistema giurisdizionale a costituire il maggior incentivo alla utilizzazione di strumenti alternativi di soluzione delle controversie (2). Se infatti la parte che ritiene di avere torto non ha nulla da temere dall'esercizio dell'azione, perché sa che l'inefficienza della macchina giudiziaria gli consentirà di vedere posticipato di diversi anni il momento della condanna, non sarà per nulla attratta da strumenti rapidi ed efficienti di soluzione delle controversie, né sarà indotta ad aderire ai tentativi di conciliazione pre-processuali (3).

(*) Avvocato e dottore di ricerca.

(1) COMOGLIO L.P., *La durata ragionevole del processo e le forme alternative di tutela*, in *Riv. dir. proc.* 2007, 591 ss.; TARUFFO M., *Adeguamenti delle tecniche di composizione dei conflitti di interesse*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1999, 779 ss.; PICARDI N., *Manuale del processo civile*, Milano 2006, 598 s.; BENVENUTI F., *L'arbitrato tra Stato e società*, in AA.VV., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milano 1991, 22.

(2) Così COSTANTINO G., *Il processo civile tra riforme ordinamentali, organizzazione e prassi degli uffici (una questione di metodo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1999, 77 ss., spec. 86.

(3) Cfr. sempre COSTANTINO G., *op. loc. ult. cit.*

L'importanza degli strumenti alternativi per la soluzione delle controversie, da un altro punto di vista, viene anche colta nella logica di «sussidiarietà» della giurisdizione, secondo la quale l'intervento autoritativo del giudice deve essere visto come «l'ultima delle *chances* a disposizione, alla quale si deve ricorrere quando le altre non riescono allo scopo» (4).

Sotto una prospettiva completamente diversa, anche se sempre connessa con il principio di effettività della tutela, il fenomeno può anche essere ricondotto alle esigenze che sorgono con riferimento a controversie dal forte carattere tecnico, o afferenti a settori estremamente particolari dell'economia, rispetto alle quali la giurisdizione sovente non è in grado di offrire una risposta adeguata né effettiva (5). La figura del giudice generalista, infatti, entra in crisi davanti a controversie ad alto contenuto tecnico e/o scientifico, che richiedono sempre di più una dose elevata di competenza tecnica (quando non anche di specifica competenza giuridica) che spesso difettano nel giudice o nella persona che è chiamata a dare il suo contributo nel superamento della controversia (6).

La istituzione, presso i tribunali e le corti d'appello, di sezioni specializzate che vedono l'organo giudicante integrato da tecnici estranei alla magistratura, come le sezioni specializzate agrarie e quelle in materia di proprietà industriale, costituisce certamente una validissima risposta alle esigenze di tecnicità che il mercato richiede in chi giudica (7), ma si tratta di un rimedio

(4) Così LUISO F.P., *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, 1201, spec. 1205: prosegue l'Autore «ebbene, in questa ottica la priorità della giurisdizione costituisce un antico retaggio, che oggi mal si concilia con una realtà che si fonda essenzialmente sul principio di sussidiarietà, in base al quale l'intervento autoritativo giurisdizionale – che resta pur sempre possibile e costituzionalmente dovuto – deve essere considerato come l'ultima delle *chances* a disposizione, alla quale si deve ricorrere quando le altre non riescono allo scopo.

Un più corretto ed attuale approccio al tema della tutela dei diritti, infatti, richiede che, al sorgere del bisogno di tutela: *a)* le parti cerchino di risolvere da sole la controversia, attraverso gli strumenti negoziali che l'ordinamento pone loro a disposizione; *b)* se non vi riescono, che tentino sempre la risoluzione negoziale mediante l'intervento di un terzo, che funga da catalizzatore di una reazione chimica che non si è spontaneamente verificata. Se gli strumenti consensuali non funzionano, allora è necessario ricorrere a quelli "aggiudicativi": *c)* all'arbitrato anzitutto; *d)* ed infine, ma solo infine, se le parti non riescono neppure a raggiungere quell'accordo strumentale che è il patto compromissorio, vi è, garantita costituzionalmente, la giurisdizione statale.

Dunque, la conciliazione e più in generale i mezzi alternativi di risoluzione delle controversie non devono essere considerati un ripiego a fronte di una situazione drammatica della giurisdizione statale: quasi che, se quest'ultima funzionasse bene, dei mezzi alternativi si potrebbe benissimo fare a meno. E non devono essere considerati neppure uno strumento deflattivo di una richiesta di tutela giurisdizionale, cui l'apparato pubblico non riesce a far fronte (anche se, di riflesso, ogni conciliazione significa una controversia giurisdizionale in meno). Al contrario, conciliazione e arbitrato sono essenziali anche quando la giurisdizione statale offre un "servizio" di buon livello: per la stessa logica, in virtù della quale l'intervento pubblico è opportuno solo ove si renda necessario».

(5) Si esprime così BENVENUTI F., *op. cit.*, 23, 27 ss., nonché TARUFFO M., *op. loc. ult. cit.*; PICARDI N., *op. cit.*, 590.

(6) TARUFFO M., *op. cit.*, 788.

(7) TARUFFO M., *op. loc. ult. cit.*

che pecca di flessibilità, e certamente non è idoneo a far fronte ad esigenze estemporanee del mercato. Lo stesso dicasi per i processi a rito speciale disegnati in base alle particolarità del rapporto sostanziale controverso, come il rito del lavoro o il rito di cui all'art. 23 *bis* della l. 1034/71.

Inoltre non si può certamente pensare che, fermo restando il diritto di tutti ad una tutela effettiva, l'organizzazione complessiva della giustizia si prenda carico delle particolarità di controversie relative a settori di impatto tutto sommato modesto.

Ecco allora che in dottrina si è iniziato a parlare di *Alternative Dispute Resolution* (ADR), mutuata dal mondo anglosassone (8), vale a dire strumenti alternativi per la risoluzione o prevenzione delle controversie, ritenuti generalmente più adeguati dei canali tradizionali, perché consentirebbero di pervenire ad una soluzione di giustizia della questione in tempi più rapidi ma soprattutto maggiormente confacenti alle caratteristiche dell'oggetto controverso (9).

Tuttavia, pur non volendo aderire a posizioni estremistiche (10), è comunque opportuno ricondurre il fenomeno alla sua giusta misura, osservando che da un lato le ADR, anche nell'ordinamento di origine, non hanno dimostrato di essere effettivamente la vera panacea dei mali della giustizia togata ed attraversano anzi una parabola discendente, e dall'altro che si tratta, generalmente, di variazioni rispetto a modelli di strumenti non sconosciuti (o addirittura connaturali) al nostro ordinamento, come la conciliazione, l'arbitraggio, la perizia arbitrale, e addirittura l'arbitrato, o taluni strumenti di deflazione processuali.

In altre parole, se di ADR si vuole parlare, si deve tenere presente che non si tratta di un concetto a sé stante, di un modello «nuovo» di prevenzione o soluzione delle controversie, ma di un concetto riassuntivo nel quale ricadono strumenti ben riconducibili al nostro ordinamento, che non hanno affatto il sapore «esotico» che parte della dottrina gli riconosce (11). Anzi, la stessa

(8) Ovvero, nelle aree di influenza francese, *Modes alternatifs de règlement des conflits* (MARC).

(9) La dottrina in tema di ADR è ormai vastissima. Senza pretesa di completezza si vedano CHIARLONI S., *Nuovi modelli processuali*, in *Riv. dir. civ.* 1993, I, 269 ss.; CHITI M.P., *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario* 2000, 1 ss.; COMOGLIO L.P., *La durata ragionevole del processo e le forme alternative di tutela*, in *Riv. dir. proc.* 2007, 591 ss.; DANOVÌ R., *Le ADR (alternative dispute resolutions) e le iniziative dell'Unione europea*, in *Giur. it.* 1997, IV, 326 ss.; DE FELICE S., *Le A.D.R. (alternative disputes resolution) nei confronti della pubblica amministrazione*, in www.giustizia-amministrativa.it 2004; NAZZINI R., *Modelli conciliativi interni al processo (analisi comparativa e tests strutturali)*, in *Riv. dir. proc.* 2002, 844 ss.; PUNZI C., *Relazioni fra l'arbitrato e le altre forme non giurisdizionali di soluzione delle liti*, in *Riv. arb.* 2003, 385 ss.; SILVESTRI E., *Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1999, 321 ss.; TARUFFO M., *Adeguamenti delle tecniche di composizione dei conflitti di interesse*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1999, 779 ss.

(10) Quale è quella che vede nelle ADR una «moda» per tutto ciò che è nuovo e americano, come l'importazione della Coca Cola e dei Blu Jeans... SILVESTRI E., *op. loc. ult. cit.*

categoria delle ADR altro non sarebbe, ad un'osservazione con occhi disincantati, che la categoria dei cd. «equivalenti giurisdizionali» (12) – nella quale Carnelutti (13) faceva confluire rinuncia, riconoscimento, conciliazione e transazione, espungendo in un primo momento l'arbitrato, dal momento che «con l'arbitrato siamo ormai sul terreno del processo» – o se si vuole i «negozi di prevenzione o composizione delle controversie giuridiche» descritti da Montesano (14).

Ciò è tanto vero che, di fatto, le questioni che maggiormente hanno interessato la dottrina non riguardano tanto l'in sé delle ADR, ma piuttosto la loro definizione (15), le loro potenzialità applicative e la possibilità di una loro importazione nel nostro ordinamento, mentre al momento di individuare la disciplina applicabile ci si rifà agli istituti consueti.

Ciò è ancora più evidente quando si fa riferimento ai mezzi alternativi per la soluzione e/o prevenzione delle controversie con la pubblica amministrazione. Al di là della transazione e dell'arbitrato – strumenti già di per sé oggetto di una disciplina piuttosto analitica, soprattutto nel settore dei contratti pubblici – il legislatore ha previsto e prevede diversi strumenti volti a definire o prevenire situazioni di contenzioso con i privati o con altre amministrazioni, che la dottrina tende a ricondurre nell'incerta categoria delle ADR. In realtà, se si conduce un'indagine con occhi disincantati, ci si avvede che si tratta sempre di strumenti pienamente riconducibili – sul piano sistematico – vuoi allo schema conciliativo, vuoi all'arbitrato, vuoi ancora all'arbitraggio o alla perizia contrattuale.

Col presente contributo si intende fornire una panoramica dei mezzi di risoluzione delle controversie amministrative alternativi alla giurisdizione e all'arbitrato, in modo da verificarne le potenzialità applicative e comprenderne la corretta collocazione sistematica.

(11) Ecco perché non sembrano giustificate le remore (pur comprensibili) di parte della dottrina secondo cui la «moda» delle ADR dovrebbe confrontarsi con la specificità degli ordinamenti di *common law* di provenienza nonché con l'osservazione che detti strumenti, in particolare in nord America, si sarebbero dimostrati inefficienti, tanto che la «saga americana delle alternative al processo» sarebbe nella sua parabola discendente (SILVESTRI E., *Op. loc. ult. cit.*): strumenti analoghi a quelli americani sono già ben conosciuti nel nostro ordinamento.

(12) PUNZI C., *Relazioni fra l'arbitrato e le altre forme non giurisdizionali di soluzione delle liti*, cit., 386; Id., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova 2000, vol. I, 33 ss.

(13) CARNELUTTI F., *Istituzioni del processo civile italiano*, 5ª ed., Roma 1956, vol. I, 60.

(14) MONTESANO L., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, 2ª ed., Torino 1994, 41.

(15) Si occupa con dovizia di particolari di trovare una condivisa definizione di ADR NAZZINI R., *Modelli conciliativi interni al processo (analisi comparativa e tests strutturali)*, in *Riv. dir. proc.* 2002, 844 ss., spec. 847 ss.

2 Individuazione delle «controversie amministrative»

Prima di procedere alla disamina delle questioni appena accennate, è opportuno chiarire cosa possa intendersi per «controversie amministrative», intendendosi per tali quelle controversie in cui la natura della pubblica amministrazione – o meglio la rilevanza del pubblico potere – possono influire sulla disciplina dei mezzi alternativi di risoluzione delle controversie, diminuendo la disponibilità delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte, ovvero incidendo sulle regole procedimentali o processuali. Ci si deve preoccupare, infatti, di perseguire un disegno sistematico delle possibilità che nel diritto amministrativo hanno gli strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie, ciò che si può fare solamente collocando, appunto in maniera sistematica, le diverse ipotesi di liti che vedono come parte la pubblica amministrazione, al fine di evitare di incorrere nell'errore di accomunare casi e questioni diverse, ovvero al contrario di non riconoscere tratti comuni in casi simili.

Secondo la definizione tradizionale, sarebbero controversie amministrative quelle nelle quali almeno una delle parti sia un soggetto pubblico o una pubblica amministrazione (16). Detto criterio «soggettivo» non pare tuttavia dirimente. In senso lato, infatti, che la pubblica amministrazione sia semplicemente parte in una controversia non crea di per sé questioni particolari, se non l'applicazione delle disposizioni riguardanti la rappresentanza in giudizio e il foro competente (17). Inoltre una definizione meramente soggettiva lascia fuori dal novero delle controversie amministrative tutte quelle liti tra privati in cui rilevi un provvedimento amministrativo o la spendita di un pubblico potere, nonché quelle controversie in cui un soggetto privato è chiamato ad applicare disposizioni di diritto pubblico (18).

Ebbene, in primo luogo non sono controversie amministrative propriamente dette quelle in cui la pubblica amministrazione non è distinguibile sul piano dell'agire sostanziale da un soggetto di diritto privato.

Da un punto di vista estremamente ampio, la pubblica amministrazione (*rectius* le singole pubbliche amministrazioni) è infatti una persona giuridica di diritto pubblico (art. 11 c.c.) che, al di fuori dei suoi scopi e delle sue funzioni istituzionali previsti per legge, agisce, ma prima di tutto «è», in un contesto regolato dal diritto privato.

Ad esempio la pubblica amministrazione è proprietaria di beni mobili

(16) CAIA G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, cit., 1 e 31, che riprende la definizione di LA TORRE M., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., 327.

(17) Si veda sull'argomento AMORTH G., TOMASICCHIO T., *Il giudizio civile con lo stato*, Padova 1963, *passim*.

(18) GASPARINI CASARI V., in AA.Vv., *L'arbitrato. Profili sostanziali*, cit., 1010.

(anche animali) e immobili; detti beni possono a loro volta essere soggetti a particolari regimi a seconda della loro natura di bene demaniale, bene rientrante nel patrimonio indisponibile o disponibile dello Stato, di enti pubblici o di enti locali, regimi che ne limitano la disponibilità e/o li vincolano al perseguimento dell'interesse pubblico. In ogni modo però il regime giuridico cui detti beni sono sottoposti non muta la disciplina della responsabilità del proprietario o del custode ai sensi degli artt. 2051, 2052, 2053 e 2054 c.c. Ed allora qualora un cittadino lamenti nei confronti di una pubblica amministrazione di avere subito un danno a causa del dissesto di una strada o di un marciapiede, la relativa lite non sarà soggetta a regole diverse da quelle ordinarie, salvo, in caso di amministrazione statale, il rispetto delle regole circa la rappresentanza in giudizio e il foro erariale (19).

E ciò vale per la stessa pubblica amministrazione che potrà esperire verso i privati (o altre pubbliche amministrazioni) tutte le azioni a difesa della proprietà che spettano al privato, oltre ai rimedi in via amministrativa (art. 823 c.c.).

Ancora, la pubblica amministrazione può disporre degli immobili di cui è proprietaria e che non siano connessi all'espletamento di fini istituzionali o non siano altrimenti vincolati, decidendo di venderli a terzi ovvero di concederli in locazione allo scopo di trarne profitto nell'ambito della sua capacità eminentemente privatistica (20).

Quando la pubblica amministrazione esercita «attività pericolose» è soggetta, come ogni altra persona fisica o giuridica, al regime di presunzione di colpevolezza dell'art. 2050 c.c. (21), salvo che le attività fossero «svolte per soddisfare imprescindibili esigenze della collettività, nelle quali si identificano le sue stesse finalità istituzionali», nel qual caso non opera la presunzione di

(19) In tal senso vedi, da ultimo, Cass. 6 giugno 2008, n. 15042, in *Foro it.* 2008, I, 2823, con nota di PALMIERI A., *Custodia di beni demaniali e responsabilità: dopo il tramonto dell'insidia ancora molte incertezze sulla disciplina applicabile*; Id., sez. un., 20 ottobre 2006, n. 22521, in *Corriere giur.* 2007, 41 ss., con nota di DE LUCA A.M., *I «comportamenti» non sorretti da alcun potere. Ancora dubbi sulla giurisdizione*, secondo la quale la domanda di risarcimento danni dovuto a dissesto del suolo pubblico (nella specie l'incuria dell'amministrazione aveva favorito uno smottamento che aveva seriamente danneggiato un edificio del ricorrente) deve essere proposta davanti al giudice ordinario giacché «la domanda non investe scelte o atti autoritativi dell'amministrazione, ma attività soggetta al principio del *neminem laedere*». Nello stesso senso v. anche Cass., sez. un., 14 gennaio 2005, n. 599; Id., 18 ottobre 2005, n. 20117; Id., 21 ottobre 2005, n. 20346; Id., 28 novembre 2005, n. 25035.

(20) V. DELSIGNORE M., *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, Milano 2007, 204 s. In tal senso anche Cons. Stato, 1 ottobre 2002 n. 5121, in *Foro amm.* CDS 2002, 2403, che precisa che l'amministrazione, nell'ambito di un'attività meramente privatistica che pure deve riconoscersi legittimamente attribuibile ed esercitabile, può svolgere liberamente la propria attività negoziale senza dover applicare quelle metodologie procedurali che la legge impone nell'ambito delle attività pubblicistiche-istituzionali, avendo come soli limiti (derivatigli dalla sua natura pubblica) di cedere il bene alle migliori condizioni di mercato, tenendo conto del valore dello stesso secondo le stime dei propri organi tecnici.

(21) Cass. 27 febbraio 1984, n. 1393, in *Foro it.* 1984, I, 1280 ss.

colpa di cui alla norma citata (22). Ma nel caso in cui l'amministrazione eserciti un'attività pericolosa al di fuori dei suoi fini istituzionali, allora risorgono i principi di cui all'art. 2050 c.c. e le eventuali controversie non si differenzieranno in nulla da quelle tra privati.

In questi casi la pubblica amministrazione non esercita i poteri che le sono attribuiti dalla legge per il perseguimento dell'interesse pubblico, ma sconta la propria responsabilità per essere e agire nell'ambito della vita di relazione alla stregua di ogni altro soggetto, che sia persona fisica o ente; e quindi se il suo «essere» e la sua attività non si differenziano da quelli di ogni altro soggetto le relative controversie non seguiranno regole diverse da quelle che coinvolgono privati (23).

Detti principi altro non sono che il risvolto sostanziale di quelli enunciati dalla Corte Costituzionale e dalla Suprema Corte nel corso degli ultimi anni in tema di riparto di giurisdizione e pregiudizialità amministrativa, che hanno scardinato il sistema del riparto fondato su «blocchi di materie», da poco inaugurato, ed hanno aperto la via ad una assimilazione «di fatto» delle questioni di giurisdizione alle questioni competenza (24). Lo snodo centrale attorno al

(22) Cass. 30 novembre 2006, n. 25479, in *Danno e resp.* 2007, 679 ss.

(23) Nello stesso senso GASPARINI CASARI V., *op. loc. ult. cit.*; CASSESE S., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., 312, secondo il quale «... ove le amministrazioni pubbliche sono sottoposte al diritto comune, non vi sarà neppure spazio per un vero e proprio arbitrato amministrativo, applicandosi alla pubblica amministrazione (...) l'istituto arbitrale di diritto comune...»; AMORTH G., *Annotazioni sull'arbitrato nelle controversie amministrative*, cit., 2163 s.; COCA F.C., *La capacità della pubblica amministrazione di compromettere in arbitri*, in AA.Vv., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1991, 103.

(24) È difficile sintetizzare in poche battute un *revriment* giurisprudenziale che da un lato ha scardinato il sistema del riparto di giurisdizione basato sui cd. «blocchi di materie» inaugurato dal legislatore verso la fine degli anni novanta, e dall'altro ha dato la stura ad un ripensamento generale non solo sul riparto di giurisdizione, ma addirittura sui rapporti tra giudici appartenenti a diversi ordini, che sempre più viene ad assomigliare ad un rapporto di competenza, tanto da far sorgere il dubbio «se ha più senso l'esistenza di un giudice diverso per sindacare l'attività dell'amministrazione» e «se non sia più corretto ipotizzare un giudice specializzato "dell'amministrazione"» (VERDE G., *È ancora in vita l'art. 103, primo comma, Cost.?*, cit.).

Con la sentenza 6 luglio 2004, n. 204 (in *Foro it.* 2004, I, 2594, con note di BENINI S., TRAVI A., FRACCHIA F.; in *Corriere giur.* 2004, 1167 ss.; in *Nuove autonomie* 2004, 545 ss., con nota di TERESI F.; in *Urb. e app.* 2004, 1031, con nota di CONTI R.; in *Riv. giur. edilizia* 2004, I, 1211, con nota di SANDULLI A.M.; in *Dir. proc. amm.* 2004, 799, con note di CERULLI IRELLI V. e VILLATA R.; in *Giust. civ.* 2004, I, 2207, con note di SANDULLI A.M. e DELLE DONNE C.; in *Giur. it.* 2004, 2255) la Corte Costituzionale ha ritenuto non conforme all'art. 103 Cost. l'attribuzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di controversie «per blocchi di materie», senza che si faccia questione dell'esercizio del pubblico potere, non bastando a tal fine che la lite sia pervasa di pubblico interesse (nella specie è stato dichiarato incostituzionale l'art. 33, comma 1, d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80, come sostituito dall'art. 7, lett. a), l. 21 luglio 2000 n. 205): perché l'art. 103 Cost. non sia violato il legislatore può «indicare particolari materie nelle quali la tutela nei confronti della pubblica amministrazione investe anche diritti soggettivi», e rimetterle alla giurisdizione del giudice amministrativo in ossequio ai principi di concentrazione e di effettività della tutela (si badi peraltro che il pregnante significato della congiunzione «anche» nell'art. 103 Cost., venne già messo chiaramente in risalto da LUIGI MONTESANO in *Magistrate - ordinarie e speciali - e*

arbitri nella giustizia civile secondo la costituzione, in *Riv. dir. proc.* 1996, 646). Con la successiva sentenza 11 maggio 2006, n. 191 (in *Foro it.* 2006, I, 1625, con note di TRAVI A. e DE MARZO G.; in *Corriere giur.* 2006, 922, con nota di DI MAJO A.; in *Danno e resp.* 2006, 965, con nota di FABBRIZZI G.; in *Giust. civ.* 2006, I, 1107; in *Giur. it.* 2006, 1729; in *Riv. giur. edilizia* 2006, I, 465; in *Foro amm. CDS* 2006, 1359, con note di FERRERO G. e RISSO F.; in *Nuova rass.* 2006, 2549; in *Dir. proc. amm.* 2006, 1005, con note di MALINCONICO S. e ALLENA M.) la Corte delle leggi ha specificato che il legislatore non può attribuire al giudice amministrativo le controversie che afferiscono a «comportamenti» dell'amministrazione nemmeno «mediatamente» riconducibili al potere pubblico, quali i comportamenti posti in essere «in via di fatto» o in assoluta «carenza di potere».

Sempre nel 2006 la Corte di Cassazione con tre ordinanze gemelle (i riferimenti riguardano Cass., sez. un., 15 giugno 2006, n. 13911, in *Corriere giur.* 2006, 1073 ss.; in *Foro amm. CDS* 2006, 1359, con note di FERRERO G. e RISSO F.; in *Riv. giur. edilizia* 2006, I, 880, con note di SANDULLI A.M. e MARI G.) ha sviluppato quanto affermato dal giudice delle leggi precisando che l'azione di risarcimento del danno, quando collegata all'esercizio di un potere amministrativo appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo e si configura come una forma di tutela dell'interesse legittimo ulteriore e non necessariamente collegata pregiudizialmente alla tutela annullatoria del provvedimento. In altre parole il risarcimento del danno non sarebbe una posizione giuridica autonoma derivante dalla lesione dell'interesse legittimo ma sarebbe una forma di tutela di quello, e potrebbe essere domandata al giudice amministrativo a prescindere dalla richiesta di annullamento del provvedimento, contrariamente a quanto ritenuto dalla costante giurisprudenza amministrativa.

Contro questa posizione della Suprema Corte, in aperto conflitto istituzionale, si è schierata l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 22 ottobre 2007, n. 12 (in *Foro it.* 2008, III, 1, con nota di TRAVI A.; in *Corriere giur.* 2008, 253, con note di DI MAJO A., PELLEGRINO G.; in *Giur. it.* 2008, 487; in *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2008, 97; in *Urb. e app.* 2008, 339, con nota di GALLO C.E.; in *Foro amm. CDS* 2007, 2756; in *Riv. corte conti* 2007, fasc. 5, 265) che ha invece ribadito il carattere consequenziale e ulteriore della tutela risarcitoria rispetto a quella annullatoria. Peraltro la Corte di Cassazione, forse prevedendo la reazione non favorevole dei giudici di Palazzo Spada nei confronti della caduta della cd. «pregiudiziale amministrativa», nelle tre ordinanze sopra citate si era premurata di precisare che eventuali provvedimenti del G.A. che avessero dichiarato inammissibile la domanda di risarcimento del danno sul presupposto della mancata previa impugnazione del provvedimento amministrativo avrebbero potuto essere impugnati davanti le stesse Sezioni Unite motivi attinenti alla giurisdizione.

Ma l'eco della sentenza 204/2004 della Corte Costituzionale avrebbe condotto anche la Suprema Corte ad affermare il principio della *translatio iudicii* tra giudice ordinario e giudici speciali (e viceversa) con la sentenza a Sezioni Unite del 22 febbraio 2007, n. 4109 (in *Foro it.* 2007, I, 1009, con nota di ORIANI R.; in *Urb. e app.* 2007, 817, con nota di SIGISMONDI G.; in *Riv. giur. edilizia* 2007, I, 533; in *Dir. proc. amm.* 2007, 796, con nota di SIGISMONDI G.; *Giur. it.* 2007, 2253; in *Riv. dir. proc.* 2007, 1577, con nota di ACONE M.; in *Giurisdiz. amm.* 2007, III, 139). Decisione questa in seguito contestata espressamente da un'ulteriore sentenza della Corte Costituzionale che, nel non ravvisare nell'ordinamento norme che consentano la *translatio iudicii* tra giudici appartenenti ad ordini diversi, ha tuttavia cassato l'art. 30 l. 6 dicembre 1971 n. 1034, nella parte in cui non prevedeva che gli effetti, sostanziali e processuali, prodotti dalla domanda proposta a giudice privo di giurisdizione si conservino, a seguito di declinatoria di giurisdizione, nel processo proseguito davanti al giudice munito di giurisdizione, contribuendo all'avvicinamento, ormai inesorabile, tra la disciplina delle questioni di giurisdizione a quella delle questioni di competenza (Corte cost. 17 marzo 2007, n. 77, in *Foro it.* 2007, I, 1009, con nota di ORIANI R.; in *Urb. e app.* 2007, 814, con nota di SIGISMONDI G.; in *Foro amm. CDS* 2007, 753 ss.; in *Giust. civ.* 2007, I, 553 ss.; in *Giornale dir. amm.* 2007, 958, con nota di PAJNO A.; in *Riv. giur. edilizia* 2007, I, 487, con nota di SANDULLI A.M.; in *Dir. proc. amm.* 2007, 796, con nota di SIGISMONDI G.; in *Riv. dir. proc.* 2007, 1577, con nota di ACONE M.).

Sempre nel solco di un avvicinamento tra le giurisdizioni amministrativa e ordinaria si pone poi Corte cost. 27 aprile 2007, n. 140, cit., laddove afferma che, sempre e comunque nel rispetto dei principi esplicitati dalle sentt. 204/2004 e 191/2006, nessuna disposizione o principio impone al legislatore di riservare al giudice ordinario la tutela dei cd. «diritti fondamentali», che pertanto ben possono essere rimessi alla competenza giurisdizionale del giudice amministrativo.

Un ulteriore passo verso l'avvicinamento delle questioni di giurisdizione alle questioni di competenza

quale ruota il *revriment* giurisprudenziale iniziato nel 2004 – culminato nell'art. 59 l. 18 giugno 2009, n. 69, che disciplina la cd. *translatio iudicii* tra giudice ordinario e giudice amministrativo e viceversa – è costituito, se si affronta la questione dal lato della giurisdizione, dal «potere amministrativo»: la Corte Costituzionale ha affermato che, in ossequio all'art. 103 Cost., non ogni materia può essere ricompresa nella giurisdizione amministrativa, ma soltanto quelle materie che siano almeno «mediatamente» toccate dall'esercizio del «potere amministrativo».

Quando cioè la pubblica amministrazione agisce al di fuori degli scopi che le sono attribuiti dalla legge per il perseguimento dell'interesse pubblico,

è rappresentato dal pronunciamento delle Sezioni Unite del 9 ottobre 2008, n. 24883 (al momento inedita) con la quale la Suprema Corte, promovendo un'interpretazione adeguatrice dell'art. 37 c.p.c. alla luce dei principi di economia processuale e di ragionevole durata del processo (asse portante della nuova lettura della norma), ha statuito che il difetto di giurisdizione può essere eccepito dalle parti in primo grado (e solo in primo grado) anche dopo la scadenza dei termini previsti dall'art. 38 c.p.c., e la sentenza di primo grado di merito può sempre essere impugnata per difetto di giurisdizione, a prescindere che le parti abbiano o meno sollevato la relativa eccezione; viceversa le sentenze di appello sono impugnabili per difetto di giurisdizione, e il giudice può sollevare d'ufficio la questione, soltanto se sul punto non si è formato il giudicato implicito o esplicito, operando la relativa preclusione anche per il giudice di legittimità.

Infine, con la sentenza 23 dicembre 2008, n. 30254, ancora inedita, le Sezioni Unite della Suprema Corte, dopo aver ribadito che – similmente alle norme sulla competenza – gli artt. 24 e 111 Cost. impongono la previsione di congegni che consentano alla parte di riparare l'errore compiuto nella scelta del giudice e di superare l'errore di questi nel denegare la giurisdizione, riaffermano – facendo uso del potere che si era riservato di conoscere dei casi in cui il giudice amministrativo avesse rifiutato la tutela risarcitoria per la mancata previa impugnazione del provvedimento illegittimo – che «proposta al giudice amministrativo domanda risarcitoria autonoma, intesa alla condanna al risarcimento del danno prodotto dall'esercizio illegittimo della funzione amministrativa, è viziata da violazione di norme sulla giurisdizione ed è soggetta a cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione la decisione del giudice amministrativo che nega la tutela risarcitoria degli interessi legittimi sul presupposto che l'illegittimità dell'atto debba essere stata precedentemente richiesta e dichiarata in sede di annullamento. Le Sezioni Unite, nel dare continuità all'indirizzo inaugurato nel 2006 (dalle ordinanze n. 13659, 13660 e 13911), danno conto dell'evoluzione del concetto di giurisdizione, dovuta a molteplici fattori (il ruolo centrale della giurisdizione nel rendere effettivo il primato del diritto comunitario; il canone dell'effettività della tutela giurisdizionale; il principio di unità funzionale della giurisdizione nella interpretazione del sistema ad opera della giurisprudenza e della dottrina; il rilievo costituzionale del principio del giusto processo; l'ampliarsi delle fattispecie di giurisdizione esclusiva, ecc.), e della conseguente mutazione del giudizio sulla giurisdizione rimesso alla S.C., tradizionalmente inteso a livello di pura qualificazione della situazione soggettiva dedotta, alla stregua del diritto oggettivo. Infatti, giurisdizione, nella Costituzione (artt. 24, 111 e 113), è termine che va inteso nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi e, dunque, in un senso che comprende le diverse tutele che l'ordinamento assegna ai diversi giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento. È norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale (ripartito tra i diversi ordini di giudici a seconda del tipo di situazioni soggettive e di settori di materie), ma anche quella che dà contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca. Pertanto, rientra nello schema logico del sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione, rimesso alle S.U., l'operazione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela, onde verificare se il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost., la eroghi concretamente, e nel vincolarlo ad esercitare la giurisdizione rispettandone il contenuto essenziale» (massima uff.).

l'art. 103 Cost. impedisce che eventuali controversie siano attribuite alla giurisdizione del giudice amministrativo (25). Quando cioè oggetto della controversia sono meri «comportamenti» non distinguibili da quelli di qualunque altro soggetto privato e non rileva l'esercizio del pubblico potere attribuito in virtù di legge, la giurisdizione su eventuali controversie con l'amministrazione appartiene al giudice ordinario (26), né il legislatore potrebbe attribuirlo al giudice amministrativo senza violare l'art. 103 Cost. (27).

Ciò significa, invertendo i termini della questione e privilegiando il punto d'osservazione del diritto sostanziale, che quando la pubblica amministrazione non agisce esercitando i pubblici poteri nel perseguimento dell'interesse pubblico, la sua attività e le sue relazioni con gli altri soggetti dell'ordinamento sono regolate dal diritto privato (28), le situazioni giuridiche sottostanti sono di diritto soggettivo pieno; mancando il pubblico potere nemmeno sono ipotizzabili in astratto posizioni di interesse legittimo capaci di giustificare la giurisdizione amministrativa.

Ecco allora che eventuali controversie che potrebbero scaturire dell'essere o dall'agire della pubblica amministrazione come un soggetto privato, al di fuori delle sue incombenze istituzionali, rientrano *tout court* nel diritto privato. Da questa assimilazione non può che discendere che dette controversie sono liberamente arbitrabili e transigibili come lo sono quelle tra privati, ferme restando tuttavia le disposizioni inerenti la responsabilità per danno erariale *ex art. 28 Cost.*

Discorso analogo, in linea con quanto appena riferito, va fatto anche per le controversie riguardanti i danni subiti dal privato per causa di un'attività «reale» dell'amministrazione, ossia quei danni derivanti al privato nell'ambito di scelte di mera opportunità tecnica, al di fuori di ogni valutazione afferente a discrezionalità amministrativa: «vi sono più modi per abbattere un edificio pericolante, eseguire una disinfezione, eseguire un'analisi chimica e simili. Queste scelte non hanno a oggetto la ponderazione di interessi pubblici, ma l'applicazione di tecniche. Se l'azione è sbagliata e ha esiti di danno ingiusto, l'amministrazione o l'autore della scelta rispondono per fatto illecito civile o altro» (penale) (29). Se pertanto ciò che ha prodotto danni al privato è la scelta

(25) PANZAROLA A., *Riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in AA.Vv., *La giurisdizione nell'esperienza giurisprudenziale contemporanea*, a cura di MARTINO R., Milano 2008, 145 s., 154, 157, 164; SANINO M., *Pregiudiziale, risarcimento, translatio. Lo stato della giurisprudenza. Spunti di riflessione*, in AA.Vv., *Le nuove frontiere del giudice amministrativo*, cit. 47.

(26) V. *ex multis* Cass., sez. un., 30 gennaio 2008, n. 2029; Id., 5 marzo 2008, n. 5925; Id., 27 luglio 2005, n. 15660.

(27) Corte cost. 11 maggio 2006, n. 191, cit.

(28) SANINO M., *op. loc. ult. cit.*; SCOCA F.C., *La capacità della pubblica amministrazione di compromettere in arbitri*, in AA.Vv., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1991, 100.

(29) Così GIANNINI M.S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, II^a ed., Milano 2000, 270.

dell'amministrazione fondata su parametri esclusivi di opportunità, al di fuori dell'esercizio del pubblico potere (ancorché nell'occasione), le relative controversie, sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo (salvi i casi tassativi di giurisdizione di merito) avranno ad oggetto diritti soggettivi e saranno transigibili e arbitrabili alla stregua del diritto comune (30).

Parimenti non rientrano *strictu sensu* tra le controversie amministrative quelle che possono venire in essere quando l'amministrazione agisce per l'attuazione dei suoi fini istituzionali non già avvalendosi della sua posizione di supremazia, ma servendosi degli strumenti di diritto privato che danno luogo a rapporti contraddistinti da diritti soggettivi perfetti (31).

Un caso a parte è rappresentato dalle controversie in materia di contratti pubblici. Come noto l'art. 244 d.lgs. 163/06 devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie, incluse quelle risarcitorie, relative alle procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture svolte da soggetti (pubblici o privati) comunque tenuti all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto delle procedure di evidenza pubblica. Fino a che non sia avvenuta la stipulazione del contratto l'intera vicenda è regolata dal diritto amministrativo (32), e in particolare dalle norme in tema di evidenza pubblica: il contraente può vantare nei confronti della stazione appaltante solo posizioni di diritto amministrativo ed eventuali liti sono rimesse alla giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo (33).

(30) E così se l'amministrazione deve provvedere all'abbattimento di un edificio pericolante, ferma la legittimità del provvedimento, potrà farlo secondo diverse modalità: esplosivo, ricorso a mezzi meccanici ovvero esclusivamente al lavoro degli operai. Detta scelta risponde ad esigenze di mera opportunità, non ha cioè i caratteri della discrezionalità amministrativa né è in gioco il pubblico interesse: risponde infatti a pubblico interesse l'abbattimento dell'edificio pericolante, mentre la scelta delle modalità operative con cui il pubblico interesse viene perseguito afferisce a meri criteri di opportunità. Semmai la scelta dell'amministrazione sarà orientata dal principio del *alterum non laedere* di cui all'art. 2043 c.c. Si tratta in altre parole, anche in questo caso, di meri «comportamenti» della pubblica amministrazione che, seppur mediamente collegati all'esercizio del pubblico potere, danno comunque luogo a posizioni di diritto soggettivo rientranti nella giurisdizione del giudice ordinario, e pertanto transigibili e arbitrabili alla stregua del diritto comune. In senso analogo v. Cass., sez. un., 20 ottobre 2006, n. 22521, cit.

(31) CAPACCIOLI E., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., 3 ss.; Cass. 2 febbraio 1966, n. 372, a proposito della compromettibilità per arbitri delle controversie relative alle forniture.

(32) Lo spartiacque tra la giurisdizione del giudice ordinario e quella del giudice amministrativo, e prima ancora tra la fase di diritto pubblico e quella disciplinata dalle regole del diritto civile, è rappresentata dalla stipulazione del contratto. In dottrina v. DALEFFE G., SPACCAPELO C., *Le disposizioni processuali del nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 955.

(33) Sembra fare eccezione la posizione dell'aggiudicatario nel caso in cui la stazione appaltante rifiuti di stipulare il contratto, al di fuori delle ipotesi di autotutela. Occorre infatti domandarsi, in tale situazione, di quale tipo sia la posizione soggettiva dell'aggiudicatario, se interesse legittimo o diritto soggettivo. A nostro modo di vedere non sembra seriamente contestabile che la situazione giuridica soggettiva che si crea in capo all'aggiudicatario sia un vero e proprio diritto soggettivo (Cass., sez. un., 11 giugno 1998, n. 5807, in *Riv. C. Conti* 1998, II, 240). Ritenerne infatti che, a fronte dei poteri in capo alla amministrazione di non stipulare il contratto in esercizio di autotutela, la posizione dell'aggiudicatario presenti la consistenza di un interesse legittimo al corretto uso del potere, pare contrastare, sul piano si-

A valle della stipulazione del contratto si entra nella fase privatistica dei rapporti tra il contraente e la stazione appaltante; eventuali controversie rientrano pertanto nella giurisdizione del giudice ordinario (34), essendo inerenti a rapporti di diritto privato.

Pertanto, se ciò è vero, se ne dovrebbe ricavare che anche le liti in materia di contratti pubblici, dal momento che ineriscono a rapporti di diritto privato e rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario, siano transigibili e arbitrabili alla stregua del diritto comune (35). Eppure così non è. Infatti, come si vedrà nel paragrafo successivo, la disciplina della transazione nella materia dei contratti pubblici è soggetta a vincoli formali, procedurali e sostanziali, mentre l'arbitrato è stato da sempre oggetto di una disciplina particolarmente analitica e – soprattutto in passato – limitativa dell'autonomia delle parti, senza contare che più volte, l'ultima con l'art. 3, comma 19, l. 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria per il 2008) il legislatore ne ha espressamente vietato l'utilizzo (36).

stematico, con l'affermata configurabilità di una responsabilità precontrattuale della P.A. di fronte al legittimo affidamento dell'aggiudicatario alla stipulazione del contratto (v., *ex multis*, T.A.R. Lazio, sez. I, 7 luglio 2003, n. 5991, in *Foro Amm. T.A.R.* 2003, 2297, con riferimento alla mancata stipula del contratto per sopravvenuta carenza di fondi; Cons. Stato, sez. IV, 7 marzo 2005, n. 920, in *Foro Amm CDS* 2005, 738; Cons. Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6, *ivi*, 2005, 2515). Sull'argomento v., se si vuole, POLINARI J., *Le fasi della formazione del contratto pubblico: brevi note a prima lettura sugli artt. 11 e 12 del codice dei contratti pubblici*, in *Rass. avv. Stato* 2006, 185, spec. 189 s.

(34) Ad eccezione delle controversie relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti e quelle relative alla revisione dei prezzi, che restano appannaggio della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

(35) Così precisamente DELSIGNORE M., *La compromettibilità*, cit., 208, 212.

(36) Con un velato eufemismo si può dire che la vicenda normativa relativa all'ultimo divieto di arbitrato nel settore dei contratti pubblici è «complicata». Il divieto venne introdotto dall'art. 3, comma 19, l. 24 dicembre 2007, n. 244. «legge finanziaria per il 2008», che dettò anche una complicata e difficilmente riconducibile a congruità disciplina transitoria e di entrata in vigore. In ogni modo l'entrata effettiva in vigore del divieto è successivamente stata più volte rimandata, l'ultima con l'art. 1 *ter* d.l. 23 ottobre 2008, n. 162, convertito con modificazioni in l. 22 dicembre 2008, n. 201, che ha differito al 30 marzo 2009 il termine già differito con il d.l. 3 giugno 2008, n. 97, convertito in legge con modificazioni da l. 2 agosto 2008, n. 129, che ha anche disciplinato i rapporti conseguenti alla mancata conversione in legge del d.l. 30 giugno 2008, n. 113, e che appunto prevedeva il differimento di alcuni termini di entrata in vigore di alcune disposizioni normative. Nel frattempo, l'art. 15, d.l. 31 dicembre 2007, n. 248 ha differito l'entrata in vigore del divieto al 1 luglio 2008 al fine di consentire la devoluzione delle liti di oggetto del divieto alle costituite sezioni specializzate in materia di proprietà industriale di cui al d.lgs. 27 giugno 2003, n. 168.

Sul divieto di arbitrato in materia di contratti pubblici, che richiama alla memoria il precedente divieto stabilito dalla prima versione dell'art. 32 l. «Merloni», si vedano CAPPONI B., *La legge finanziaria per il 2008 e il divieto di arbitrato, relazione tenuta al convegno IGI in Roma*, 17 gennaio 2008, in <http://www.igitalia.it/doc/12.pdf>; LOMBARDINI I., *Arbitrato delle opere pubbliche*, in AA.VV. *Arbitrati Speciali*, commentario diretto da CARPI F., Bologna 2008, 166 s.; MANFREDI G., *Le stagioni dell'arbitrato: dall'obbligo al divieto?*, in *Urb. e app.* 2008, 275 ss.; POLINARI J., *L'abolizione dell'arbitrato in materia di contratti pubblici – Riflessioni a margine di un rapporto controverso*, in *Appalti e contratti* 2008, fasc. 8-9, 45 ss.; TRAVI A., *Arbitrati negli appalti pubblici: nuovi divieti e incertezze persistenti*, in *Corriere giur.* 2008, 499 ss.

Peraltro va osservato che le cautele che il legislatore ha introdotto nella disciplina della transazione, dell'arbitrato e degli altri strumenti di soluzione e/o prevenzione delle controversie scompaiono del tutto nel caso in cui la medesima lite sia invece devoluta, per quanto di sua competenza, alla giurisdizione ordinaria. Le norme del codice dei contratti pubblici, tanto prodighe di prescrizioni verso la transazione, l'accordo bonario e l'arbitrato, non dettano alcuna disciplina per le liti che si svolgono *apud iudicem*, salvo alcune disposizioni in materia cautelare, peraltro applicabili solamente nelle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 245 d.lgs. 163/06), e norme capitolari che posticipano la risoluzione delle riserve a collaudo avvenuto (37).

L'osservazione che si può trarre da questo panorama normativo è che il legislatore, pur non disconoscendo affatto la natura eminentemente ed innegabilmente privata delle controversie in questione, non ha potuto non rilevare che l'intera materia dei contratti pubblici attiene ad un settore dell'economia fortemente permeato di interesse pubblico, vuoi perché il committente ha quasi sempre natura pubblica – e così anche le risorse impiegate – vuoi perché l'esecuzione del contratto, che si tratti della realizzazione di un'opera pubblica ovvero dell'esecuzione di un servizio o di una fornitura, risponde sempre e comunque all'esigenza di perseguimento dell'interesse pubblico. Ecco allora che sotto questa luce si giustificano non solo le limitazioni all'autonomia negoziale delle parti nella costruzione negoziale del contratto d'appalto, ma anche le disposizioni in tema di transazione e arbitrato.

Il fatto poi che il legislatore non abbia dettato nessuna norma per le liti che si svolgono davanti al giudice ordinario significa solo che non ha ravvisato le stesse esigenze di cautela per il caso in cui la lite vada ad incardinarsi davanti ad un organo appartenente all'organizzazione giudiziaria, ritenendo che la sua posizione istituzionale dia garanzie sufficienti anche con riguardo alla salvaguardia dell'interesse pubblico, diversamente da quanto potrebbe invece attendersi quando la lite sia affidata all'autonomia privata delle parti.

Quindi, anche se nelle liti in materia di contratti pubblici, una volta varcato il momento dell'aggiudicazione, non si pongono questioni circa l'eser-

(37) V. l'art. 33 d.m. Ministero dei Lavori Pubblici 19 aprile 2000, n. 145: «1. L'appaltatore che intenda far valere le proprie pretese nel giudizio ordinario o arbitrale deve proporre la domanda entro il termine di decadenza di sessanta giorni, decorrente dal ricevimento della comunicazione di cui all'articolo 149, comma 3, del regolamento, o della determinazione prevista dai commi 1 e 2 dell'articolo 32 del capitolato, oppure dalla scadenza dei termini previsti dagli stessi commi 1 e 2.

2. Salvo diverso accordo delle parti, e qualora la domanda non abbia ad oggetto questioni la cui definizione non è differibile nel tempo, la controversia arbitrale non può svolgersi prima che siano decorsi i termini di cui ai commi 1 e 2 dell'articolo 32.

3. Se nel corso dell'appalto sono state proposte più domande di arbitrato in relazione a diverse procedure di accordo bonario, queste sono decise in un unico giudizio ai sensi del comma 2».

cizio - legittimo o meno - del pubblico potere, il fatto che l'oggetto della controversia, e prima ancora del contratto, sia fortemente permeato di pubblico interesse, se non muta la natura eminentemente privatistica del rapporto sostanziale, non è sufficiente a consentire la devoluzione della controversia al giudice amministrativo (38), ma può giustificare l'imposizione di una disciplina che, per il caso di composizione e/o risoluzione alternativa, limiti in qualche modo l'autonomia privata delle parti (39).

3. La transazione

La transazione è il negozio col quale le parti, «facendosi reciproche concessioni, pongono fine ad una lite già cominciata o prevengono una lite che può insorgere tra loro» (art. 1965 c.c.).

Presupposti di validità della transazione sono l'esistenza di un *caput controversum*, di una situazione di incertezza giuridica cui le parti intendono porre rimedio, e le reciproche concessioni, l'*aliquid dare* e l'*aliquid retinere*, che differenziano il negozio di cui ci si occupa dalle ipotesi di abdicazione al proprio diritto o riconoscimento dell'altrui, facendone un contratto a prestazioni corrispettive.

I diritti che formano oggetto del negozio non devono essere sottratti, per loro natura o per disposizione di legge, alla disponibilità delle parti, pena la nullità del contratto (art. 1966 c.c.).

Quanto alla forma, le disposizioni del codice civile non richiedono la forma scritta *ad substantiam*, ma solo quella *ad probationem* (art. 1967 c.c.), salvo che la transazione verta su controversie relative a rapporti giuridici di cui all'art. 1350 c.c. – nel qual caso la forma scritta sarà richiesta per la validità dell'atto (art. 1350, n. 12, c.c.) – ovvero sia altrimenti disposto dalla legge.

Si suole distinguere il negozio in due diverse fattispecie: *a*) transazione semplice, che si ha quando le parti si accordano per modificare o integrare il preesistente rapporto senza travolgerlo (art. 1965, comma 1, c.c.); *b*) transazione «novativa» o «innovativa», caratterizzata dall'estinzione del preesistente rapporto tra le parti, e dalla sua sostituzione con una diversa fonte di regolazione (art. 1976 c.c.). A quest'ultima ipotesi è assimilabile la cosiddetta transazione mista, che si ha allorché oggetto delle reciproche con-

(38) La Corte Costituzionale, con la sentenza 204/2004, cit., ha infatti stabilito che, perché l'art. 103 Cost. sia rispettato, perché una controversia possa legittimamente essere devoluta al giudice amministrativo non è sufficiente che sia pervasa da pubblico interesse.

(39) Il contratto d'appalto di opere pubbliche è considerato paradigmatico dei «contratti di diritto privato speciale» che in dottrina si sono distinti dai «contratti di diritto pubblico» quali concessioni, convenzioni urbanistiche, convenzioni in materia sanitaria, servizi: GRECO G., *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano 1986, 105 ss.

cessioni siano rapporti diversi da quello controverso (art. 1965, comma 2, c.p.c.) (40). La transazione comporta un superamento del preesistente stato dei rapporti tra le parti, sia che l'autonomia negoziale vi abbia solo apportato modifiche, come nel caso della transazione semplice, sia che lo abbia sostituito totalmente con una diversa fonte di regolazione avente origine negoziale (41).

Quanto alle pubbliche amministrazioni, la transazione era già prevista e disciplinata prima che il Codice degli Appalti codificasse, senza peraltro aggiungere particolari innovazioni, la facoltà della stazione appaltante e dell'esecutore dell'opera pubblica di transigere ogni possibile lite già insorta o sul punto di insorgere.

La transazione infatti è istituito a carattere generale, e può essere utilizzata da tutti i soggetti dell'ordinamento – comprese le pubbliche amministrazioni – salvo che non vi sia un'espressa esclusione di legge (42). Peraltro la natura pubblica di una delle parti ha imposto la disciplina di determinati aspetti della genesi e del modo di essere del contratto ulteriori rispetto a quanto previsto dal codice civile.

In primo luogo la legge si preoccupa di individuare i soggetti titolari del potere di approvare le transazioni. Per quanto attiene le amministrazioni statali, l'art. 16 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 individua nei dirigenti di uffici dirigenziali generali i soggetti titolari del potere di conciliare e di transigere (oltre a promuovere e resistere alle liti). Quanto agli altri soggetti pubblici il soggetto titolare del potere di concludere transazioni viene di volta in volta individuato dalla legge o dal regolamento interno dell'ente. Per quanto riguarda in particolare gli enti locali, il potere di stipulare transazioni dovrebbe rientrare tra i poteri della Giunta (43), non essendo espressamente menzionata tra le attribuzioni del Consiglio di cui all'art. 42 del Testo Unico.

Con riferimento alle amministrazioni statali e alle Regioni che intendono avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, l'art. 13, l. 30 ottobre 1933, n. 1611 (testo unico sulla difesa in giudizio dello Stato), attribuisce al-

(40) Sulla transazione in generale vedi TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova 2000, 811 ss.; BONILINI G., *Contratti diretti alla composizione e prevenzione delle liti*, in *Manuale di diritto privato*, a cura di BESSONE M., Torino 2003, 896 ss.; DEL PRATO E., voce *Transazione (diritto privato)*, in *Enc. Dir.* 1992, vol. XLIV, 813 ss.; MOSCARINI L. V., CORBO N., voce *Transazione (diritto privato)*, in *Enc. Giur.* 1994, vol. XXI; SANTORO PASSARELLI F., *La transazione*, Napoli 1975; Id., *Negozio e giudizio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1956, 185 ss.

(41) In questo senso vedi DEL PRATO E., voce *Transazione (diritto privato)*, cit., 828 ss.; MOSCARINI L. V., CORBO N., voce *Transazione (diritto privato)*, cit., 9.

(42) V. Cons. Stato, sez. VI, 2 agosto 2004, n. 5365; Id., sez. IV, 6 giugno 2001, n. 3045; T.A.R. Bologna 30 ottobre 1984, n. 462; Id. Catanzaro, sez. I, 4 maggio 2006, n. 485. FERRARI G., in AA.VV., *Codice degli appalti pubblici*, a cura di GAROFOLI R. e FERRARI G., Roma 2007, sub art. 239, 1290.

(43) Arg. ex artt. 48, 107 e 42 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 «testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali». Così anche Cass. 2 febbraio 2005, n. 2072, nel vigore della l. 8 giugno 1990 n. 142.

l'Avvocatura la funzione di predisporre transazioni d'accordo con le amministrazioni interessate o di esprimere parere su quelle redatte in proprio dalle amministrazioni medesime (44).

Da ultimo, le delibere di approvazione di atti transattivi sono sottoposte al controllo preventivo della Corte dei Conti (45).

Quanto alla forma, dal momento che la pubblica amministrazione può concludere contratti solo per iscritto, la transazione richiede forma scritta *ad substantiam* (46).

L'art. 239 d.lgs. 13 aprile 2006, n. 163, cd. «codice degli appalti», detta per la prima volta una disciplina espressa della transazione nella materia dei contratti pubblici, e la configura come strumento parzialmente alternativo alla procedura di «accordo bonario» di cui all'art. 240, fissandone requisiti e sottoponendola ad un procedimento *ad hoc*. Come si è accennato *supra*, i rapporti nascenti da contratti pubblici non si differenziano da quelli che scaturiscono da contratti tra privati, se non per la rilevante presenza dell'interesse pubblico, che giustifica talune limitazioni alla autonomia privata delle parti (47). In particolare, con riferimento alla transazione, il legislatore ha previsto specifici adempimenti procedurali, quali la necessità di acquisire preventivamente il parere dell'avvocatura che difende il soggetto pubblico (48). In deroga alla disciplina sopra riassunta, l'art. 239 d.lgs. 163/06 richiede il parere dell'avvocatura solo qualora il valore degli importi oggetto delle reciproche concessioni ecceda la soglia dei 100.000,00 euro, mentre non è necessario per un importo pari od inferiore. In caso in cui la difesa in giudizio dell'ente non sia

(44) Il parere dell'Avvocatura dello Stato, quantomeno con riferimento alle sole amministrazioni statali, è ritenuto da costante giurisprudenza della Corte dei Conti sufficiente per escludere la responsabilità contabile del dirigente (C. conti 26 giugno 2002, n. 212/A; Id. 31 maggio 2002, n. 173/A). Né si ritiene sufficiente, perché i dirigenti siano liberi da responsabilità contabile, un parere dell'avvocatura erariale purchessia: la Corte dei Conti ha infatti ritenuto che «è improntato a superficialità e negligenza il comportamento di alcuni amministratori di un ente pubblico che hanno stipulato una transazione sulla base di un parere, generico ed apodittico, mentre sarebbe stata necessaria un'approfondita analisi, all'uopo chiedendo il parere di un organo a ciò deputato dall'ordinamento quale l'Avvocatura Generale dello Stato».

(45) L'art. 3, comma 1, lett. g), L. n. 20/1994, il controllo della Corte si esercita sui «decreti che approvano contratti delle amministrazioni dello Stato, escluse le aziende autonome; attivi, di qualunque importo, ad eccezione di quelli per i quali ricorra l'ipotesi prevista dall'ultimo comma dell'articolo 19 del regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440; di appalto d'opera, se di importo superiore al valore in ECU stabilito dalla normativa comunitaria per l'applicazione delle procedure di aggiudicazione dei contratti stessi; altri contratti passivi, se di importo superiore ad un decimo del valore suindicato».

(46) FERRARI G., *op. loc. ult. cit.*; Cass. 2 febbraio 2005, n. 2072; Id. 29 novembre 2005, n. 26047; Id. 6 giugno 2002, n. 8192, in *Nuova giur. civ.* 2003, I, 185, con nota di PASSALALPI E.; Id. 30 luglio 1996, n. 6908, *Foro it.* 1997, I, 891; Id. 23 marzo 1987, n. 2839.

(47) DALEFFE G., SPACCAPELO C., *Le disposizioni processuali del nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 950.

(48) Non necessariamente l'Avvocatura dello Stato: qualora presso l'ente sia costituita un'apposita avvocatura, come presso certi comuni o certe province, sarà sufficiente il parere di quella.

affidato ad un'apposita avvocatura, è sufficiente il parere del funzionario di grado più elevato competente per il contenzioso (49).

Altra deroga rispetto alle disposizioni codicistiche riguarda l'impossibilità di concludere transazioni novative dal momento che le regole comunitarie e nazionali in tema di contratti pubblici impediscono che il rapporto tra il soggetto aggiudicatore e il privato possa essere modificato a tal punto da dare vita ad un rapporto del tutto nuovo (50).

Venendo ai rapporti propriamente di diritto pubblico, si può distinguere tra i rapporti in cui viene in gioco il pubblico potere «già esercitato», dai rapporti aventi invece ad oggetto proprio l'«esercizio» del pubblico potere.

I primi presuppongono che l'esercizio del potere da parte dell'amministrazione si sia esaurito e perfezionato in un provvedimento. Si tratta pertanto di rapporti che sorgono quali «effetti» del provvedimento amministrativo e da questo promanano; effetti che naturalmente non si esauriscono nell'ambito degli effetti desiderati dall'amministrazione che lo ha posto in essere, ma che appunto possono dare vita ad una serie di rapporti tra privati dei quali l'amministrazione non è parte (51). Generalmente la transazione su questi rapporti persegue l'interesse dell'amministrazione alla salvaguardia del provvedimento amministrativo e dei suoi effetti dall'impugnazione da parte del privato, che viene tacitato dietro il riconoscimento di un bene o, più spesso, dietro l'esborso di una somma di denaro o altra utilità.

Il secondo tipo di rapporti ha invece ad oggetto proprio l'esercizio del potere amministrativo. Diversamente dai rapporti che si sono appena descritti, in questi l'oggetto non si riduce agli effetti di un potere amministrativo già

(49) *Quid juris* nel caso in cui presso l'ente non sia costituita un'apposita avvocatura (e l'ente non sia rappresentato né *ope legis* né dietro volontà dall'Avvocatura dello Stato) ma disponga al suo interno di un servizio di consulenza legale? Sarà comunque obbligatorio rivolgersi all'ufficio legale interno o, perché l'art. 239 sia rispettato, sarà sufficiente il parere del funzionario più elevato in grado competente per il contenzioso? E il parere dell'ufficio legale sarebbe a sua volta sufficiente?

Tale aspetto non può essere risolto in via generale, dovendosi di volta in volta esaminare le regole che disciplinano il funzionamento dell'amministrazione e le competenze del dirigente chiamato a decidere sulla transazione: infatti, potrebbe esistere una disposizione dello statuto, ovvero una delibera di Consiglio o di Giunta, che obblighino ad acquisire il parere dell'ufficio legale dell'ente, ovvero potrebbe verificarsi che la competenza di questi a pronunciarsi derivi dalle attribuzioni allo stesso spettanti in base all'assetto organizzativo interno. In mancanza di disposizioni diverse sembrerebbe doversi ritenere che, nonostante la presenza di un ufficio di consulenza legale presso l'ente, non si possa prescindere dal parere del funzionario all'uopo individuato, cui la norma di legge attribuisce la responsabilità amministrativa e contabile della transazione (arg. ex C. conti 26 giugno 2002, n. 212/A; Id. 31 maggio 2002, n. 173/A).

(50) DALEFFE G., SPACCAPELO C., *op. loc. ult. cit.*; AMORIZZO M.G., *La transazione*, in AA.VV., *La tutela in tema di appalti pubblici*, Napoli 2007, 634; così anche l'Autorità di Vigilanza per i Contratti Pubblici, con deliberazione 13 settembre 2001, n. 308.

(51) Si pensi al caso, che sarà prospettato più oltre, del rapporto che può intercorrere tra il privato danneggiato dal provvedimento amministrativo, e pertanto interessato al suo annullamento, e il privato invece favorito dall'interesse pubblico, e pertanto interessato alla sua conservazione.

esaurito e definito. Viceversa qui il potere amministrativo è ancora in potenza, e oggetto del rapporto con i privati o le altre amministrazioni consiste proprio nelle future modalità di esercizio (o non esercizio) del potere stesso. Potere che spetta all'amministrazione originariamente, ed è ad essa attribuito dalla legge in vista della soddisfazione dell'interesse pubblico. La questione dell'ammissibilità di accordi con cui l'amministrazione si vincola, nei confronti dei privati o di altre amministrazioni, nell'esercizio (o non esercizio) del pubblico potere attiene al dibattito inerente il cd. «contratto di diritto pubblico», inteso come «contratto avente per oggetto proprio lo svolgimento o il non svolgimento di funzioni pubbliche», dibattito essenzialmente rivolto sulla ammissibilità teorica «di una categoria di convenzioni in cui sia dedotto in obbligazione l'esercizio stesso della potestà amministrativa» (52).

Nel primo tipo di rapporti il potere amministrativo si è esaurito e concretizzato almeno con riferimento alla soddisfazione dell'interesse speciale e concreto che l'edizione dell'atto voleva perseguire. Le situazioni giuridiche soggettive in gioco che residuano sono, pertanto, da una parte l'interesse dell'amministrazione a che il provvedimento amministrativo che essa assume emesso per la tutela dell'interesse pubblico (generale e specifico) non sia rimosso, dall'altro l'interesse legittimo del privato eventualmente leso dall'atto amministrativo, che egli assume illegittimo, a che questo sia posto nel nulla, oltre al risarcimento del danno.

Nel secondo tipo di rapporti viene in rilievo primariamente la piena sussistenza del potere amministrativo che la pubblica amministrazione «deve» esercitare per il perseguimento dell'interesse pubblico (generale e speciale), oltre all'interesse legittimo del privato a che il potere sia legittimamente esercitato.

La differenza tra le due situazioni è palese. Nella prima l'esercizio del potere si atteggia a presupposto, è già avvenuto ed eventuali controversie saranno tese ad accertare se tale esercizio sia stato o meno conforme alla legge. Non è in discussione la spendita del potere amministrativo, ma il suo corretto esercizio nel caso concreto: l'esercizio del potere amministrativo appartiene al passato e si tratterà semmai di regolare gli effetti dell'esercizio del potere. Nella seconda delle rappresentazioni prospettate invece l'amministrazione non ha ancora esercitato il potere. È in discussione proprio l'esercizio in concreto di un potere che le è attribuito originariamente e unilateralmente dalla legge. Un potere che, come si vedrà subito, non è libero ma è doppiamente vincolato. La legge e l'interesse pubblico non sono parametro della correttezza di una vicenda del passato ma sono faro per l'esercizio di una potestà per il futuro.

(52) Così NIGRO M., *Conclusioni*, in AA.VV., *L'accordo nell'azione amministrativa*, a cura di MASUCCI A., in *Quaderni Formez*, Roma 1988, 86. V. in argomento, per un ampio *excursus* storico, il bel saggio di GRECO G., *Accordi amministrativi, tra provvedimento e contratto*, Torino 2003.

Si potrebbe dire che nel primo dei rapporti descritti ci si trova di fronte ad una realtà «statica» e rivolta al passato, nel secondo ad una realtà «dinamica» e rivolta al futuro.

4. La disponibilità del potere amministrativo e suoi limiti

Tradizionalmente la dottrina, soprattutto quella anteriore alla l. 241/90, ha riferito l'indisponibilità del potere amministrativo, senza peraltro fornire una qualsivoglia motivazione a questo assunto quasi dogmatico (53). Il potere amministrativo è unilaterale (54), attribuito dalla legge alle pubbliche amministrazioni in casi tassativi e tipici (55) per la tutela e il perseguimento dell'interesse pubblico.

Proprio perché attribuito in vista di uno scopo se ne inferisce che detto potere sia «vincolato» e «doveroso», ossia vincolato alla soddisfazione dell'interesse pubblico quando e se viene esercitato, doveroso nel senso che, laddove ne ricorrano i presupposti, l'amministrazione ha l'obbligo di esercitare il potere per perseguire l'interesse pubblico (56). Ne deriva che l'interesse pubblico condiziona doppiamente il potere amministrativo: questo è conferito all'amministrazione dalla legge «solo» per la soddisfazione dell'interesse pubblico, e può, e deve, essere esercitato «solo» per la soddisfazione dell'interesse pubblico. Se non fosse in gioco l'interesse pubblico il potere non sarebbe stato conferito all'amministrazione, e, una volta conferito, questa non può esercitarlo che per la soddisfazione di quello; altrimenti l'atto sarebbe viziato di eccesso di potere (57). E quindi, ogni volta che si manifesti la necessità di tutelare l'interesse pubblico, l'amministrazione non può che esercitare il potere.

Corollario necessario di queste affermazioni è che l'attribuzione del potere – ossia la funzione amministrativa intesa come soddisfazione dell'interesse pubblico – è per l'amministrazione assolutamente indisponibile (58). Il potere è attribuito per il perseguimento di interessi che non sono «dell'amministrazione», ma ne costituiscono il fine istituzionale: applicando quanto si è detto sopra a proposito della disponibilità, in questo caso nemmeno si può parlare di interessi coincidenti e concorrenti con quelli dell'amministrazione, dal

(53) CAIA G., *Arbitrati e modelli arbitrali*, cit., 199; Id., *Materia compromettibili in arbitrato*, in AA.VV., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1999, 18; DE LISE P., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1991, 1196.

(54) Ossia di fonte non contrattuale: CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino 2003, 140.

(55) CORSO G., *L'attività amministrativa*, Torino 1999, 122.

(56) V. ancora CORSO G., *Manuale*, cit., 140 ss.

(57) GRECO G., *Accordi amministrativi*, cit., 144.

(58) Così DE LISE P., DELFINO B., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Arch. giur. oo. pp.* 2000, 2053; DE LISE P., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., 1196; GOISIS F., *La giustizia sportiva*, cit., 261 s.; VERDE G., *Nuove riflessioni su arbitrato e pubblica amministrazione*, cit., 698.

momento che nemmeno viene in rilievo un interesse «proprio» della struttura amministrativa; questa infatti è stata creata e si giustifica solo per l'esigenza di soddisfare il pubblico interesse tramite l'esercizio del potere.

Semmai si può dire che l'interesse istituzionale dell'amministrazione coincida con l'interesse pubblico per il quale è stata posta in essere sul piano organizzativo. Il punto fondamentale è però che l'amministrazione non può disporre dell'attribuzione del potere amministrativo, dal momento che la rinuncia impedirebbe *ipso facto* la realizzazione dello scopo per cui è stata creata.

In altre parole l'amministrazione non può certamente vincolarsi verso i privati spogliandosi del potere, obbligandosi cioè a non farne uso per il futuro (59): da un lato violerebbe la legge, dall'altro verrebbero meno i presupposti stessi della sua istituzione sul piano dell'organizzazione (60).

La presenza dell'interesse pubblico e la necessità della sua soddisfazione, «causa» del potere amministrativo (61), lo configurano – dal punto di vista dell'attribuzione – come assolutamente indisponibile, dal momento che è proprio quella attribuzione di potere a giustificare l'esistenza dell'amministrazione.

Occorre verificare, però, se, una volta che il potere è stato attribuito all'amministrazione, anche il suo concreto esercizio sia indisponibile.

La legge si limita ad individuare l'interesse pubblico da perseguire e soddisfare, ed attribuire all'amministrazione il potere relativo. Non è infatti possibile – scrive Platone nel *Politico* – che la legge ordini con precisione e per tutti «la cosa più buona e più giusta» indicando ciò che è assolutamente valido: le differenziazioni riscontrabili in concreto tra le cose umane, dovute a variabili spesso nemmeno facilmente individuabili, non consentono l'individuazione di un comando universalmente valido, soprattutto per la disciplina di questioni particolari. Ancora più preciso è Aristotele nell'*Etica Nicomachea*: la legge statuisce prendendo in considerazione l'*id quod plerumque accidit*, pur non disconoscendo l'errore dell'approssimazione e la necessità di integrazione e adattamento al caso concreto. Nondimeno essa è corretta: la causa dell'errore non sta nella legge ma nella natura delle cose. Diviene dunque necessario prevedere dei soggetti incaricati di stabilire nel particolare quello che avrebbe stabilito il legislatore (62).

E così la legge attribuisce all'amministrazione il potere per il perseguimento dell'interesse pubblico, e poi questa concretamente compirà gli atti materiali per il suo perseguimento.

Salvo che la legge stessa preveda analiticamente ogni momento della con-

(59) GOISIS F., *Op. loc. ult. cit.*; CHIRULLI P., STELLA RICHTER P., voce *Transazione (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.* 1992, vol. XLIV, 870.

(60) La norma che attribuisce il potere è infatti norma di organizzazione: v. NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, VI^a ed., Bologna 2002, 99.

(61) GRECO G., *Accordi*, cit., 118, 144.

(62) Platone e Aristotele sono richiamati anche da CORSO G., *Manuale*, 146 s.

cretizzazione, per modo che l'amministrazione ha il solo compito di chiudere un sillogismo perfetto (63), l'attività di perseguimento dell'interesse pubblico in concreto è discrezionale, ossia l'amministrazione è lasciata libera di scegliere tra diverse modalità di azione, quella che ritiene più opportuna.

Ebbene, ferma restando l'indisponibilità dell'interesse pubblico (64), e della attribuzione del potere in astratto, che afferiscono a valutazioni di esclusiva competenza del legislatore, le concrete modalità di esercizio del potere discrezionale sono invece disponibili per l'amministrazione in virtù dell'espresso riconoscimento legislativo della categoria dei «contratti di diritto pubblico» (65).

Come noto infatti l'art. 11 l. 241/90 consente all'amministrazione la conclusione di accordi con gli interessati per determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale, ovvero in sostituzione di questo. Detti accordi, che debbono essere stipulati per iscritto sotto pena di nullità e sono soggetti ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili, non possono pregiudicare l'interesse di terzi e sono soggetti alla clausola *rebus sic stantibus*, dal momento che, «per sopravvenuti motivi di

(63) Nel qual caso si ha attività vincolata, che taluno ritiene estranea addirittura all'attività amministrativa propriamente detta (CORSO G., *Manuale*, cit., 147 s.), dal cui esercizio deriverebbero posizioni di diritto soggettivo e non già di interesse legittimo. Sarebbe corretto parlare di potere solamente se l'amministrazione nell'agire debba compiere una scelta quanto all'assetto degli interessi in gioco; viceversa quando è esclusa ogni possibilità di scelta in relazione a ciascuno degli aspetti del provvedere ma siano riscontrabili solamente posizioni di obbligo, l'attività dell'amministrazione diverrebbe meramente esecutiva di quanto già deciso dalla legge. In tal senso v. CAPACCIOLI E., *Manuale di diritto amministrativo*, Padova 1980, 279; ORSI BATTAGLINI A., *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Studi in ricordo di E. Capaccioli*, Milano 1988, 267.

In senso contrario altri ha peraltro osservato che da un lato anche l'attività vincolata presuppone comunque margini valutativi, quantomeno relativamente ai presupposti (CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, vol. II, IV^a ed., Milano 2005, 1862 ss., cui si rimanda per l'ampia giurisprudenza rassegnata), e dall'altro, in ogni caso, l'effetto non deriverebbe direttamente dalla legge, ma il potere amministrativo resterebbe tale ancorché predeterminato nel contenuto (CASETTA E., *Compendio di diritto amministrativo*, VIII^a ed., Milano 2008, 232).

Quest'ultima posizione sembra condivisa dalla giurisprudenza: Cons. Stato 10 dicembre 2007, n. 6344, in *Vita not.* 1157 ss.: «anche in relazione a procedimenti finalizzati alla adozione di provvedimenti di natura sostanzialmente vincolata, come le autorizzazioni in materia edilizia, sussistono fasi in cui l'amministrazione deve esercitare poteri discrezionali, quanto meno sotto il profilo tecnico (attinenti al *quantum*, al *quomodo* ed al quando degli adempimenti da eseguire); di conseguenza, anche in relazione a questi procedimenti è ammissibile la stipulazione di un accordo procedimentale, ai sensi dell'art. 11 l. 7 agosto 1990 n. 241, atteso che si tratta di uno strumento di semplificazione, idoneo a far conseguire a tutte le parti un'utilità ulteriore rispetto a quella che sarebbe consentita dal provvedimento finale».

(64) Non appare pertanto corretta l'affermazione di ANTONIOLI M., *Arbitrato e giurisdizione esclusiva*, cit., 68, secondo il quale il mutato quadro normativo avrebbe reso disponibile l'interesse pubblico, e non già solo il concreto esercizio del potere.

(65) Nel senso della disponibilità del concreto esercizio del potere pubblico, ferma restando l'indisponibilità dell'attribuzione del potere v. VERDE G., *Nuove riflessioni su arbitrato e pubblica amministrazione*, cit., 698; ROMANO TASSONE A., *Giurisdizione amministrativa e arbitrato*, in *Riv. Arb.* 2000, 249 ss.

pubblico interesse l'amministrazione recede unilateralmente dall'accordo, salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato». Inoltre la pubblica amministrazione, nel concludere gli accordi, deve sempre tenere in considerazione la necessità del perseguimento del pubblico interesse (66).

La disposizione ha un'importanza fondamentale nell'economia del discorso che si sta affrontando perché consente di lasciar cadere ogni dubbio circa la possibilità per l'amministrazione di vincolarsi nell'esercizio del suo potere, pur con tutti i limiti che la particolarità dell'oggetto impone (67). Ossia,

(66) Sulla figura, limitandosi alle opere monografiche, oltre già citato saggio di GRECO G., *Accordi amministrativi*, cit., si vedano STICCHI DAMIANI E., *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano 1992; BRUTI LIBERATI E., *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico (tra amministrazione e privati)*, Milano 1996; CIVITARESE M., *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino 1997; FRACCHIA F., *L'accordo sostitutivo*, Padova 1998.

(67) Così anche VERDE G., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.* 1996, 220: «ai nostri fini può essere sufficiente rilevare che nel settore in cui è ammessa la rilevanza degli accordi non è più possibile dire, senza entrare in una vistosa contraddizione con se stessi, che le situazioni coinvolte nel contrasto e definite consensualmente rientrano nell'area dell'indisponibile giuridico».

Nello stesso senso anche GRECO G., *Accordi amministrativi*, cit., 293: «orbene, il tradizionale principio invocato in passato per escludere la compromettibilità in arbitrato delle controversie in tema di potestà-interesse legittimo è sempre stato rinvenuto nella non negoziabilità e nella correlativa intransigibilità del potere. Ma tale principio non può essere più fatto valere ora che, con gli accordi – di cui pure gli accordi di programma sono espressione – tale negoziabilità è un dato ormai acquisito».

V. ancora GOISIS F., *La giustizia sportiva*, cit., 246: «più di recente, al limite dalla indisponibilità delle controversie pubblicistiche, si è opposto che il dettato dell'art. 11 l. 241/1990 presupporrebbe la normale negoziabilità del potere amministrativo: il che dovrebbe quantomeno indirizzare verso una rimediazione della sua supposta indisponibilità».

Nello stesso senso v. anche DOMENICHELLI V., *Giurisdizione amministrativa e arbitrato: riflessioni e interrogativi*, cit., 240; PUGLIESE F., *Poteri del collegio arbitrale*, in AA.Vv., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1999, 65.

In giurisprudenza v. TAR Lazio, 3 giugno 2005, n. 4362, in *TAR 2005*, I, 1779: «Anzitutto, non è vero e, anzi, smentito dalla più recente formulazione dell'art. 11 della l. 241/1990 – e, più in generale, degli accordi tra P.A. e privati su questioni attinenti a funzioni autoritative e non soltanto paritetiche – l'assunto attempo secondo cui non sarebbe compromettibile per arbitri la tutela di interessi legittimi. È assodato in base ai dati testuali che, pure fuori dalla materia sportiva, l'ordinamento generale non solo non esclude, ma anzi incoraggia accordi che coinvolgono siffatte situazioni soggettive, sostituendo la volizione unilaterale della P.A. con assetti negoziati che, pur se rivolti a soddisfare interessi privati, mirano comunque alla massimizzazione di quello pubblico con risultati di pari dignità ed efficacia dell'azione amministrativa di livello pari a quanto si potrebbe ottenere con un provvedimento. Anzi, tali procedure negoziate, già assai comuni in materia concessoria o urbanistica, trovano la loro massima utilizzabilità proprio in vicende contenziose, ove la qualità degli interessi coinvolti, la vasta diffusione delle questioni e la necessità di componimenti *ante causam* o di risoluzione anche in via equitativa delle stesse impongono formule deflattive e/o alternative alla giurisdizione, indipendentemente dal tipo di posizioni soggettive fatte valere in via di tutela».

In senso contrario v. CHITI M.P. voce *Arbitrato*, in AA.Vv., *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da CASSESE S., Milano 2006, 406, e DE LISE P., DELFINO B., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit., 2053, secondo i quali dalle norme in questione non sarebbe possibile ricavare il principio della generale disponibilità del potere amministrativo, se non in una prospettiva evolutiva, mentre le ipotesi in cui gli accordi sono possibili sarebbero tassative e di stretta interpretazione.

qualora l'interesse pubblico per il quale l'amministrazione ha avuto in attribuzione il potere possa essere pienamente perseguito secondo diverse modalità, l'amministrazione può convenire con l'interessato una modalità determinata di esercizio del potere condivisa, vincolandosi in tal senso, e l'ordinamento riconoscerà tale vincolo (68).

Se pertanto all'amministrazione è riconosciuta questa possibilità significa che il potere amministrativo è comunque situazione giuridica soggettiva disponibile «in sé» (69), anche quando l'amministrazione agisce autoritativamente, purché l'interesse pubblico – nel quale l'attribuzione del potere si giustifica – sia in concreto perseguito. L'amministrazione «può» concludere accordi, ma anche qualora non ritenesse di farlo il potere resta comunque nella sua disponibilità, nel senso che non solo ha la possibilità di determinare «per contratto» l'esercizio del suo potere per il futuro, ma anche che – una volta esercitato il potere – può convenire con l'interessato una nuova sistemazione dell'assetto di interessi che ha concretizzato con l'edizione del provvedimento (70). In altre parole una volta esercitato il potere questo resta nella signoria dell'amministrazione, e non è preclusa la possibilità di revocarlo, modificarlo

(68) V. Cons. Stato 20 gennaio 2000, n. 264, in *Foro amm.* 2000, 114 ss.: «qualora la p.a. utilizzi lo strumento contrattuale in luogo di quello provvedimentale, ai sensi della l. 7 agosto 1990 n. 241, art. 11, comma 1, per determinare il contenuto di proprie determinazioni o per sostituire provvedimenti amministrativi, l'amministrazione è vincolata al contratto, salva la possibilità dell'esercizio del recesso unilaterale per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, giusta le indicazioni del 4 comma dell'art. 11 l. n. 241 cit.».

Non è assolutamente condivisibile quanto affermato da DELSIGNORE M., *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., 165, secondo la quale «perché si realizzi la disposizione del potere, è necessario che l'amministrazione riconosca in capo ad un soggetto terzo ed estraneo la capacità di esercitare il potere che le è attribuito». Come si è visto *supra* nel testo, infatti, la disponibilità non si concreta in altro se non nel fatto che l'ordinamento riconosca e dia sanzione – vincolando il giudice – ad un determinato assetto di interessi che le parti si danno. Che poi detto assetto si inserisca o meno in un più ampio rapporto non aggiunge nulla alla nozione di disponibilità. Il potere è disponibile nel senso che l'amministrazione può vincolarsi a sue determinate esplicazioni, cosa che peraltro è la *ratio* degli accordi di diritto pubblico *ex art.* 11 l. 241/90. In nessun modo l'amministrazione riconosce ad altri la capacità di esercitare il proprio potere.

(69) V. così anche VERDE G., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.* 1996, 215 ss., e in AA.VV., *Diritto dell'arbitrato*, cit., 41, il quale afferma che dove è ammessa la rilevanza degli accordi nel corso del procedimento amministrativo, in sostituzione del provvedimento finale, ovvero al fine di determinarne il contenuto, «non è più possibile affermare che le situazioni coinvolte nel contrasto rientrino nell'area dell'indisponibile giuridico», almeno nei casi in cui l'interesse pubblico sia stato interamente prevalutato e non siano successivamente sorte situazioni che ne abbiano successivamente imposto una nuova valutazione.

(70) Non così PUGLIESE F., *Poteri del collegio arbitrale e provvedimenti amministrativi*, in AA.VV., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1999, 74 ss., secondo il quale il limite della disponibilità del potere sarebbe dato proprio dal ricorso ai moduli consensuali di esercizio del potere, mentre già l'esercizio del diritto di recesso «con la sua carica di interesse pubblico sopravvenuto farebbe riemergere un provvedimento autoritativo (ormai residuale) e discrezionale, la cui sanzione di illegittimità (mediante l'annullamento) non potrebbe che passare attraverso la valutazione del giudizio amministrativo di legittimità (rimanendo sullo sfondo se si tratti o meno di giurisdizione esclusiva)».

o integrarlo d'accordo con l'interessato, sempre con i limiti indicati dall'art. 11 l. 241/90 (71).

Ecco allora che, per concludere, se certamente l'attribuzione per legge del potere amministrativo è indisponibile dal momento che trova la sua *ratio* nel perseguimento dell'interesse pubblico, il concreto esercizio del potere amministrativo rientra pienamente nella disponibilità dell'amministrazione (72), che può vincolarsi a non esercitarlo, ad esercitarlo in un certo modo piuttosto che in un altro, ovvero in un dato momento, purché – in concreto – l'interesse pubblico per il quale il potere era stato attribuito risulti perseguito e soddisfatto. Ancora non si vedono ragioni ostative ad accordi tra amministrazioni e privati per l'esercizio dei poteri di revoca, annullamento d'ufficio e convalida di provvedimenti amministrativi (artt. 21 *quinques* e *nonies* l. 241/90).

Certo il vincolo tra amministrazione e privato non può essere identico ad un vincolo contrattuale tra privati: la natura del potere amministrativo e il suo scopo infatti impediscono che l'accordo possa recare pregiudizio a terzi, e soprattutto la necessità per l'amministrazione di perseguire il pubblico interesse, che sta fuori dell'accordo (73), si porrà sempre come condizione risolutiva dell'accordo, che cadrà non appena l'assetto di interessi cristallizzato si rileverà – per cause sopravvenute – inidoneo al suo perseguimento.

Ciò peraltro non toglie alcunché al fatto della disponibilità del potere amministrativo, almeno se disponibilità significa riconoscibilità da parte dell'ordinamento di una rinuncia o di un vincolo, a prescindere che si inseriscano in un contesto negoziale più ampio, e a prescindere dal fatto che il riconoscimento della loro validità sia sottoposto ad alcune limitazioni.

Che questa sia soggetta a limiti specifici e ben individuabili discende dalla

(71) Attività ammessa anche in sede processuale: ROMANO TASSONE A., *Giurisdizione amministrativa e arbitrato*, cit., 261.

(72) V., PUGLIESE F., *Poteri del collegio arbitrale e provvedimenti amministrativi*, in AA.VV., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1999, 77; GRECO G., *Contratti e accordi*, cit., n. 4; GOISIS F., *Compromettibilità in arbitri e transigibilità delle controversie relative all'esercizio del potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2006, 251.

Condivisibilmente si è notato in CHIRULLI P., STELLA RICHTER P., voce *Transazione (diritto amministrativo)*, cit., 870, che non è, di regola, dato, con la transazione, rinunciare all'esercizio del potere anche per il futuro, in relazione all'eventuale mutare delle circostanze, ovvero, addirittura, con riguardo a fattispecie diverse (seppure connesse a quella oggetto di transazione). L'amministrazione, infatti, non può spogliarsi delle proprie attribuzioni, ma solo decidere se e come esercitarle in un caso concreto, *rebus sic stantibus*.

V. anche PAOLANTONIO N., *Contributo sul tema della rinuncia nel diritto amministrativo*, Napoli 2003, 95: «quel che è inesauribile, oltre che irrinunciabile, è la funzione non il potere, l'idea della inesauribilità pare riferibile ad entità puramente oggettive, astratte dalla sfera di disponibilità del soggetto giuridico non potendo comunque estendersi tale attribuzione alla teorica delle situazioni giuridiche soggettive per definizione inesauribili... La funzione è correlata non certo ad una situazione soggettiva di potere o potestà sibbene a un dovere giuridico vero e proprio».

(73) Non è né causa né motivo; cfr. GRECO G., *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva*, cit., n. 4.

natura particolare dell'oggetto del potere e dal suo scopo primario, ma ciò non intacca minimamente la caratteristica di disponibilità né la natura negoziale dell'accordo sull'esercizio del potere.

Del resto la clausola *rebus sic stantibus* è una clausola abbastanza frequente anche nei contratti di diritto privato; si pensi anche all'istituto della presupposizione: si tratta di casi in cui, nel diritto privato, il mutare delle circostanze giustifica lo scioglimento del vincolo negoziale per una delle parti. Ma questo non significa che il vincolo sia meno forte (74). Ciò vale anche per i contratti risolutivamente condizionati: non si può dire certo che il vincolo contrattuale sia meno forte solo perché destinato a venire meno al verificarsi di un evento futuro e incerto.

5. La disponibilità dell'interesse legittimo

«Ogni studio su temi di giustizia amministrativa si imbatte prima o poi sullo scoglio dell'interesse legittimo, rispetto alla cui controversa nozione è necessario prendere posizione» (75). Si tratta di un'osservazione assolutamente vera, alla quale si può aggiungere che di interesse legittimo esistano tante definizioni quanti sono gli autori che se ne sono occupati, anche perché il dibattito intorno alla figura è inesauribile «perché è collegato al rapporto fra cittadino e p.a., mutevole nel tempo, così che ogni concezione dell'interesse legittimo finisce con l'essere storicamente determinata» (76).

Ai nostri fini interessa sapere se tale situazione giuridica soggettiva sia o meno disponibile, al fine di verificare se sia possibile che eventuali controversie possano essere risolte mediante transazione o arbitrato. Peraltro, come si è appena fatto con il potere – che costituisce il contraltare dell'interesse le-

(74) In senso contrario DELSIGNORE M., *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., 166 ss., il ragionamento della quale, peraltro, prende le mosse da una malintesa nozione del concetto di disponibilità come capacità di muovere e cedere a terzi la propria situazione giuridica soggettiva. Pertanto l'impossibilità, innegabile, per l'amministrazione di cedere a terzi *tout court* l'esercizio del potere ne esclude la disponibilità; ulteriore argomento andrebbe individuato proprio nel fatto che i poteri dell'amministrazione di svincolarsi unilateralmente dal vincolo sarebbero a loro volta sintomatici della indisponibilità del potere.

In realtà, come si è visto, dire che il potere amministrativo è disponibile non significa che questa può spogliarsi del potere attribuito dalla legge, ma che può vincolarsi all'atto del suo esercizio accordandosi con i privati, purché l'accordo consenta la miglior realizzazione dell'interesse pubblico. Inoltre che gli accordi sull'esercizio del potere siano conclusi *rebus sic stantibus* non ne diminuisce la validità e vincolatività. Così la già citata Cons. Stato 20 gennaio 2000, n. 264, cit.: «qualora la p.a. utilizzi lo strumento contrattuale in luogo di quello provvedimentale, ai sensi della l. 7 agosto 1990 n. 241, art. 11, comma 1, per determinare il contenuto di proprie determinazioni o per sostituire provvedimenti amministrativi, l'amministrazione è vincolata al contratto, salva la possibilità dell'esercizio del recesso unilaterale per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, giusta le indicazioni del 4 comma dell'art. 11 l. n. 241 cit.».

(75) GRECO G., *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano 1980, 109.

(76) VERDE G., *Nuove riflessioni su arbitrato e pubblica amministrazione*, cit., 697.

gittimo in capo all'amministrazione – per ottenere una risposta che sia soddisfacente occorrerà indagare, sia pur brevemente, sulla sua natura (77).

La definizione tradizionale vede l'interesse legittimo come un interesse individuale strettamente connesso con l'interesse pubblico e protetto dall'ordinamento attraverso la tutela giuridica di quest'ultimo, protetto cioè non in via diretta e specifica ma in via occasionale e indiretta (78). Detta definizione ha peraltro il difetto di non analizzare compiutamente il profilo del modo in cui avviene la tutela dell'interesse individuale e di considerarla come un mero accidente della tutela dell'interesse pubblico. Peraltro sembra difficilmente superabile la contraddizione che si ha laddove la tutela dell'interesse legittimo viene individuata in norme dettate per la tutela di un diverso interesse, tanto che si è potuto affermare che gli interessi legittimi «sorgono in relazione a norme che per definizione non si occupano di essi» (79).

Ecco allora che la dottrina, al fine di individuare un'autonoma rilevanza dell'interesse legittimo, ha elaborato nuove nozioni (80). Tra tutte una che ha riscosso un particolare successo è quella che vede nell'interesse legittimo un potere processuale di azione attribuito al soggetto a tutela del suo interesse lesa dall'esercizio dell'attività amministrativa (81). Ma anche questa defini-

(77) Le posizioni della dottrina relativamente all'indisponibilità dell'interesse legittimo sono le più diverse, come del resto diverse sono le definizioni che se ne danno. La rassegna delle diverse posizioni della dottrina in argomento sarà offerta *infra*, quando si approfondirà l'area della compromettibilità per arbitri nel diritto amministrativo. Per l'intanto bastino AMORTH A., *Annotazioni sull'arbitrato nelle controversie amministrative*, cit., 2173; PANZARINI G., *Diritti disponibili*, in AA.VV., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1999, 123; ACQUARONE L., MIGNONE C., voce *Arbitrato nel giudizio amministrativo*, cit. 367; DE LISE P., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., 1169; CHIRULLI P., STELLA RICHTER P., voce *Transazione (diritto amministrativo)*, cit., 867.

(78) SPAGNUOLO VIGORITA R., *Situazioni soggettive private e processo amministrativo: per l'attuale difesa dell'interesse pubblico*, in *Dir. proc. amm.* 1988, 319; SATTA S., *Diritto processuale civile*, 1947, 5; peraltro il Satta preferisce parlare di interesse occasionalmente «leso» piuttosto che di interesse occasionalmente protetto: «La dottrina ha ad un tempo avvertito e misconosciuto questa indissociabile correlazione tra interesse pubblico e situazione soggettiva, quando ha creato la formula di interesse occasionalmente protetto, là dove più giusto sarebbe dire, come ho accennato altre volte, che l'interesse del soggetto è occasionalmente offeso dall'attività della p.a. quando questa non rispetta la legge» SATTA S., *La responsabilità per lesione di interessi legittimi*, in SATTA S., *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Nuoro 2004, 333.

(79) GUARINO G., *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.* 1949, 278.

(80) E così lo si è qualificato come «l'interesse alla legittimità degli atti amministrativi» (TOSATO E., *Interesse materiale e interesse processuale nella giurisdizione amministrativa di legittimità*, Padova 1937, 232), l'«interesse di fatto che ogni soggetto fa valere contro l'amministrazione in regime di legalità» (SATTA F., *Giustizia amministrativa*, Padova 1997, 152) o come l'«interesse dell'amministrato a che il potere amministrativo, nel quale si imbatte la sua posizione soggettiva sostanziale, venga esercitato nel rispetto delle regole imposte dall'ordinamento all'azione amministrativa» SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli 1980, 107.

(81) CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale civile*, Napoli 1965 (rist.), 50 e 358; GUICCIARDI E., *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giurisprudenza amministrativa*, in *Arch. dir. pub.* 1937, 15 ss.; ALLORIO E., *Diritto processuale tributario*, IV^a ed., Torino 1962, 568; NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, vol. I, Milano 1960, 28 ss.

zione appare incompleta, perché non tiene conto dei poteri né del ruolo che l'ordinamento espressamente riconosce ai privati già all'interno del procedimento.

La tutela del privato, infatti, non si esaurisce nella sola possibilità di impugnare innanzi ad un giudice il frutto dell'azione amministrativa: questi può dare impulso al procedimento, può intervenire nel procedimento, presentare memorie e osservazioni cooperando alla corretta esplicazione del potere, correggendone le deviazioni. L'amministrazione ha l'obbligo di comunicare all'interessato l'avvio del procedimento (art. 7 l. 241/90). Addirittura il privato può, come si è appena visto, concordare con l'amministrazione le modalità di esercizio concreto del potere.

Ecco allora l'autentica cifra dell'interesse legittimo andrebbe ricercata proprio in questa posizione che la legge riconosce al privato nei confronti dell'agire amministrativo in generale.

Posizione che gli dà la possibilità di non essere mero spettatore e destinatario del provvedimento, ma di influire sul corretto esercizio del potere e nel perseguimento dell'interesse pubblico, vuoi partecipando al procedimento ed ivi esercitando i poteri previsti dalla legge, vuoi chiedendo al giudice un sindacato sul corretto esercizio del potere mediante l'impugnazione giudiziale del provvedimento, al fine di provocarne l'espunzione dal sistema qualora ne venga accertata l'illegittimità, ma anche provocando l'esercizio dei poteri di revoca, annullamento o convalida (82).

Si tratta in altre parole di una posizione di cui il privato gode fin da quando all'amministrazione è dalla legge attribuito il potere e che conserva fino a quando lo stesso potere residua e può essere esercitato, anche in via di autotutela o di ripensamento, in caso di sopravvenuti motivi di interesse pubblico o diversa valutazione dell'interesse pubblico originario.

A far data dalla pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione 22 luglio 1999, n. 500 (83) alla lesione dell'interesse legittimo si accompagna anche il risarcimento del danno. Sulla qualificazione da riconoscere alla tutela risarcitoria, come noto, è in atto uno scontro tra la giurisprudenza civile e amministrativa [l'art. 30 del codice amministrativo ha scelto una soluzione mediata, *ndr*]: la prima vede nel risarcimento del danno il completamento della tutela

(82) Così NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, VI^a ed., Bologna 2002, 103, che muta e perfezione il suo precedente avviso: secondo il quale l'interesse legittimo è «*la posizione di vantaggio fatta ad un soggetto dell'ordinamento in ordine ad una utilità oggetto di potere amministrativo e consistente nell'attribuzione al medesimo soggetto di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione della pretesa utilità*» (corsivo dell'Autore).

(83) In *Foro it.* 1999, I, 2487, con note di PALMIERI A.M. e PARDOLESI R.; *Giornale dir. amm.* 1999, 832, con nota di TORCHIA L.; *Urb. e app.* 1999, 1067, con nota di PROTTO R.; *Arch. civ.* 1999, 1107; *Danno e resp.* 1999, 965, con note di CARBONE V, MONASTERI P.G.; *Corriere giur.* 1999, 1367, con note di DI MAJO A. e MARICONDA V.

che l'ordinamento riconosce all'interesse legittimo (84), la seconda invece vi riconosce un vero e proprio diritto soggettivo condizionato al previo annullamento del provvedimento (85).

Ma a prescindere da questo scontro istituzionale e della natura da riconoscersi al risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo, le riferite caratteristiche di questo non possono che far concludere per la sua piena disponibilità (86).

Si tratta infatti di una posizione di vantaggio che è collegata esclusivamente alla salvaguardia degli interessi del titolare, che può rinunciare senza ledere interessi coincidenti o concorrenti. Del resto l'ordinamento riconosce e tutela l'interesse legittimo nell'esclusivo interesse del titolare, ben potendo l'amministrazione agire efficacemente anche senza riconoscere alcuna rilevanza alle posizioni del privato. Nel sistema postunitario, infatti, la preoccupazione maggiore del legislatore era proprio nel senso di dettare le «guarentigie dell'amministrazione nei confronti dell'amministrato» (87). Con-

(84) L'orientamento della cassazione prende le mosse dalle citate ordinanze delle sezioni unite del 15 giugno 2006.

(85) L'orientamento del Consiglio di Stato è più risalente. È stato ribadito dall'Adunanza Plenaria 22 ottobre 2007, n. 12 (cit.), proprio in risposta al *revriment* della Cassazione.

(86) GOISIS F., *La giustizia sportiva tra funzione amministrativa ed arbitrato*, cit., 277; Id. *Compromettibilità in arbitri e transigibilità delle controversie relative all'esercizio del potere amministrativo*, cit., 251; SCOCA F.G., *La capacità della pubblica Amministrazione di compromettere in arbitri*, in AA.VV., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1991, 106: «non c'è dubbio che l'interesse legittimo sia disponibile. Il problema non è se esso sia disponibile, il problema è semmai se sia disponibile la situazione soggettiva contrapposta all'interesse legittimo, cioè il potere dell'Amministrazione»; CAIA G., *Arbitrati*, cit., 199; Id., *Materie compromettibili in arbitrato con la pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Arbitrato*, cit. 1999, «il limite è rappresentato dalla esistenza nelle fattispecie di una situazione di potere amministrativo, il quale è di per sé inesauribile ed irrinunciabile»; ROMANO TASSONE A., *L'arbitrato*, in AA.VV., *Il processo avanti al giudice amministrativo, commento sistematico alla l. 205/2000*, II^a ed., Torino 2004, 525 ss., 532; VILLATA S.A., *Controversie di pubblico impiego, arbitrato e disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi*, in *Riv. dir. proc.* 2000, 803 s.

In senso contrario, ritiene l'interesse legittimo indisponibile in quanto collegato all'esercizio del potere amministrativo AMORTH A., *Annotazioni sull'arbitrato nelle controversie amministrative*, cit., 2170; sempre in senso contrario LARCHENA R., voce *Arbitrato*, cit., 1, il quale afferma l'indisponibilità *tout court* delle posizioni di interesse legittimo, senza peraltro offrire la spiegazione alcuna.

La stessa Cassazione si è espressa ripetutamente nel senso della transigibilità dell'interesse legittimo (inteso come diritto d'azione o comunque di ricorso) in liti «edilizie» tra privati, perché «nessuna disposizione vieta che si possa disporre di detto interesse personale, e che quindi lo stesso possa essere oggetto di transazione, qualificandosi o come *aliquid datum* o *aliquid retentum*» Così, Cass., sez. un., 22 gennaio 1982, n. 427, in *Riv. giur. edilizia*, 1982, I, 611 ss.

Conformemente, Cass. 11 luglio 1978, n. 3479, in *Foro it.* 1979, I, 820 ss.; Id. 7 maggio 1981, n. 2979; Id. 2 aprile 1982, n. 2030; Cass., sez. un., 27 luglio 2004, n. 1409, in motivazione, che pure ritiene l'art. 6 l. 205/00 preclusivo della arbitrabilità degli interessi legittimi.

(87) La scarsa considerazione che il legislatore aveva per gli interessi legittimi è rappresentata efficacemente dalle parole di Pasquale Stanislao Mancini, pronunciate nel corso dei lavori parlamentari che hanno portato all'approvazione della legge del 1865 di abolizione dei tribunali del contenzioso amministrativo: «... sia pure che l'autorità amministrativa abbia fallito la sua missione, che non abbia provveduto con opportunità e saggezza, sia pure che essa abbia, e forse anche senza motivi, rifiutato ad un

siderazioni di efficienza dell'agire amministrativo hanno consigliato di coinvolgere i privati (88) addirittura rendendo eccezionale l'esercizio autoritativo del potere (89), ma certo anche senza l'intervento di questi gli scopi dell'amministrazione sarebbero comunque perseguibili.

Va peraltro segnalato che, proprio in virtù della definizione che si è scelta, la disponibilità dell'interesse legittimo non si riduce esclusivamente alla possibilità di rinuncia al ricorso (90), ma anche possibilità di disporre di tutte le prerogative che discendono dall'interesse legittimo nella fase procedimentale e, dopo che il provvedimento è stato reso, anche nella fase successiva, finché revoca, annullamento e convalida sono possibili.

Se pertanto il cittadino rinunciasse alle sue prerogative nel corso del procedimento, o si obbligasse nei confronti dell'amministrazione a non impugnare un provvedimento che ritiene illegittimo, o magari a rinunciare al giudizio, o ancora favorisse la convalida del provvedimento, non si vedono ostacoli al riconoscimento della vincolatività di tale accordo.

Quanto alla fase procedimentale, le possibilità di impulso e partecipazione che sono riconosciute al privato non sembrano altro che il completamento della riconosciuta possibilità dei «contratti di diritto pubblico»: se l'ordinamento riconosce all'amministrazione la possibilità di vincolarsi nei confronti del privato nell'esercizio del suo potere, *a fortiori* deve riconoscersi a quest'ultimo la possibilità di far valere i suoi interessi nel procedimento anche mediante accordi con l'amministrazione.

È vero poi che l'interesse legittimo trova la sua ragion d'essere nel potere. Abbiamo visto infatti che questo sorge come posizione di vantaggio con riferimento ad un'utilità oggetto di potere amministrativo. Ma le sue relazioni col potere finiscono in questa coesistenzialità; ossia, l'interesse legittimo come situazione giuridica soggettiva sorge solamente se è in gioco il potere amministrativo e trova il suo epilogo nell'esaurirsi di questo (91), ma non partecipano l'uno dell'altro.

Ossia, per il resto, si tratta di due posizioni autonome e distinte perché autonoma e distinta ne è la fonte e l'ambito di operatività. Anche se l'interesse

cittadino una permissione, un vantaggio, un favore, che ogni ragione di prudenza e di buona economia consigliasse di accordargli, sia pure che esso cittadino è stato di conseguenza ferito, e forse anche gravemente, nei propri interessi: che perciò? Che cosa ha sofferto il cittadino in tutte le ipotesi testè discorse? Semplicemente una lesione degli interessi? Ebbene che vi si rassegni».

(88) GASPARINI CASARI V., *Arbitrato e controversie amministrative*, AA.VV., *L'arbitrato*, cit., 1021.

(89) Cons. Stato 28 febbraio 2005, n. 727.

(90) GOISIS F., *La giustizia sportiva tra funzione amministrativa ed arbitrato*, cit., 277.

(91) Si pensi ad esempio al vincolo espropriativo posto sopra un bene immobile. Fino a che perdura il vincolo sul bene il proprietario ha una posizione di interesse legittimo nei confronti dell'autorità espropriante. Ma una volta che il potere amministrativo sia venuto meno per qualunque ragione, e con esso il vincolo espropriativo, verrà meno anche l'interesse legittimo del proprietario.

legittimo consente al privato di incidere sulla concreta esplicazione del potere, ciò rientra solo nelle prerogative che la posizione di interesse legittimo conferisce al titolare: significa partecipazione al procedimento e non partecipazione alla attribuzione potere (92).

Questo significa anche che l'interesse legittimo si trova in una posizione di alterità rispetto all'interesse pubblico: certamente è possibile che interesse legittimo e interesse pubblico coincidano, ed anzi ciò avviene nella fisiologia delle cose, ma l'interesse legittimo è pur sempre una posizione di vantaggio riferita ad interessi personali del titolare, che può liberamente rinunciarvi senza che l'interesse pubblico ne risenta (93).

6. *La transigibilità delle situazioni giuridiche soggettive di diritto pubblico*

Dopo che si è visto quali sono i rapporti di diritto pubblico, e che si è indagata la natura delle situazioni giuridiche soggettive che vi si riferiscono, appare indubitabile che la transazione sia ammissibile anche nei rapporti di diritto pubblico.

Vista la disponibilità delle situazioni giuridiche soggettive che ne vengono coinvolte, non pare possa essere un argomento sufficiente il fatto che l'art. 1966 c.c. faccia riferimento ai soli «diritti» e non anche ad altre situazioni giuridiche soggettive. Non può infatti essere riconosciuto valore eccessivo ad un'espressione «contenuta in un testo (il codice civile) relativo a diritti soggettivi e che si occupa esclusivamente o almeno prevalentemente di rapporti di diritto privato; è viceversa giustificato ritenere che i diritti soggettivi sono considerati riferimento riassuntivo a tutte le situazioni giuridiche soggettive» disponibili (94).

Peraltro appare pure chiaro come sia scorretto parlare della transigibilità dei soli interessi legittimi, senza considerare che oggetto di concessione può essere anche l'esercizio in concreto del potere amministrativo, nei limiti in cui l'amministrazione può vincolarsi nel loro esercizio.

In particolare se ci si riferisce solamente alla situazione in cui l'ammini-

(92) V. in proposito GRECO G., *Contratti e accordi*, cit., n. 4; nonché GIANNINI M.S., *Corso di diritto amministrativo*, vol. III, 2, Milano 1967, 103, ove si sottolinea che la sola amministrazione è titolare del potere/dovere di perseguire l'interesse pubblico.

(93) Non è pertanto condivisibile, perché apodittica, l'affermazione di DE LISE P., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., 1196, secondo il quale gli interessi legittimi non sarebbero disponibili «stante la stretta connessione tra queste posizioni e l'interesse pubblico. Manca in questo caso il requisito della disponibilità della *res litigiosa*, non potendosi ritenere disponibile, dalla pubblica amministrazione o dal privato, la legittimità dell'esercizio della pubblica funzione, su cui l'interesse legittimo fonda la propria tutela».

94) SCOCA F.G., *La capacità della pubblica amministrazione di compromettere in arbitri*, in A.A.V.V., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1991, 106; DEL Signore M., *La compromettibilità*, cit., 120.

strazione abbia già concretizzato il suo potere in un provvedimento, si è detto sopra che eventuali accordi transattivi sarebbero diretti a salvaguardare l'atto amministrativo e i suoi effetti, con rinuncia all'impugnazione da parte del privato, che viene tacitato attraverso un sacrificio consistente nella cessione di un bene o, più spesso, dietro l'esborso di una somma di denaro da parte della pubblica amministrazione (95). In questo caso oggetto della concessione è la posizione soggettiva del privato, mentre il potere amministrativo – ormai esercitato – non rilevarebbe nella vicenda transattiva, e le concessioni dell'amministrazione consisterebbero nel riconoscimento di una somma di denaro o altra utilità.

Certo l'amministrazione potrebbe, dopo la conclusione della transazione, annullare comunque l'atto amministrativo che ne costituiva l'oggetto, ovvero sostituirlo con un altro, se ciò è richiesto da un mutamento delle circostanze per il perseguimento dell'interesse pubblico, anche assecondando le istanze del privato. Ma quanto alla vicenda transattiva le concessioni dell'amministrazione non hanno ad oggetto il potere amministrativo.

Diversamente, nel caso in cui la transazione avvenga quando il potere amministrativo non è stato ancora nel concreto esercitato, le rinunzie e le concessioni non potranno che riguardare da un lato l'interesse legittimo del privato dall'altro l'esercizio (o il non esercizio) del potere amministrativo. Il rapporto che scaturisce dal contratto di transazione sarà pertanto un rapporto di diritto pubblico, ossia, in altre parole, la transazione sarà «inquadabile nella categoria dei contratti di diritto pubblico» *ex art. 11 (e 15) l. 241/90* (96).

Pertanto più corretto è parlare di transazione sui rapporti di diritto pubblico, salvo poi specificare quale sia la natura del rapporto di volta in volta coinvolto. Rifacendosi a categorie già elaborate da autorevole dottrina si può parlare, nel primo caso, di «transazioni di diritto privato aventi ad oggetto rapporti di diritto pubblico» e, nel secondo caso, «transazioni di diritto pubblico» (97): nel primo caso la transazione avrà natura di contratto di diritto privato dal momento che l'oggetto delle concessioni attiene pienamente al diritto privato; nel secondo caso si avrà un vero e proprio contratto di diritto pubblico *ex art. 11 l. 241/90*, dal momento che le concessioni possono avere ad oggetto l'esercizio del potere amministrativo (98).

Ecco allora che può finalmente dirsi sciolta la riserva formulata nel precedente capitolo circa le effettive potenzialità della transazione nel diritto amministrativo.

(95) GRECO G., *Contratti e accordi*, cit., n. 3, il quale peraltro fa notare che dette situazioni sono le uniche prese in considerazione dal Guicciardi proprio perché questi riteneva inammissibile la possibilità per l'amministrazione di vincolarsi nell'esercizio del potere.

(96) GRECO G., *Contratti e accordi*, cit., n. 4

(97) GRECO G., *op. cit.*, *passim*.

(98) T.A.R. Veneto, sez. I, 24 maggio 2000, n. 1107, in *Riv. amm. Veneto* 2002, 103 ss.

Lo stesso sciolta può dirsi la riserva che si era formulata a proposito della procedura di precontenzioso in sede di gara di cui all'art. 6, comma 7, lettera n) del codice degli appalti, ossia se fosse possibile per l'amministrazione cristallizzare in un atto avente contenuto transattivo l'assetto di interessi come ricostruito dall'Autorità per i contratti pubblici nel parere non vincolante. Anche in quel caso la stazione appaltante e il concorrente ben possono concludere un accordo transattivo che vincoli il futuro esercizio del potere amministrativo nel corso della gara alla interpretazione offerta dalla autorità.

Naturalmente il fatto che la procedura di gara si svolge in confronto di più soggetti concorrenti detto accordo non potrà risolversi in un danno nei confronti di questi (99).

7. La conciliazione

La conciliazione può essere intesa in due modi: a) come un risultato ovvero b) come un'attività diretta ad ottenere quel risultato (100).

Quando la conciliazione è intesa come attività si caratterizza per l'intervento di un terzo che offre alle parti di un rapporto controverso un *consilium* affinché queste possano autonomamente giungere al *concilium* (101), ossia

(99) E quindi un accordo che consenta all'impresa illegittimamente esclusa di partecipare alle successive fasi della gara è certamente ipotizzabile, lo stesso non può dirsi di un accordo tra la stazione appaltante e un concorrente finalizzato alla esclusione di un altro concorrente determinato.

Né potrebbe essere ritenuto ammissibile un accordo che abbia l'effetto di rendere maggiormente restrittivi (anche solo sul piano interpretativo) i requisiti di partecipazione alla gara o le valutazioni per l'attribuzione dei punteggi utili ai fini dell'aggiudicazione.

Il parere dell'Autorità reso tra stazione appaltante e concorrente potrebbe essere utilizzato anche al fine di raggiungere un accordo transattivo tra due concorrenti alla medesima gara, al fine ad esempio di ottenere la rinuncia all'impugnazione del bando o dell'aggiudicazione. In tal caso, peraltro, la transazione intercorrendo tra soggetti privati sarà necessariamente avulsa da aspetti pubblicistici e ricadrà *in toto* nella fattispecie dell'art. 1965 c.c.: la transazione sarà novativa rispetto alla controversia ma non rispetto al rapporto sostanziale di diritto pubblico che permane immutato, ed anzi risulterà rafforzato (v. *Greco G.*, *Contratti e accordi*, cit., n. 3).

(100) PICARDI N., *Manuale*, cit., 593.

(101) Così PUNZI C., *Il processo civile, sistema e problematiche*, vol. III, *I procedimenti speciali e l'arbitrato*, Torino 2008, 158; Id., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., vol. I, 49 ss.; Id., *Arbitrato e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.* 1995, 1028 ss.; Id., *Relazioni fra l'arbitrato e le altre forme non giurisdizionali di soluzione delle liti*, cit., 390 ss.; RUBINO SAMMARTANO M., *Diritto dell'arbitrato*, 5ª ed., Padova 2006, 5 ss. *Sulla conciliazione in generale* v., oltre alle opere citate, LUISO F.P., voce *Conciliazione*, in *Il diritto-Encicl. giur. Il Sole 24 ore*, Milano 2007, vol. III, 498 ss.; Id., *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, 1201 ss.; SOLDATI N., *La conciliazione*, Milano 2007; BARTOLOMUCCI P., voce *Conciliazione extragiudiziale*, in *Dig. civ. (agg.)*, vol. I, Torino 2007, 211 ss.; CAPONI R., *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR («Alternative Dispute Resolution»)*, in *Foro it.* 2003, V, 165 ss.; DENTI V., *I procedimenti non giudiziali di conciliazione come istituzione alternativa*, in *Riv. dir. proc.* 1980, 410 ss.; CHIARLONI S., *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2000, 447 ss.; SATTÀ S., *Dalla conciliazione alla giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.* 1939, I, 200 ss.; NICOLETTI C.A., *La conciliazione nel processo civile*, Milano 1963.

comporre la controversia (102).

Se il ruolo di offrire alle parti il *concilium* è dalla legge riferito al giudice, si parla di conciliazione giudiziale, disciplinata da numerose disposizioni del codice di rito e leggi speciali (103).

Tralasciando la conciliazione giudiziale, e dedicando attenzione alla sola conciliazione stragiudiziale, questa è comunemente distinta, sulla base del ruolo svolto dal conciliatore, in conciliazione «facilitativa», in cui il terzo si limita a far emergere i reali interessi delle parti astenendosi dal proporre qualunque soluzione o consiglio e consentendo alle parti stesse il raggiungimento di un accordo; e conciliazione «valutativa», in cui il terzo, analizzate le rispettive pretese delle parti, e la loro fondatezza ed accoglibilità in sede giudiziaria, formula loro una proposta di accordo da esse liberamente valutabile e generalmente non utilizzabile nell'eventuale giudizio ordinario (104).

Sul piano funzionale la conciliazione stragiudiziale viene spesso usata dal legislatore quale «filtro», obbligatorio (105) o facoltativo (106), attraverso il quale le parti «possono» giungere ad estinguere la controversia prima di ricorrere al giudice (107).

Quanto all'oggetto, non vi è dubbio che la conciliazione può avvenire solamente su situazioni giuridiche soggettive disponibili (108), né deve essere contraria ad ordine pubblico e buon costume (109). Quando il legislatore usa il termine «conciliazione» con riferimento a situazioni giuridiche indisponibili,

(102) Accanto alla conciliazione si colloca la «mediazione». Il termine mediazione viene utilizzato dal legislatore solo in rari casi (es. mediazione familiare) anche se in dottrina, in assenza di una sicura convenzione terminologica, i due termini vengono spesso utilizzati come equivalenti (PUNZI C., *Il processo civile*, cit., vol III, 158; PICARDI N., *Manuale*, cit., 593). La differenza fra la mediazione e la conciliazione è stata talora individuata in dottrina nella necessaria presenza nella mediazione di un terzo qualificato ma diverso dal giudice (PICARDI N., *op. loc. ult. cit.*) e in altri casi, nel fatto che la conciliazione si conclude con un accordo di conciliazione stipulato dalle parti (ancorché aiutate dal conciliatore), mentre la mediazione prevede, invece, la possibilità che l'accordo venga predisposto dal mediatore ed accettato dalle parti (v. PUNZI C., *op. ult. loc. cit.*).

(103) Sull'importanza del ruolo del giudice nella conciliazione giudiziale si veda MONTESANO L., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., 39. La conciliazione giudiziale può presentarsi come conciliazione preventiva, in sede non contenziosa e affidata al giudice di pace (art. 322 c.p.c.), o come conciliazione successiva, che si svolge all'interno e nel corso del processo (cfr. art. 183, commi 3 e 9, e art. 185, comma 1, c.p.c.; nonché art. 350, comma 3, c.p.c., per ciò che attiene al processo ordinario di cognizione; art. 420 c.p.c. per il rito del lavoro; art. 708 c.p.c. per i procedimenti di separazione e divorzio; art. 696 *bis* c.p.c. in tema di accertamento tecnico preventivo).

(104) Così PUNZI C., *Il processo civile*, cit., 159 s.

(105) Si pensi al tentativo obbligatorio di conciliazione previsto in materia di lavoro dall'art. 410 c.p.c.

(106) Non sono rare le clausole contrattuali con le quali le parti si autovincolano ad esperire un tentativo di conciliazione prima di adire il giudice.

(107) PICARDI N., *Manuale*, cit., 593 s.; RUBINO SAMMARTANO M., *Il diritto dell'arbitrato*, cit., 4.

(108) PICARDI N., *Manuale*, cit. 591; LUISO F.P., *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, cit., 1026.

(109) PICARDI N., *Manuale*, cit., 590.

ad esempio nella cd. «mediazione» in materia familiare, attribuisce al termine un significato diverso da quello consueto e che si sta tratteggiando: «non già quella di favorire un accordo delle parti, idoneo a porre regole di condotta con effetti del tutto identici a quelli della sentenza, quanto quello di convincere le parti a tenere comportamenti conformi alle prescrizioni normative, o più in generale idonei a meglio soddisfare gli interessi in gioco. Essa ha quindi la funzione di prevenire comportamenti illeciti o comunque inopportuni: non già quella di porre termine ad una controversia giuridica» (110).

Quanto al frutto della conciliazione, tendenzialmente quando riesce le parti stipulano un accordo negoziale in cui cristallizzeranno le loro volontà, e nel quale si identificherà quel «risultato» di conciliazione di cui si parlava ad inizio paragrafo (111).

Salvi i casi espressamente previsti dalla legge, l'accordo conciliativo non è assistito da efficacia esecutiva. Questo elemento potrebbe avere effetti dissuasivi al ricorso alle procedure conciliative qualora una parte dubiti che l'altra mantenga fede agli impegni assunti in sede conciliativa (112); ma vanno a tal proposito fatte delle considerazioni. Da un lato infatti il ricorso allo strumento conciliativo anziché alla giurisdizione, e ancor più il fatto che la conciliazione si sia effettivamente raggiunta, sono di per sé sintomi del fatto che i rapporti tra le parti, seppur messi in crisi dalla controversia possibile o attuale si sono mantenuti buoni; pertanto, almeno in via tendenziale, sembra doversi escludere un inadempimento degli obblighi assunti in sede conciliativa. Dall'altro lato, il verbale di conciliazione potrebbe aprire la strada alla via monitoria nel caso in cui ne ricorrano i presupposti. Ancora, l'inadempimento in sede conciliativa potrebbe essere valutato come un comportamento idoneo, in esito ad un procedimento di cognizione, a fondare la responsabilità aggravata *ex art. 96 c.p.c.*

Quando la conciliazione non riesce, si ritiene che l'esito negativo del procedimento non produca alcun effetto. In particolare si ritiene che il comportamento delle parti costituisca una manifestazione di volontà che assume rilievo come proposta contrattuale, e non ha alcun riflesso probatorio in un eventuale successivo giudizio (113).

Il comportamento delle parti, invece, potrebbe avere un importante riflesso in tema di ripartizione delle spese di lite dell'eventuale successivo giu-

(110) LUIO F.P., *op. loc. ult. cit.*

(111) L'accordo negoziale che cristallizzerà il cd. «risultato conciliativo» potrà assumere la forma della transazione, della rinuncia o del riconoscimento; v. SANTORO PASSARELLI F., *Negoziato e giudizio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1956, 1158.

(112) LUIO F.P., *op. cit.*, 1030.

(113) Neppure come comportamento valutabile ai sensi dell'art. 116, secondo comma, c.p.c.: così – in materia di controversie agrarie – Cass. 22 giugno 2001 n. 8596, in *Foro it.* 2001, I, 3120 e sostanzialmente anche Cass. 1 giugno 2001 n. 7445, in *Dir. e giur. agr.* 2002, 250.

dizio reso necessario dal rifiuto di una delle parti di una ragionevole proposta conciliativa. Se infatti la parte che ha rifiutato una ragionevole proposta conciliativa risulterà successivamente soccombente, sarà condannata alla rifusione delle spese processuali e potrà anche essere chiamata a rifondere i danni *ex art. 96 c.p.c.* Nel caso in cui, invece, dovesse risultare vittoriosa non potrà essere condannata *ex art. 96 c.p.c.*, ma, in applicazione del principio di causalità, dovrà sopportare le spese di lite. Questo principio è stato recepito dal legislatore del processo societario: l'art. 16, comma 2, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, espressamente dispone che «ove il tentativo non abbia esito positivo, il tribunale può tenerne conto ai fini della distribuzione delle spese di lite, anche ponendole, in tutto o in parte, a carico della parte formalmente vittoriosa che non è comparsa o che ha rifiutato ragionevoli proposte conciliative». A parere di chi scrive detta disposizione non rappresenta un'eccezione al criterio della soccombenza, ma un'applicazione espressa del criterio della causalità che sovrintende al riparto delle spese processuali nel nostro ordinamento (114).

(114) È stato giustamente affermato in dottrina che il principio di causalità, nel nostro ordinamento è latente (PAJARDI P., *La responsabilità per le spese ed i danni nel processo civile*, Milano 1959, 255; VECCHIONE R., voce *Spese giudiziali (diritto processuale civile)*, in *Nov. dig. it.* 1970, 1128). In effetti non è agevole, per chi muova dalla più ovvia e letterale interpretazione delle norme degli artt. 91 e 92 c.p.c. metterne in luce la fondamentale importanza. Ma, ad una più attenta meditazione del diritto positivo, che deve necessariamente passare per una interpretazione sistematica di tutte le norme che dispongono in tema di spese, non si può fare a meno di notare, come accaduto a Chiovena (CHIOVENDA G., *La condanna nelle spese giudiziali*, Torino 1901, 247), che anche *de iure condito*, il criterio della soccombenza formale, se da una lato soffre numerose eccezioni, si presenta del tutto inadeguato a fornire una risposta in termini di equità e giustizia in situazioni in cui o la soccombenza non è ravvisabile, o alla soccombenza formale non dovrebbe seguire la condanna alle spese. Risposta che viene necessariamente ricercata sul piano frammentario ed empirico della casistica, come è avvenuto con il criterio della soccombenza ipotetica o virtuale per la ripartizione delle spese a seguito della dichiarazione di cessazione della materia del contendere.

È da ritenere invece che il criterio generale che il legislatore avrebbe posto a base della disciplina generale della ripartizione delle spese di causa sia proprio il principio di causalità, e non quello meramente formale della soccombenza.

Se veramente si potesse sostenere che il criterio prescelto dal legislatore per la ripartizione delle spese di lite non si fondi sul mero dato formale della soccombenza, ma sul principio di causalità, si potrebbe anche ritenere che la soccombenza formale altro non sia che un elemento rivelatore della causalità stessa, nel senso che in genere è la parte soccombente nel merito ad aver dato causa al processo, o ad aver, col suo comportamento, indotto l'altra a servirsene (CHIOVENDA G., *op. cit.*, 242 ss.).

Secondo la giurisprudenza assolutamente prevalente il criterio della soccombenza impedirebbe in ogni caso di addossare totalmente le spese di lite alla parte formalmente vittoriosa (Cass. 18 gennaio 2000 n. 489, in *Mass. Giur. It.* 2000; Id. 18 ottobre 1997 n. 9762, in *Mass. Giur. It.* 1997; Id. 10 giugno 1997 n. 5174, in *Giust. Civ.* 1998, I, 493, ss.; Id. 9 luglio 1993 n. 7535, in *Mass. Giur. It.* 1993; Id. 11 giugno 1992 n. 7220, in *Giur. It.* 1993, I,1, 576 ss.). Peraltro non sono mancati casi in cui la Suprema Corte ha fatto ricorso al principio di causalità «puro»: v. Cass. 30 Maggio 2000 n. 7182, in *Foro It.* 2001, I, 955 ss., con nota di SCALA A.

8. La conciliazione e la pubblica amministrazione

A giudicare dal dato meramente numerico sembrerebbe che il legislatore veda nel settore delle controversie con la pubblica amministrazione il campo di elezione dello schema conciliativo. Numerosissime sono infatti le disposizioni che si rifanno, peraltro totalmente al di fuori di ogni sistematicità (115), a modelli conciliativi. A titolo di esempio si vedano l'art. 2 l. 14 novembre 1995, in materia di servizi di pubblica utilità, l'art. 65-bis d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, che disciplina il tentativo obbligatorio di conciliazione dinanzi ad un collegio di conciliazione istituito presso la Direzione provinciale del lavoro nella cui circoscrizione si trova l'ufficio cui il lavoratore è addetto, l'art. 11 l. 31 luglio 1997, n. 249, in tema di soluzione non giurisdizionale delle controversie nel campo delle telecomunicazioni; ancora attività conciliativa, seppur *sui generis*, è prevista dall'art. 8 l. 12 giugno 1990, n. 146, in materia di esercizio del diritto di sciopero nel settore dei servizi pubblici essenziali.

Un caso del tutto particolare di procedura conciliativa è rappresentato, nel settore dei contratti pubblici, dalla procedura di accordo bonario di cui all'art. 240 codice degli appalti (116).

In tutte queste ipotesi la conciliazione riguarda sempre posizioni di diritto soggettivo, e, ove riesca, il verbale di conciliazione – ad eccezione della conciliazione in materia di sciopero nel settore dei servizi pubblici essenziali – ha efficacia di titolo esecutivo, o quantomeno viene cristallizzato in un atto che vincola le parti.

Tra tutte, peraltro, la procedura conciliativa sicuramente più interessante, è quella di cui all'art. 6, comma 7, lettera *n*), del codice degli appalti. Detta disposizione, nell'elencare i compiti di competenza della Autorità Garante per

(115) CHITI. M.P., *Le forme di risoluzione delle controversie*, cit., 3.

(116) Che detta procedura sia riconducibile al tipo conciliativo, destinato a sfociare in una transazione, non possono sorgere dubbi, se non per l'ipotesi in cui alla commissione è rimessa dalle parti la possibilità «di assumere decisioni vincolanti, perfezionando, l'accordo bonario risolutivo delle riserve» ove sono chiari i caratteri dell'arbitrato (irrituale?) Così GRECO G., *Contratti e accordi della Pubblica Amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, cit., n. 2.

Eppure non sempre così è stato interpretato. Infatti, con riferimento alla disciplina dell'art. 31 bis l. 109/94, nel testo precedente alle modifiche apportate dalla legge 166/2002, è stato sostenuto che l'accordo bonario avrebbe dovuto essere inquadrato tra gli accordi amministrativi, ex art. 11 della legge 241. STICCHI DAMIANI E., in AA.VV., *L'appalto di opere pubbliche*, a cura di R. VILLATA, Padova 2001, 861. Non così nella seconda edizione della stessa opera (Padova, 2004, 1006 ss.). Ma, a parte tale discutibile inquadramento, se si tien conto dei possibili contenuti dell'accordo bonario risulterà facile escludere ogni esercizio di potestà pubbliche, che rappresenta il «*proprium*» degli accordi ex art. 11 l. 241. Infatti, attraverso l'accordo bonario, l'Amministrazione riconosce eventuali ulteriori compensi (per maggiori oneri sostenuti dall'appaltatore), riconosce eventuali proroghe dei termini contrattuali (evitando così all'appaltatore i rischi delle penali), concorda eventuali nuovi prezzi e varianti (nei limiti consentiti, dall'art. 24 della l. 109/94), ecc.: esercita, cioè, né più né meno quei poteri negoziali, connessi alla sua posizione contrattuale e alle relative obbligazioni. Così precisamente, sempre GRECO G., *op. loc. ult. cit.*

i Contratti Pubblici, dispone: «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 norma detta la disciplina della cd. «procedura di precontenzioso in sede di gara», ossia l'attività con cui l'Autorità esprime il proprio parere in ordine a questioni che si potrebbero porre in sede di gara tra la stazione appaltante e le imprese concorrenti; questioni che potrebbero potenzialmente degenerare nella impugnazione del bando di gara ovvero dei provvedimenti di esclusione o aggiudicazione. Al fine di prevenire il contenzioso le parti possono ricorrere all'Autorità affinché questa esprima il proprio parere non vincolante sulla vicenda formulando anche un'ipotesi di soluzione (117).

Il provvedimento dell'Autorità 10 gennaio 2008, che subentra al provvedimento 10 ottobre 2006, detta la disciplina per il procedimento. L'istanza può essere presentata dalla stazione appaltante o dalle parti interessate alla procedura, congiuntamente o disgiuntamente (118). Il procedimento si conclude in tempi strettissimi. È prevista un'attività istruttoria ed è garantita ad entrambe le parti la possibilità di partecipazione alla procedura. Qualora il procedimento è avviato su istanza della parte privata, la stazione appaltante è invitata a non porre in essere atti pregiudizievoli ai fini della risoluzione della questione fino alla definizione della stessa da parte dell'Autorità (119).

(117) Uno strumento simile venne inserito nello schema di regolamento generale di attuazione della «Merloni» su sollecitazione delle commissioni parlamentari. Nella relazione governativa al testo si leggeva: «non essendo configurabile allo stato attuale dell'ordinamento – al di là degli aspetti sanzionatori – un potere dell'Autorità di emettere statuizioni vincolanti *erga omnes*, e nemmeno verso i singoli (l'Autorità infatti non “regola” in senso stretto) si è ritenuto di prevedere un meccanismo che attribuisca all'Autorità, investita del relativo potere dalla volontà consensuale, la regolamentazione della specifica fattispecie, attraverso un momento di composizione stragiudiziale e pregiudiziale della possibile vertenza che consenta all'Autorità di dettare la regola per il caso concreto». Fu la Corte del Conti a negare il visto alla disposizione per mancanza dei relativi fondi. Sul punto v. CORSINI M., in AA.Vv., *Codice degli appalti pubblici*, cit., sub art. 6, 53.

Ma un meccanismo di tal fatta esisteva ed era vigente nel nostro ordinamento, anche se poco conosciuto e poco applicato: era la procedura di conciliazione prevista dagli artt. 9 ss. Dir. CE 92/93 sui mezzi di ricorso, che tendeva a «trovare un accordo tra le parti nel rispetto del diritto comunitario». Su detta ultima procedura v. GRECO G., *Modelli arbitrali e potestà amministrative*, in AA.Vv., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1999, 163 ss.

(118) Diversamente da quanto sembra disporre il codice dei contratti, che invece richiede un'istanza congiunta.

(119) Si ritiene che detto invito non abbia carattere cogente: v. BALDI M., in AA.Vv., *La disciplina dei contratti pubblici. Commentario al Codice appalti*, a cura di BALDI M., Tomei R., Milano 2007, sub art. 6, 82; VARLARO SINISI A., *Fioccano i pareri consultivi dell'Autorità in tema di cauzione provvisoria, subappalto, avalimento*, in *Urb. e app.* 2007, 420. Detto orientamento non pare condivisibile: quando una norma di legge o di altra fonte «invita» l'amministrazione a fare o non fare qualcosa, non significa che l'amministrazione sia libera di eseguire o non eseguire l'invito, ossia il fatto che si usi il verbo «invitare» non intacca la cogenza dell'ordine e l'amministrazione sarà comunque tenuta ad uniformare il proprio comportamento alle previsioni della norma. La ragione del verbo «invitare», infatti, va ad inci-

Sulla natura conciliativa del procedimento non possono sorgere dubbi: nella eventualità del sorgere di una controversia in sede di gara un soggetto terzo offre il proprio *consilium* affinché le parti possano addivenire al *concilium*. Peraltro rispetto a tutte le ipotesi di conciliazione che si sono esaminate questa si caratterizza per il suo oggetto.

Generalmente le ipotesi di conciliazione disciplinate dalla legge hanno ad oggetto situazioni di diritto soggettivo, magari fortemente connesse con situazioni di interesse legittimo, ma pur sempre di diritto soggettivo. Nel caso in esame invece oggetto della controversia (eventuale o già insorta) è una situazione di interesse legittimo come tale rientrante a pieno titolo nella giurisdizione del giudice amministrativo, dal momento che siamo nell'ambito della fase a diritto amministrativo (cd. «ad evidenza pubblica») della contrattazione pubblica. Inoltre il parere dell'Autorità non necessariamente è dato quando l'attività amministrativa – o, se si preferisce, l'esercizio del potere – si sono esauriti, ma la sua più importante funzione è di orientare l'esercizio del potere provvedimentale della stazione appaltante al fine di evitare l'illegittimità dell'aggiudicazione: ossia, in altre parole, il parere dell'Autorità ha la funzione di indicare all'amministrazione aggiudicatrice eventuali vizi nell'esercizio del potere in maniera che questa possa evitare che la procedura di gara, che si conclude con l'aggiudicazione, sia viziata e possa venire annullata dal giudice amministrativo, ad esempio perché un concorrente è stato ingiustamente escluso dal concorso.

Ciò non può che dar adito ad una serie di considerazioni. In primo luogo il legislatore non solo non ha ritenuto lo schema della conciliazione contrastante con la soluzione e/o prevenzione di controversie relative a posizioni di interesse legittimo, ma ha anche previsto che l'intervento di un soggetto terzo possa influire, seppure in maniera non vincolante, sull'esercizio futuro del potere amministrativo: nessuna disposizione impedisce l'intervento di un soggetto «conciliatore» che, nel corso del procedimento, ponendo in risalto eventuali vizi dell'agire dell'amministrazione, proponga comportamenti alternativi rispetto a quelli che questa sta seguendo al fine di evitare l'insorgere di una controversia probabile, o di porre fine ad una controversia già in atto; sarà in quest'ultimo caso l'amministrazione che, in esercizio dei suoi poteri di autotutela potrà autonomamente scegliere di seguire il *consilium* e, se è già stato instaurato in giudizio, far cessare la materia del contendere.

Altra questione riguarda la possibilità di cristallizzare in un atto negoziale l'eventuale risultato della conciliazione: la normativa tace sul punto, ma non

dere sul momento della motivazione del provvedimento che si discosta dall'invito: la pubblica amministrazione può tenere un comportamento diverso da quello al quale è invitata, ma deve dare conto in motivazione delle ragioni per cui ha deciso di discostarsi dal parametro normativo. In caso contrario il provvedimento sarà annullabile per violazione di legge per difetto di motivazione.

sembra potersi escludere che le parti possano impegnarsi e fissare in un atto avente natura *lato sensu* «transattiva» l'avvenuta conciliazione, ancorché l'oggetto delle reciproche concessioni possa riguardare non la disciplina delle conseguenze di un rapporto di diritto amministrativo già esaurito, ma addirittura l'esercizio stesso del potere.

La questione peraltro presuppone la dimostrazione della ammissibilità della transazione su rapporti di diritto pubblico che – come ci si è riservati *supra* – sarà affrontata *infra* (120).

Ancora, occorre verificare quali effetti il parere dell'Autorità, espressamente definito «non vincolante» dalla legge, può produrre nei rapporti tra le parti.

Se le parti decidessero di adattarvisi, evitando l'insorgere della controversia o ponendovi fine, affidando le loro volontà ad un atto negoziale non vi sarebbero soverchie questioni, ma poco sopra ci si è riservati di affrontare più avanti il problema.

Peraltro, anche qualora le parti non stipulassero nessun accordo, l'esistenza del parere dell'autorità non sarebbe comunque senza effetto.

Come si è detto sopra parlando della conciliazione in generale, si è ipotizzato che, nel caso in cui la conciliazione non fosse consacrata in un accordo negoziale, la mancata adesione ad una ragionevole proposta conciliativa – che nella specie consisterebbe nella proposta di soluzione della *quaestio controversa* avanzata dall'Autorità – avrebbe potuto aprire la strada alla responsabilità processuale *ex art. 96 c.p.c.*, ovvero nel caso in cui la ragionevole proposta fosse stata rifiutata dalla parte successivamente vittoriosa in giudizio, il principio di causalità avrebbe aperto la strada alla sua condanna nelle spese processuali.

Ciò vale naturalmente anche nel caso di specie a nulla rilevando che ci si trovi di fronte a controversie appartenenti *pleno titulo* alla giurisdizione amministrativa: infatti anche davanti al giudice amministrativo trovano applicazione le disposizioni processuali civili in tema responsabilità *in expensis* (121), nonché l'art. 96 c.p.c. in tema di responsabilità aggravata (122).

Va inoltre considerato un aspetto del tutto peculiare: qualora il funzionario amministrativo competente ad esprimere la volontà dell'amministrazione ritenga di discostarsi dal parere formulato dall'Autorità dovrà ben motivare la decisione di non seguire il *consilium* per evitare di incorrere, in caso di successiva sconfitta in giudizio dell'amministrazione cui appartiene, nella responsabilità amministrativa *ex art. 28 Cost.*

(120) Per alcune considerazioni v. GRECO G., *op. loc. ult. cit.*

(121) Cons. Stato, sez. IV, 2 marzo 2001, n. 1171; AA.VV., *Giustizia amministrativa*, a cura di SCOCA F.G., 2a ed., Torino 2006, 165 s.

(122) C.G.A. Reg. Sic., 21 settembre 2006, n. 518, in *Riv. trim. appalti* 2007, 527; T.A.R. Veneto, sez. I, 19 febbraio 2000, n. 637, in *Foro amm.* 2000, 1837; Cass. 25 gennaio 1989, n. 429, in *Foro it.* 1990, I, 238 ss.

Ma l'importanza della disposizione del codice dei contratti va ben al di là della sua portata operativa. Essa infatti conferma la possibilità che lo strumento conciliativo possa essere adoperato anche per controversie aventi ad oggetto posizioni di interesse legittimo, senza peraltro porre quelle questioni che invece parte della dottrina e della giurisprudenza ritengono insuperabili con riferimento alla transazione, all'arbitrato, all'arbitraggio o alla perizia arbitrale. Con la conciliazione, come si è visto sopra, l'effetto conciliativo non si produce grazie ad una imposizione proveniente da un soggetto terzo rispetto alle parti, ma consegue ad una loro libera scelta maturata grazie al *consilium* di un soggetto particolarmente affidabile. *Consilium* che, anche se non si traduce in un atto negoziale, produce effetti considerevoli sull'eventuale successivo processo in termini di responsabilità processuale *ex art. 96 c.p.c.*

La decisione di mutare il proprio comportamento è presa autonomamente dall'amministrazione in base ad una meditata lettura della questione proveniente da un soggetto terzo rispetto ad ambo le parti, lettura che non vincola certo l'attività amministrativa, ma offre gli strumenti per poter ragionevolmente prevedere gli esiti di una lite presente, ovvero futura o eventuale. A quel punto l'amministrazione potrà prendere autonomamente le sue determinazioni, eventualmente anche discostandosi dal *consilium* del terzo, salvo poi il rischio, in caso di sconfitta in giudizio, di sopportare una condanna per le spese processuali, oltre alla responsabilità *ex art. 96 c.p.c.* e, per il funzionario competente, la responsabilità per danno erariale *ex art. 28 Cost.*

9. L'arbitraggio

L'arbitraggio (123) è disciplinato, al livello privatistico, da diverse disposizioni del codice civile, ed è previsto da talune leggi speciali.

L'art. 1349 c.c. disciplina la figura al livello generale: «se la determinazione della prestazione dedotta in contratto è deferita a un terzo e non risulta che le parti vollero rimettersi al suo mero arbitrio, il terzo deve procedere con equo apprezzamento. Se manca la determinazione del terzo o se questa è manifestamente iniqua o erronea, la determinazione è fatta dal giudice.

La determinazione rimessa al mero arbitrio del terzo non si può impugnare se non provando la sua mala fede. Se manca la determinazione del terzo

(123) Sull'arbitraggio in generale v. CATRICALÀ A., voce Arbitraggio, in *Enc. giur.*, vol. II, Roma 1988; CRISCUOLO F., *Arbitraggio e determinazione dell'oggetto del contratto*, Napoli 1996; CRISCUOLO F., voce *Arbitraggio e perizia contrattuale*, in *Enc. dir.*, aggiornamento, vol. IV, Milano 2000, 60 ss.; MARANI G., *In tema di arbitrato, arbitraggio, perizia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1983, 610 ss.; SALANDRA V., *Arbitrato irrituale, arbitraggio o perizia contrattuale?*, in *Assicurazioni* 1940, 2, 185 ss.; SCHIZZEROTTO G., *Arbitrato improprio e arbitraggio*, Milano 1967; VECCHIONE R., *Perizia contrattuale, arbitrato irrituale e arbitraggio*, in *Foro pad.* 1953, I, 405 ss.; ZUDDAS G., *L'arbitraggio*, Napoli 1992.

e le parti non si accordano per sostituirlo, il contratto è nullo.

Nel determinare la prestazione il terzo deve tener conto anche delle condizioni generali della produzione a cui il contratto eventualmente abbia riferimento».

Tra le disposizioni inerenti il contratto di vendita l'art. 1473 c.c. dispone: «le parti possono affidare la determinazione del prezzo a un terzo, eletto nel contratto o da eleggere posteriormente.

Se il terzo non vuole o non può accettare l'incarico, ovvero le parti non si accordano per la sua nomina o per la sua sostituzione, la nomina, su richiesta di una delle parti, è fatta dal presidente del tribunale del luogo in cui è stato concluso il contratto».

Sempre in tema di contratto di vendita, l'art. 82 disp. att. c.c. indica in quale modo si può supplire alla mancata collaborazione di controparte nella nomina del terzo (124).

Al livello di leggi speciali costituiscono arbitraggio, ad esempio, quello che l'art. 37 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 definisce arbitrato (125), nonché il procedimento previsto dall'art. 64, comma 4, d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 per la determinazione dell'equo compenso in caso di invenzioni del dipendente.

In cosa consista l'arbitraggio, e sui particolari che lo rendono diverso dall'arbitrato, la dottrina ha già detto molto. Per quanto interessa in questa sede è sufficiente accennare che si ha arbitraggio quando le parti di un negozio rimettono ad un terzo la determinazione di alcuni elementi del negozio stesso, impegnandosi preventivamente ad accettare la determinazione. Che l'istituto opera anche nei negozi unilaterali (126) e che se le parti non hanno scelto di rimettersi all'arbitrio del terzo questo deve procedere alla scelta con equo apprezzamento.

Un aspetto che la dottrina mette raramente in risalto, in quanto probabilmente appare scontato, ma che è fondamentale ai fini della nostra ricerca, è che la determinazione, ancorché rimessa ad un terzo, appartiene alle parti che

(124) Sempre nel codice civile altre norme individuano istituti riconducibili al tipo dell'arbitraggio: all'art. 630 c.c. si prevede la determinazione ad opera di terzi della individuazione dell'istituto beneficiario, e dell'uso da farsi delle disposizioni testamentarie a favore dei poveri; all'art. 631 c.c. la scelta del legatario tra più persone, famiglie, categorie o enti determinati dal testatore; all'art. 632 c.c. la determinazione della quantità e dell'oggetto del lascito disposto a titolo remunerativo per i servizi prestati in vita al testatore; agli artt. 664 e 665 c.c. la scelta della cosa determinata dal testatore soltanto nel genere e in caso di legato alternativo; agli artt. 706 e 733 c.c. la divisione o la stima del progetto di divisione del patrimonio ereditario ad opera dell'esecutore testamentario o di persona designata che non siano eredi o legatari; e ancora, all'art. 778 c.c. la scelta del donatario tra più soggetti indicati e l'oggetto tra più cose designate tra o nei limiti stabiliti dal donatore. È pure ammessa la scelta del terzo nella individuazione dell'obbligazione alternativa (artt. 1286 e 1287 c.c.).

(125) ZUCCONI GALLI FONSECA E., in AA.VV., *Arbitrato*, cit., sub art. 806, 102.

(126) CATRICALÀ A., voce *Arbitraggio*, cit., 1.

ne assumono pienamente la responsabilità; in altre parole, salvo che la determinazione sia in qualunque modo viziata, e venga perciò posta nel nulla dal giudice, questa «appartiene» alle parti, che la fanno propria (127). Il terzo sarà responsabile nei confronti delle parti per il suo operato, ma nei confronti di tutti gli altri terzi la sua determinazione appare come determinazione delle parti.

Parte della dottrina ritiene impraticabile per la pubblica amministrazione la via dell'arbitraggio dal momento che non sarebbe ammissibile che essa deferisca ad un terzo la determinazione «della prestazione dedotta in contratto»; le perplessità che dovrebbero indurre a ritenere l'arbitraggio inammissibile sarebbero addirittura più evidenti di quelle che, sempre per il medesimo orientamento dottrinario, renderebbero impraticabile il ricorso all'arbitrato libero, non potendosi nemmeno invocare ad argomento una pretesa univocità di funzioni tra le due forme di arbitrato. La pubblica amministrazione, pertanto, sarebbe impedita a ricorrere all'arbitraggio poiché le sarebbe impedito deferire a terzi la formazione della sua volontà (128).

Detta conclusione è però da un lato apodittica, perché non sono spiegate le ragioni della impossibilità di deferire a terzi il momento volitivo dell'amministrazione pubblica – se non nella formazione della volontà provvedimentale, almeno nel momento della formazione della volontà negoziale – e soprattutto dall'altro trova smentita in diverse disposizioni di legge che prevedono ipotesi in cui la formazione della volontà amministrativa è completata dall'intervento di terzi (129).

Si pensi ad esempio alle commissioni di determinazione di premi e indennità previste da diverse disposizioni del d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490 «testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, a norma dell'articolo 1 della legge 8 ottobre, n. 352» per il caso in cui il privato non accetti la determinazione del Ministro (130).

(127) «L'arbitratore è autorizzato dalle parti a volere per loro», nel senso che «la volontà dell'arbitratore è volontà accessoria» rispetto a quella delle parti, che «completa il contenuto e determina l'efficacia della dichiarazione principale» rispetto alla quale è «un distinto *negozio giuridico*, con una sua propria rilevanza ed efficacia, sebbene di carattere ausiliario» (corsivo dell'Autore); così SANTORO PASARELLI F., *Negozio e giudizio*, cit., 1160.

(128) CAIA G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, cit., 27 s.; DE LISE P., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., 1199 s.,

(129) V. infatti LASCHENA R., voce *Arbitrato*, cit., 7: «L'esistenza di arbitraggi necessari di diritto pubblico non è dubbia», se non peraltro perché la legge espressamente ne prevede alcune forme. L'Autore richiama a titolo di esempio l'art. 2 l. 20 dicembre 1962, n. 1718.

(130) Si tratta di determinazioni che la dottrina aveva ricondotto ad ipotesi di arbitraggio (CASSESE S., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, cit., 315 ss.). Per la verità sembrerebbe più corretto ricondurre dette ipotesi sotto l'egida dell'arbitrato irrituale dal momento che le commissioni sono chiamate a risolvere un conflitto relativo al *quantum debeatur* per il caso di mancata accettazione delle stime del Ministro. Resta il fatto che in queste si è ancora nella fase genetica del rapporto del quale occorre individuare un elemento; individuazione che è rimessa all'apprezzamento di un soggetto terzo, la cui determinazione è fatta propria dall'amministrazione.

Non si vede poi per quale ragione all'amministrazione debba essere proibito rimettere a terzi la determinazione di taluni elementi di un contratto: si è visto *supra*, infatti, che l'amministrazione quando non esercita la propria attività istituzionale si configura come una persona giuridica titolare di una capacità di diritto privato identica a quella di qualsiasi altro soggetto (131), e lo stesso vale quando esercita attività contrattuale, seppure la presenza del pubblico interesse giustifica delle limitazioni alla sua autonomia privata; in linea generale, quindi, niente impedirebbe all'amministrazione – d'accordo con controparte e nei limiti consentiti dalla legge – di affidare a terzi la determinazione di taluni elementi contrattuali.

Ma soprattutto, ciò che rileva maggiormente come argomento a contrario, il ricorso allo strumento dell'arbitraggio non significa che «la volontà dell'amministrazione sia inammissibilmente rimessa a terzi». Come si è visto *supra*, infatti, la volontà finale è pure sempre «delle parti», ancorché una parte più o meno importante del contenuto dell'atto finale sia determinata da un terzo. Ciò che rileva alla fine non è la volontà del terzo, ma la volontà delle parti, che unica appare come determinante il concreto assetto di interessi raggiunto. Nei confronti di tutti gli altri terzi non appare che la volontà negoziale delle parti, mentre il fatto che detta volontà sia stata in parte determinata da un terzo ha rilievo esclusivamente nei rapporti tra le parti, e tra queste e il terzo. La decisione finale sul rapporto è comunque delle parti mentre la determinazione del terzo si pone in un momento logicamente anteriore rispetto al perfezionamento del negozio.

Inoltre che la determinazione di un elemento di un negozio o atto più complesso sia rimessa ad un terzo, non significa che questi sostituisca la propria volontà a quella delle parti: tutto al contrario sono le parti che fanno propria, anticipatamente, la manifestazione di volontà del terzo, il quale ne perde la paternità.

Quanto all'attività provvedimentale della pubblica amministrazione, occorre distinguere tra provvedimenti vincolati e provvedimenti a contenuto discrezionale.

In caso di provvedimento vincolato non pare possa esservi spazio per l'arbitraggio. Se si segue l'orientamento più restrittivo, secondo il quale sarebbe da considerare vincolato soltanto l'atto i cui contenuti siano assolutamente predeterminati, in modo che l'esercizio del potere si presenta come una semplice formalizzazione di un *quid* dal contenuto già predeterminato, sembrerebbe da escludere lo spazio stesso per la determinazione di un terzo su taluni aspetti contenutistici del provvedimento. Allo stesso modo, se si segue una diversa impostazione e si considera invece vincolato anche quel provvedimento

(131) BASSI F., *Arbitrato irrituale e pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit. 1999, 63.

il cui contenuto risulti legato all'esito della istruttoria procedimentale, in modo che l'atto risulterà vincolato non in virtù di una predeterminazione normativa del suo contenuto ma per il combinarsi delle risultanze dell'attività istruttoria, cui la legge fa corrispondere senza alcuna discrezionalità degli effetti «necessari» (132) non vi può essere spazio per l'arbitraggio. Al più l'amministrazione si potrà rivolgere a terzi per svolgere valutazioni inerenti l'attività istruttoria, ma in tal caso non si tratterà di arbitraggio dal momento che ciò che viene chiesto al terzo non è la determinazione vincolante di un elemento del rapporto, ma un accertamento *ad usum* dell'attività amministrativa vincolata, ossia una semplice consulenza tecnica.

Del tutto diversa è invece la conclusione con riferimento all'attività discrezionale che, a norma dell'art. 11 l. 7 agosto 1990, n. 241, può essere oggetto di accordi tra l'amministrazione e l'interessato al fine di determinare il contenuto del provvedimento, ovvero di sostituirlo con una determinazione negoziale. Ebbene, per tutto quanto si è detto *supra* non si vedono motivi per escludere la rimessione a terzi della determinazione, con carattere vincolante per le parti, di taluni elementi di quello che sarà il provvedimento finale. Provvedimento finale che sarà espressione esclusivamente di volontà pattizia (sempre nell'ottica del perseguimento del pubblico interesse), mentre in nessun modo rileverà all'esterno che taluni suoi elementi siano frutto della determinazione di un soggetto terzo.

Lo stesso ragionamento vale per gli accordi tra pubbliche amministrazioni per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune di cui all'art. 15 l. 241/90.

Ecco allora che, salvo che diverse disposizioni di legge o le caratteristiche del procedimento rendano impraticabile l'arbitraggio, deve ritenersi che le pubbliche amministrazioni possano liberamente farvi ricorso nell'esercizio della loro attività di diritto privato e sempre con il limite del rispetto e del perseguimento del pubblico interesse (133).

10. La perizia arbitrale

Venendo alla perizia arbitrale, o perizia contrattuale, la figura è emersa nell'esperienza giurisprudenziale come incarico a terzi di svolgere, essenzialmente in base alla loro capacità tecnica, constatazioni o accertamenti che le parti si impegnano ad accettare, con riferimento ad una vicenda conclusa. La

(132) E così, ad esempio, se – prima dell'introduzione della «denuncia di inizio attività» io avessi depositato tutta la documentazione necessaria per ottenere una licenza edilizia, l'amministrazione sarebbe stata vincolata a concedermela. Allo stesso modo, se dall'attività istruttoria ricorrono tutti i presupposti della «guida in stato di ebbrezza», l'agente accertatore non potrà fare altro che procedere alla irrogazione della sanzione.

(133) Così FAZZALARI E., *L'arbitrato nell'attività della regione*, cit., 162 s.

determinazione del terzo verte su una valutazione eminentemente tecnica con esclusione di ogni potere discrezionale o equitativo. Si tratta di uno strumento in genere utilizzato nella prassi dei contratti assicurativi contro i danni, nei quali sovente è previsto che in caso di contestazione sulla liquidazione del danno la determinazione sia affidata ad un collegio di periti (134).

Sulla natura della perizia contrattuale o arbitrale non vi è univocità di vedute. Secondo un primo orientamento la perizia contrattuale altro non sarebbe che un'ipotesi di arbitrato (135), altri ritengono sia un'ipotesi di arbitrato irrituale (136), altri ancora le negano l'autonoma configurabilità (137) mentre altri ne fa un istituto autonomo (138).

Peraltro a chi scrive sembra che miglior cosa sia indagare caso per caso tutte le ipotesi in cui viene rimesso a terzi l'accertamento di un dato prettamente tecnico, verificare la *ratio* di tale rimessione, e quindi individuare la natura dell'istituto. Ecco allora che, qualora le parti si siano risolte di rimettere a terzi la determinazione di elementi tecnici a completamento di un negozio tra di loro nella sua fase genetica non si può negare che ci si trovi di fronte ad un caso di arbitrato; qualora invece le parti di un rapporto controverso rimettano ad un terzo, scelto per le sue particolari conoscenze, un aspetto prettamente tecnico staccandolo dal resto dell'intera vicenda, allora si avrà perizia arbitrale, che peraltro si presenta come un arbitrato, seppur ad oggetto limitato (139).

Ecco allora che, se la perizia arbitrale altro non è che una sorta di arbitrato

(134) Cass. 18 febbraio 1998, n. 1721; Id. 28 agosto 1995, n. 9032; Id. 30 marzo 1995, n. 3791; Id. 11 novembre 1994, n. 9459; 16 luglio 1985, n. 4178. In dottrina v. BOVE M., *La perizia arbitrale*, Torino 2001; SCHIZZEROTTO G., *Arbitrato improprio e arbitrato*, Milano 1967; DIMUNDO A., *L'arbitrato la perizia contrattuale*, in AA.VV., *L'arbitrato. Profili sostanziali*, cit., vol. I, 143 ss., spec. 208 ss.; VECCHIONE R., *Perizia contrattuale, arbitrato irrituale e arbitrato*, in *Foro pad.* 1953, I, 405 ss.; ZUDDAS G., *L'arbitrato*, Napoli 1992; CRISCUOLO F., voce *Arbitrato e perizia contrattuale*, in *Enc. dir.*, aggiornamento, vol. IV, Milano 2000, 60 ss.; Id., *Arbitrato e determinazione dell'oggetto del contratto*, Napoli 1996.

(135) Così ASCARELLI T., *Arbitri e arbitratori*, in *Riv. dir. proc.* 1929, I, 308 ss.; ASCARELLI T., *I c.d. collegi arbitrali per l'accertamento del danno nell'assicurazione infortuni*, in *Assicurazioni* 1936, II, 2 ss.; FURNO C., *Appunti in tema di arbitrato e di arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 1951, II, 157 ss., spec. 161, 167-168; FAZZALARI E., *L'arbitrato*, Torino 1997, 29 s.; GABRIELLI G., *Arbitrato rituale, arbitrato irrituale ed arbitrato nell'accertamento o nella transazione*, in *Vita not.* 1993, 663 ss., spec. 665 ss.

(136) SALANDRA V., *Arbitrato irrituale, arbitrato o perizia contrattuale?*, in *Assicurazioni* 1940, 2, 185 ss., spec. 189; VECCHIONE R., *Perizia contrattuale, arbitrato irrituale e arbitrato*, cit., 407.

(137) ELIA L., *In tema di arbitrato irrituale*, in *Giur. compl. cass. civ.* 1948, II, 280 ss.; SCHIZZEROTTO G., *Dell'arbitrato*, 3^a ed., Milano 1988, 278 ss.; ZUDDAS G., *L'arbitrato*, cit., 219 ss.; DIMUNDO A., *L'arbitrato la perizia contrattuale*, cit., 214 ss.

(138) BIAMONTI L., voce *Arbitrato (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano 1958, 955 ss.; RECCHIA G., voce *Arbitrato irrituale*, in *Noviss. dig. it. Appendice*, vol. I, Torino 1980, 366; MARANI G., *In tema di arbitrato, arbitrato, perizia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1983, 610.

(139) Così LUISO F.P., *L'oggetto del processo arbitrale*, in *Riv. arb.* 1996, 669 ss.; BOVE M., *La perizia arbitrale*, cit., *passim*, spec. 170 ss.

«ad oggetto irrituale» per modo che la differenza tra l'arbitrato e la perizia arbitrale sarebbe di tipo meramente «quantitativo» (140), detto strumento sarà utilizzabile da parte delle pubbliche amministrazioni nei limiti in cui si ritiene consentito lo strumento dell'arbitrato (141).

(140) BOVE M., *op. loc. ult. cit.*

(141) Diversamente argomenta CAIA G., *Arbitrati e modelli arbitrali*, cit., 27 ss., secondo il quale la perizia arbitrale consisterebbe nel deferimento a terzi di una questione dal carattere prettamente tecnico. Egli stesso la ritiene inammissibile – oltre che per il fatto che l'amministrazione non potrebbe rimettere ad un terzo l'esame di questioni tecniche dal momento che istituzionalmente dovrebbe essere dotata di un ufficio all'uopo competente (argomento questo invero fantasioso, come ammette del resto lo stesso Autore) – esattamente per le medesime ragioni per le quali ritiene inammissibile l'arbitraggio.