

# STRUMENTI GIURIDICI ALTERNATIVI ALLA TUTELA GIURISDIZIONALE NELL'ORDINAMENTO AMMINISTRATIVO ITALIANO\*

Francesco Manganaro\*\*

Università Mediterranea

## Resumen

El ordenamiento administrativo italiano ha ido construyendo un conjunto de instrumentos jurídicos que tienen como fin evitar el conflicto en el ejercicio de la actividad administrativa o solucionar conflictos existentes de una manera rápida y eficaz. Entre los primeros destacan las técnicas de colaboración, coordinación y concertación entre Administración y particulares o entre distintas Administraciones (convenios de colaboración, acuerdos-programa, acuerdos marco, etc). Y entre los segundos, los sistemas de resolución extrajudicial de conflictos, en especial, la conciliación, la mediación y el arbitraje.

**Palabras clave:** Resolución extrajudicial de conflictos. Coordinación. Convenios de colaboración. Italia. Conciliación. Mediación. Arbitraje.

## Abstract

The Italian administrative legislation has been building a set of legal documents which have as a goal to avoid disputes in the practice of the administrative activities or to solve existing disputes in a quick and effective way. Among the first ones, the techniques of collaboration, coordination and compromise between the Administration and individuals or between different Administrations are highlighted (collaboration agreements, agreement programmes, framework agreements, etc.). And among the second ones, the systems of out-of-court resolution of disputes (Alternative dispute resolutions), especially conciliation, mediation and arbitration.

**Keywords:** Alternative dispute resolution, Coordination, Collaboration agreements, Italy, Conciliation, Mediation, Arbitration.

---

Recibido: 24/11/06. Aceptado: 10/01/07

\* Relazione tenuta nell'ambito delle *Jornadas sobre solución extrajudicial de conflictos*, Università di Santiago de Compostela, 9,10,11 maggio 2007.

\*\* Ordinario di Diritto amministrativo. Facoltà di Giurisprudenza. Reggio Calabria. Italia

## Premessa

Sono lieto di prendere parte a questo importante incontro in questa prestigiosa sede universitaria e per questo ringrazio la professoressa Teresa Carballeira Rivera.

L'argomento che affronterò riguarda gli strumenti alternativi alla tutela giurisdizionale, che l'ordinamento amministrativo italiano, anche sulla scorta delle altre esperienze europee, ha introdotto nella nostra legislazione nazionale.

E' bene precisare subito che il campo di approfondimento offerto dall'argomento trattato si presenta assai vasto e complesso e, perciò, la relazione intende offrire alcuni elementi di riflessione, sperando di fornire un quadro sintetico, ma quanto più possibile completo, della situazione normativa attuale del nostro ordinamento.

## PARTE PRIMA. Rimedi alla giurisdizione nel procedimento

### 1. Modi consensuali di realizzare l'interesse pubblico

Dall'anno 1990, l'ordinamento amministrativo italiano è profondamente cambiato con l'approvazione di due leggi molto significative: la legge generale sul procedimento amministrativo ed il diritto di accesso (l. 7 agosto 1990, n. 241) e la legge di riforma degli enti locali (l. 8 giugno 1990, n. 142).

In entrambi questi testi normativi —emanati dopo dibattiti durati alcuni decenni— la funzione amministrativa viene configurata come un'attività aperta alla partecipazione dei privati, i quali collaborano alla formazione dell'atto amministrativo. La pubblica amministrazione rimane titolare del potere di modificare le situazioni giuridiche soggettive dei privati, ma lo può fare sia in via autoritativa che con il consenso dei destinatari<sup>1</sup>, ritenendo di evitare —in questo ultimo caso— possibili eventuali conflitti giurisdizionali.

---

<sup>1</sup> Una simile modificazione del diritto amministrativo avviene anche nell'ordinamento spagnolo, come segnalato dalla dottrina: Eduardo García de Enterría - Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho administrativo*, I, Madrid, 2004, 30 ss.; Santiago Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, I, Madrid, 2004, 82 ss.; Sebastián Martín - Retortillo Baquer, *Fragmentos de Derecho administrativo*, Madrid, 2000; Luis Cosculluela Montaner, *Manual de Derecho administrativo*, I, Madrid, 2004; Ramón Parada, *Derecho Administrativo*, I, Madrid, 2004.

La dottrina ha individuato tre categorie di attività amministrativa, in cui il consenso diventa necessario per la determinazione degli effetti giuridici: l'amministrazione *consensuale*, *coordinata* e *concertata*. L'amministrazione consensuale si attua attraverso accordi con i privati (accordi *ex art.* 11, l. 241/90)<sup>2</sup>; l'amministrazione coordinata consente di comporre interessi di differenti pubbliche amministrazioni (accordi tra pubbliche amministrazioni<sup>3</sup> *ex art.* 15, l. 241/90; accordi di programma<sup>4</sup> *ex art.* 34 del T.U. enti locali 18 agosto 2000,

<sup>2</sup> L'art. 11 della l. 241/1990 *Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, come modificato dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15, prevede che: 1. In accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'articolo 10, l'amministrazione procedente può concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo. 1-bis. Al fine di favorire la conclusione degli accordi di cui al comma 1, il responsabile del procedimento può predisporre un calendario di incontri cui invita, separatamente o contestualmente, il destinatario del provvedimento ed eventuali controinteressati. 2. Gli accordi di cui al presente articolo debbono essere stipulati, a pena di nullità, per atto scritto, salvo che la legge disponga altrimenti. Ad essi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili. 3. Gli accordi sostitutivi di provvedimenti sono soggetti ai medesimi controlli previsti per questi ultimi. 4. Per sopravvenuti motivi di 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. 4-bis. A garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, in tutti i casi in cui una pubblica amministrazione conclude accordi nelle ipotesi previste al comma 1, la stipulazione dell'accordo è preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento. 5. Le controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi di cui al presente articolo sono riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

<sup>3</sup> L'art. 15 della l. 241/90 *Accordi fra pubbliche amministrazioni* prevede che: 1. Anche al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 14, le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune. 2. Per detti accordi si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni previste dall'articolo 11, commi 2, 3 e 5.

<sup>4</sup> L'art. 34, sull'accordo di programma prevede: 1. Per la definizione e l'attuazione di opere, di interventi o di programmi di intervento che richiedono, per la loro completa realizzazione, l'azione integrata e coordinata di comuni, di province e regioni, di amministrazioni statali e di altri soggetti pubblici, o comunque di due o più tra i soggetti predetti, il presidente della regione o il presidente della provincia o il sindaco, in relazione alla competenza primaria o prevalente sull'opera o sugli interventi o sui programmi di intervento, promuove la conclusione di un accordo di programma, anche su richiesta di uno o più soggetti interessati, per assicurare il coordinamento delle azioni e per determinare i tempi, le modalità, il finanziamento ed ogni altro connesso adempimento. 2. L'accordo può prevedere altresì procedimenti di arbitrato, nonché interventi surrogatori di eventuali inadempienze dei soggetti partecipanti. 3. Per verificare la possibilità di concordare l'accordo di programma, il presidente della regione o il presidente della provincia o il sindaco convoca una conferenza tra i rappresentanti di tutte le amministrazioni interessate. 4. L'accordo, consistente nel consenso unanime del presidente della regione, del presidente della provincia, dei sindaci

n. 267); l'amministrazione concertata si realizza attraverso il consenso congiunto dei privati e delle pubbliche amministrazioni (patti territoriali, contratti d'area<sup>5</sup>, ecc.).

L'amministrazione consensuale, coordinata e concertata soddisfa, con modalità differenti, la medesima esigenza di regolare l'attività di amministrazioni sempre più pluraliste e democratiche, seppure permane la cd. amministrazione di ordine (ordine pubblico; espropriazione, ecc.), che richiede modalità autoritative di svolgimento della funzione.

E' noto che la necessità di questi nuovi modi di azione amministrativa deriva dal diverso ruolo che le amministrazioni assumono nella società

e delle altre amministrazioni interessate, è approvato con atto formale del presidente della regione o del presidente della provincia o del sindaco ed è pubblicato nel Bollettino Ufficiale della regione. L'accordo, qualora adottato con decreto del presidente della regione, produce gli effetti della intesa di cui all'art. 81 del decreto del Presidente della Repubblica 24 luglio 1977, n. 616, determinando le eventuali e conseguenti variazioni degli strumenti urbanistici e sostituendo le concessioni edilizie, sempre che vi sia l'assenso del comune interessato. 5. Ove l'accordo comporti variazione degli strumenti urbanistici, l'adesione del sindaco allo stesso deve essere ratificata dal consiglio comunale entro trenta giorni a pena di decadenza. 6. Per l'approvazione di progetti di opere pubbliche comprese nei programmi dell'amministrazione e per le quali siano immediatamente utilizzabili i relativi finanziamenti si procede a norma dei precedenti commi. L'approvazione dell'accordo di programma comporta la dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza delle medesime opere; tale dichiarazione cessa di avere efficacia se le opere non hanno avuto inizio entro tre anni. 7. La vigilanza sull'esecuzione dell'accordo di programma e gli eventuali interventi sostitutivi sono svolti da un collegio presieduto dal presidente della regione o dal presidente della provincia o dal sindaco e composto da rappresentanti degli enti locali interessati, nonché dal commissario del Governo nella regione o dal prefetto nella provincia interessata se all'accordo partecipano amministrazioni statali o enti pubblici nazionali. 8. Allorché l'intervento o il programma di intervento comporti il concorso di due o più regioni finitime, la conclusione dell'accordo di programma è promossa dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, a cui spetta convocare la conferenza di cui al comma 3. Il collegio di vigilanza di cui al comma 7 è in tal caso presieduto da un rappresentante della Presidenza del Consiglio dei Ministri ed è composto dai rappresentanti di tutte le regioni che hanno partecipato all'accordo. La Presidenza del Consiglio dei Ministri esercita le funzioni attribuite dal comma 7 al commissario del Governo ed al prefetto.

<sup>5</sup> Introdotti per la prima volta col *Protocollo d'intesa sugli strumenti e le modalità di intervento finalizzate alla coesione economica e sociale del Paese*, stipulato nel 1994 tra Governo e parti sociali, patti territoriali e contratti d'area risultavano definiti nell'art. 3, c. 203, della l. 662/96 e nella delibera CIPE 21 marzo 1997. Secondo la l. 662/96 il patto territoriale è "l'accordo, promosso da enti locali, parti sociali, o da altri soggetti pubblici o privati....., relativo all'attuazione di un programma di interventi caratterizzato da specifici obiettivi di promozione dello sviluppo locale" mentre il contratto d'area viene definito "come lo strumento operativo, concordato tra amministrazioni, anche locali, rappresentanze dei lavoratori e dei datori di lavoro, nonché eventuali altri soggetti interessati, per la finalizzazione delle azioni finalizzate

attuale<sup>6</sup>. L'aumento delle politiche pubbliche di intervento sociale comporta una notevole pressione dei soggetti titolari di interessi privati, singoli e collettivi, nei confronti delle amministrazioni, divenute sempre più erogatrici di servizi e prestazioni<sup>7</sup>. Si discute se l'amministrazione sia divenuta più "amichevole" (Allegretti) e "mite" (Zagrebelsky) o se, viceversa, nasconda la forza in forme apparentemente non autoritative, ma, comunque, vi è concordia sul fatto che la funzione possa essere esercitata con il consenso dei destinatari.

## 2. Funzione amministrativa consensuale ed autoritativa

L'introduzione nell'ordinamento giuridico italiano di modalità consensuali di esercizio della funzione ha inciso profondamente sulla natura stessa della funzione amministrativa e sul concetto di interesse pubblico.

La partecipazione dei privati già alla fase istruttoria del procedimento comporta che l'interesse pubblico venga ora "creato" nel procedimento attraverso un'intesa tra diverse pubbliche amministrazioni<sup>8</sup> e tra queste ed i

---

ad accelerare lo sviluppo e la creazione di nuova occupazione in territori circoscritti, nell'ambito delle aree di crisi..... e delle aree di sviluppo industriale e dei nuclei di industrializzazione situati nei territori di cui all'obiettivo 1 del Regolamento CEE n. 2052/88, nonché delle aree industrializzate realizzate a norma dell'art. 32 della l. 14 maggio 1981, n. 219".

<sup>6</sup> In tal senso: Santiago Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, cit., 62. Sulla modificazione della funzione amministrativa per la globalizzazione: Juan-Cruz Alli Aranguren, *Derecho administrativo y globalización*, Madrid, 2004; Oriol Mir Puigpelat, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Madrid, 2004.

<sup>7</sup> S. Cassese, *Le ingiustizie della giustizia amministrativa italiana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 434, afferma che, nelle società contemporanee, si è verificato un forte cambiamento nella funzione e nella struttura pubblica: la funzione è diventata non quella di difesa dall'amministrazione, ma quella di ottenere da essa una prestazione, mentre la struttura ha visto non più l'opposizione amministrazione-cittadino, bensì l'inserimento organico del cittadino (o dei suoi rappresentanti) nell'organizzazione pubblica.

<sup>8</sup> Per una trattazione generale sugli accordi tra amministrazioni, fra gli altri: Aa.Vv., *L'accordo nell'azione amministrativa*, Roma, 1988; G. Falcon, *Convenzioni e accordi amministrativi*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988; M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, cit., 857 segg.; R. Ferrara, *Intese, convenzioni e accordi*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, 1993, 556 segg.; E. Sticchi Damiani, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992; P.G. Portaluri, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali*, Milano, 1998.

privati<sup>9</sup>, diventando sempre più difficile una distinzione tra attività funzionalizzata e libera nel fine<sup>10</sup>.

Questi radicali mutamenti della funzione amministrativa non possono non comportare anche un ripensamento sulla differenza tra attività amministrativa consensuale o autoritativa, ora considerata come una dicotomia che ha solo valore descrittivo<sup>11</sup>.

Ne consegue che l'esercizio della funzione amministrativa avviene con la partecipazione dei privati, senza che il regime pubblicistico o privatistico degli atti consenta d'identificare una differenza tra tipi di azione amministrativa. La scelta tra un atto autoritativo o consensuale viene fatta, nel procedimento, secondo il modo in cui è possibile pervenire alla composizione degli interessi in gioco, poiché "il carattere autoritativo della funzione si rivela utile e necessario soltanto allorché si tratti, nel perseguimento della finalità

<sup>9</sup> M. Nigro, *Giurisprudenza amministrativa e trasformazioni dell'amministrazione: riflessioni sulle conseguenze sostanziali di assetti processuali*, in *Studi per il centenario della quarta sezione del Consiglio di Stato*, cit., 577, commentando l'acquisita rilevanza dell'istruttoria procedimentale e della ponderazione degli interessi compiuta dalla giurisprudenza, nota che "non c'è più posto per un interesse primario (perché la gerarchia degli interessi deve essere l'effetto e non il presupposto della ponderazione)". Secondo F.G. Scoca, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, Milano, 1995, 301, l'autorità (o autoritatività) è un attributo del potere e non dell'atto, che acquista tale connotazione solo in quanto esercizio del potere.

<sup>10</sup> Eduardo Garcia de Enterría - Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho administrativo*, I, Madrid, 2004, 57-58, "la existencia de este fondo o núcleo constante e irreductible de carácter público ... demuestra el error de aquellas corrientes doctrinales para las que la aplicación de técnicas de Derecho Público o de Derecho Privado carece hoy de contenido sustancial, siendo algo completamente accidental". Vi è dunque un "núcleo primero irreductible de Derecho Público que acompaña o precede inexcusablemente a toda actuación de Derecho Privado de la Administración" pp. 59-60. Secondo Oriol Mir Puigpelat, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Madrid, 2004, 240, "una huida tan masiva de las normas jurídico-administrativas, promovida además por el propio legislador, es muy preocupante". Anche secondo Juan-Cruz Alli Aranguren, *Derecho administrativo y globalización*, Madrid, 2004, 377, "el Derecho administrativo está afectado por una crisis del modelo construido anteriormente en tres aspectos fundamentales de su estructura y finalidad, como son sus sistemas normativos, competenciales y orgánicos".

<sup>11</sup> P. Badura, *Agire amministrativo informale e diritti fondamentali*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 45, rileva che "l'agire cooperativo dell'amministrazione incontra, però, i limiti che derivano dal principio di legalità dell'amministrazione e dal principio di eguaglianza", perché la cooperazione al fine di una decisione efficace in tempi brevi "non deve uscire dal quadro di un rapporto amministrativo di diritto pubblico regolato con l'imputazione di responsabilità chiare e la definizione di diritti e doveri".

pubblica connessa alla funzione stessa, di piegare ad essa interessi che, per loro natura o per il modo in cui vengono espressi, frappongono un ostacolo alla realizzazione del risultato cui la funzione è strumentale<sup>12</sup>.

La classica immagine di un'amministrazione che opera secondo forme unilaterali ed autoritative viene superata, proprio perché la visione che di essa ha la nostra Costituzione porta a ritenere che la ricerca del consenso dei cittadini assurga "a criterio di legittimità sostanziale, di giustificazione e guida delle decisioni dell'amministrazione"<sup>13</sup>. Perciò, l'amministrazione consensuale non è che un corollario necessario della tesi che vede la legittimazione dell'amministrazione, non più nella legge, ma nel soddisfacimento dei bisogni sociali dei cittadini<sup>14</sup>.

Può così dirsi che la circostanza in virtù della quale "ogni interesse avente un qualche rilievo sociale tende a provvedersi di un'organizzazione che lo sostiene e lo rappresenta", facendo venire meno un centro unitario di riferimento degli interessi pubblici, ha finito per intaccare "il principio della "unicità" e "trascendenza" del potere su cui era stata costruita la moderna sintesi statale"<sup>15</sup>.

### 3. Gli accordi con i privati

La legge sul procedimento prende atto della mutata situazione istituzionale, riconoscendo esplicitamente, attraverso gli istituti della partecipazione<sup>16</sup>, un ruolo significativo svolto dal privato nell'ambito della funzione amministrativa, sia ove tale partecipazione venga configurata come tutela preventiva di situazioni giuridiche soggettive, sia ove venga considerata come compartecipazione alla migliore determinazione dell'interesse pubblico<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> A. Pubusa, *Procedimento amministrativo e interessi sociali*, Torino, 1988, 204 - 205, conclude ritenendo che la funzione pubblica viene, perciò, modificata in suo elemento essenziale, in quanto l'autoritarità non è più un elemento che la caratterizzi.

<sup>13</sup> G. Azzariti, *Premesse per uno studio sul potere discrezionale*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, III, cit., 120. Per le conseguenze che dal ricorso a metodi consensuali deriva in ordine al rapporto tra amministrazioni ed amministrati, A. Masucci, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali*, Napoli, 1988.

<sup>14</sup> G. Berti, *La responsabilità pubblica (Costituzione e Amministrazione)*, Padova, 1994, 50.

<sup>15</sup> A. Pubusa, *L'attività amministrativa in trasformazione. Studi sulla L. 7 agosto 1990, n. 241*, cit., 17.

<sup>16</sup> La partecipazione viene prevista nell'art. 105 della Costituzione spagnola. Sul punto: Luis Cosculluela Montaner, *Manual de Derecho administrativo*, I, Madrid, 2004, II, 3744.

<sup>17</sup> Per un' accurata analisi in tema di partecipazione procedimentale e per le relative citazioni bibliografiche: Aa. Vv. *Procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi, prospettive ed esperienze* (a cura di A. Crosetti e F. Fracchia), Milano, 2002.

L'introduzione della figura dell'accordo tra privato e pubblica amministrazione<sup>18</sup>, nell'ambito della partecipazione procedimentale, riapre il dibattito sulla configurabilità del contratto di diritto pubblico, inducendo la dottrina a soluzioni differenziate. Come è noto, la possibilità di configurare un contratto di diritto pubblico è, già dall'inizio del Novecento<sup>19</sup>, oggetto di ampie ed articolate discussioni che prendono spunto dall'analogo dibattito svoltosi nella dottrina tedesca<sup>20</sup>, che intende costruire nel diritto pubblico una figura contrattuale analoga a quella del diritto privato<sup>21</sup>. Il maggiore ostacolo consiste nella presunta impossibilità di sottoporre a contrattazione con i privati il potere pubblico, poiché l'amministrazione verrebbe meno allo scopo pubblico - definito dalla legge - della sua azione<sup>22</sup>.

Non è questa la sede in cui si possa anche solo accennare all'ampio dibattito ancora in corso<sup>23</sup>, ma è sufficiente ricordare che l'ammissibilità di una regolazione degli interessi pubblici concordata con i privati trova spiegazione nell'evoluzione del concetto di funzione amministrativa e —per l'ordinamento italiano— nei principi costituzionali in tema di funzione amministrativa. Se è il popolo ad esercitare il potere nelle forme previste dalla Costituzione (art. 1), ne consegue che il singolo e le formazioni sociali sono titolari della

<sup>18</sup> Tra i molti lavori sul punto, G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984; G. Corso - F. Teresi, *Procedimento amministrativo ed accesso ai documenti*, Rimini, 1991; G. Sala, *Accordi sul contenuto discrezionale del provvedimento e tutela delle posizioni soggettive*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 221 segg.; F. Trimarchi Banfi, *L'accordo come forma nell'azione amministrativa*, in *Pol. del dir.*, 1993, 237 segg.; M. Immordino, *Legge sul procedimento, accordi e contratto di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 1997, 103 segg.

<sup>19</sup> F. Cammeo, *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico (contratti di diritto pubblico)*, in *Giur. it.*, 1900, IV, 7, non ritiene possibile una composizione contrattuale degli interessi nel diritto pubblico; G. Miele, *La manifestazione della volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1930.

<sup>20</sup> O. Mayer, *Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrag*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1888, 3. Per un'analisi successiva dello stato della questione: A. Masucci, *La Quaestio nel diritto tedesco dell'ammissibilità del contratto di diritto pubblico tra amministrazione e privato*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, Milano, I, 1988.

<sup>21</sup> L'opera di Otto Mayer parte dal presupposto che "el Estrado no pacta con el súbdito", come afferma H. Bauer, *¿Transformación radical en la doctrina del Derecho Administrativo?*, in *D. A.*, 1993.

<sup>22</sup> Ángeles de Palma Del Teso, *Los Acuerdos procedimentales en el Derecho Administrativo*, Valencia, 2000.

<sup>23</sup> Per la dottrina italiana, tra i più significativi apporti: F. Ledda, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, 1964; G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984; R. Ferrara, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, Torino, 1985; F. Fracchia, *L'accordo sostitutivo*, Padova, 1998; L. V. Moscarini, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Milano, 1988.



funzione amministrativa che viene solo esercitata —per competenza tecnica— dagli organi amministrativi, i quali non sono soggettivamente titolari del potere. Anzi, come affermato nella recente riforma costituzionale (art. 118 Cost, comma 4), gli enti pubblici svolgono la loro funzione solo ove non siano già in grado di farlo i cittadini singoli o associati (cd. sussidiarietà orizzontale). Ciò conferma, per quanto interessa in questa sede, che la funzione può essere egualmente esercitata da un soggetto privato o pubblico, con strumenti autoritativi o consensuali, purché sia garantito il rispetto delle finalità previste dalla legge per quella specifica attività. D'altronde, la dottrina da lungo tempo aveva affermato l'estensione del principio di legalità anche all'attività di diritto privato delle pubbliche amministrazioni<sup>24</sup> ed a quella di interesse generale svolta da soggetti estranei alla pubblica amministrazione in senso soggettivo.

### 3.1 La natura giuridica degli accordi

A seguito dell'emanazione della legge sul procedimento, la dottrina ha prospettato differenti soluzioni circa la natura giuridica degli accordi<sup>25</sup>. Una prima ipotesi rispolvera il contratto di diritto pubblico, poiché oggetto dell'accordo è il potere discrezionale, mentre altri traggono dalla disciplina legislativa la conclusione che si tratti di atti privatistici, cui si applicano, seppure in quanto compatibili, i principi del codice civile in materia di obbligazione e contratti. In questo ultimo senso, l'accordo potrebbe configurarsi come contratto non solo per l'avvenuta attenuazione dell'autoritatività nell'amministrazione consensuale<sup>26</sup>, ma per il mutato regime giuridico del contratto, che avvicina alcune fattispecie privatistiche ad un assetto di

---

<sup>24</sup> C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto amministrativo della pubblica amministrazione*, Milano, 1982.

<sup>25</sup> Per una completa ed organica ricostruzione della fattispecie, più di recente, F. Cangelli, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004 ed in precedenza, tra i molti, P. L. Portaluri, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, 1998; G. Manfredi, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001; F. Caringella, *Corso di diritto amministrativo*, II, Milano, 2001, 1707 ss.; F. Tigano, *Gli accordi procedurali*, Torino, 2002; C. Maviglia, *Accordi con l'amministrazione pubblica e disciplina del rapporto*, Milano, 2002; V. Mengoli, *Gli accordi amministrativi tra privati e pubbliche amministrazioni*, Milano, 2003; A. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, in *Trattato di Diritto amministrativo* (a cura di S. Cassese), I, Milano, 2003, 1297 ss.; Aa. Vv., *Autorità e consenso nell'attività amministrativa (Atti del Convegno di Varenna)*, Milano, 2003.

<sup>26</sup> G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003.

interessi che, come nei provvedimenti, è tipico e rivolto ad un fine previsto dalla legge<sup>27</sup>. Infine, l'accordo viene configurato come un *tertium genus*, in cui si confondono aspetti privatistici e pubblicistici<sup>28</sup>: questa ipotesi troverebbe conferma nel fatto che l'ordinamento crea sempre più un diritto comune egualmente applicabile a fattispecie una volta considerate esclusivamente privatistiche o pubblicistiche<sup>29</sup>.

Tuttavia, anche chi riconosce natura privatistica all'accordo concorda sul fatto che esso non può sottrarsi ad un vincolo di scopo<sup>30</sup>, con una palese funzionalizzazione dell'attività stessa a finalità previste dalla legge<sup>31</sup>.

Invero, ammesso pacificamente che l'amministrazione possa adottare la soluzione più conveniente per l'interesse pubblico in collaborazione con i privati<sup>32</sup>, partecipanti al procedimento come interessati alla decisione finale<sup>33</sup>,

<sup>27</sup> Sul punto, specificamente, A. Travi, *Accordi fra proprietari e Comune per modifiche al piano regolatore ed oneri esorbitanti*, in *Studi economico-giuridici. In memoria di F. Ledda*, II, Torino, 2004, 1305 ss., rileva che in materia di accordi per la regolazione dell'assetto urbanistico non è sufficiente, per definirne la natura giuridica, distinguere tra provvedimento ed accordo, ma "stabilire se quell'accordo inerisca o meno a una situazione di potere dell'Amministrazione", poiché ove vi sia una situazione di potere il privato dovrà avere tutte le garanzie che avrebbe avuto nei confronti del provvedimento.

<sup>28</sup> E. Sticchi Damiani, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, cit.; E. Bruti Liberati, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, cit.

<sup>29</sup> E' quanto sostiene, in tema di accordi procedimentali, E. Sticchi Damiani, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, cit., 73, secondo cui, non essendo attribuibile all'accordo natura contrattuale, «sembra invece più corretto, sul piano metodologico, prendere atto che l'art. 11 introduce un modulo di atto bilaterale non negoziale, che, in riferimento alla terminologia usata dalla commissione Nigro, può essere qualificato come accordo procedimentale».

<sup>30</sup> G. Manfredi, *Accordi e azione amministrativa*, cit., 123.

<sup>31</sup> F. Manganaro, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa I. Profili critici e principi ricostruttivi*, Napoli, 2000.

<sup>32</sup> G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., 250 segg., ritiene che vi siano situazioni ove l'interesse pubblico può essere soddisfatto, non tanto dall'isolato ed astratto provvedere dell'amministrazione, ma dalla collaborazione fra quest'ultima ed i privati. In questi casi si rende opportuno definire consensualmente un programma che consenta il contemporaneo soddisfacimento dell'interesse pubblico e degli interessi privati e, rispetto al quale, l'amministrazione e la parte privata assumono un reciproco impegno. Anche A. Pubusa, *L'attività amministrativa in trasformazione. Studi sulla L. 7 agosto 1990, n. 241*, cit., 55, esprime la "convizione che il processo conoscitivo e la decisione per avvicinarsi il più possibile all'*optimum* non debbano essere il risultato di un'azione unilaterale dell'amministrazione, ma la risultante di un processo dialettico, nel quale confluiscono le diverse prospettazioni dei soggetti interessati alla procedura".

<sup>33</sup> Per E. Sticchi Damiani, *Attività amministrativa consensuale*, cit., 58, poiché i soggetti con cui l'amministrazione deve concludere l'accordo si identificano con gli interessati al

si attenua la funzionalizzazione intesa come perseguimento di un fine pubblico determinato a priori dalla legge. Seppure l'art. 11 della l. 241/90 stabilisce che gli accordi debbono comunque perseguire l'interesse pubblico, ciò non sembra in grado di incidere sostanzialmente sulla condotta dell'amministrazione, in quanto la legge non precisa (né potrebbe) in che cosa consista il pubblico interesse né indica criteri mediante i quali definirlo<sup>34</sup>.

D'altronde l'indeterminatezza dell'interesse pubblico si riscontra non solo nella disciplina sugli accordi, ma in tutta la nuova legislazione amministrativa, poiché la difficoltà di definire normativamente l'interesse pubblico comporta che esso venga "creato", nel corso del procedimento, dall'amministrazione in concorso con gli interventori e, perciò, più che le disposizioni normative, saranno le osservazioni e le proposte presentate dai privati ad influenzare l'amministrazione<sup>35</sup>.

Peraltro, la dottrina ammette che la funzione dell'accordo è anche quella di ampliare il contenuto del provvedimento, ossia di conferire al medesimo "un contenuto che esso non avrebbe potuto legittimamente assumere in carenza dell'accordo del privato"<sup>36</sup>. In questo senso, la conclusione degli accordi permette all'amministrazione di superare uno dei corollari fondamentali del

---

provvedimento finale "che già nel corso del procedimento si atteggiano in posizione di coincidenza - opposizione rispetto al progetto di identificazione - realizzazione dell'interesse pubblico che in esso si sta svolgendo", non sembra "produttivo di effetti limitativi dell'ambito della fattispecie che la possibile parte privata dell'accordo procedimentale debba evidenziare la sua presenza nel procedimento mediante osservazioni e proposte". Secondo G. Pericu, *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, in *Diritto amministrativo*, cit., 1643, quello dell'inizio del procedimento rappresenta "un vincolo preciso e non eludibile, così che ove non sia in atto un procedimento e si pervenga lo stesso alla definizione di convenzioni, accordi o di altra fattispecie consensuale tra pubblica amministrazione e privati, si pone un problema di ammissibilità e un problema di disciplina".

<sup>34</sup> Secondo S. Giacchetti, *L'interesse legittimo alle soglie del 2000*, in *Foro amm.*, 1990, II, 1917, «per quanto poi riguarda il dichiarato perseguimento del pubblico interesse è evidente che si tratta di un'affermazione di pura facciata», in quanto, nella disciplina sugli accordi, lo scopo dell'amministrazione è contemperare l'interesse pubblico con quello privato (corso nostro).

<sup>35</sup> E. Sticchi Damiani, *Attività amministrativa consensuale*, cit., 58, afferma che, attraverso le osservazioni, si ha "la concreta rappresentazione di un interesse che si assume coincidente con l'interesse che la parte pubblica dell'accordo è chiamata a realizzare".

<sup>36</sup> G. Corso - F. Teresi, *Procedimento amministrativo*, cit., 70. Contra, E. Casetta, *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 1993, 10 segg., affermando la non negoziabilità del potere e l'indisponibilità dell'interesse pubblico, ritiene che "non sia ammissibile che l'amministrazione ... dia all'accordo un contenuto diverso da quello che avrebbe dato al provvedimento".

principio di legalità<sup>37</sup>, ossia il principio di tipicità degli atti amministrativi<sup>38</sup>.

L'accordo diventa così un modo per evitare future azioni giurisdizionali, poiché si presume che la sottoscrizione dell'accordo da parte del privato significhi aver raggiunto un assetto di interessi soddisfacente anche per il privato.

In conclusione, dall'esame dei principi sull'amministrazione consensuale e dall'analisi specifica della disposizione normativa sugli accordi con i privati, si ha conferma che, nell'ambito degli attuali sistemi amministrativi, l'interesse pubblico è il risultato di un processo di comparazione e di conformazione delle diverse istanze sociali, che trova, proprio "negli strumenti consensuali e partecipativi, più adeguate ed efficaci risposte alle esigenze di un ordinamento pluralista a carattere sociale"<sup>39</sup>.

### *3.2 Un esempio classico di accordo amministrativo: la convenzione di lottizzazione*

Un tipico esempio di accordo amministrativo con i privati è costituito dalla convenzione di lottizzazione, con cui l'amministrazione consente di edificare, purché il proprietario del terreno realizzi le opere di urbanizzazione primaria e secondaria, a vantaggio dell'intera collettività residente, sostituendosi in un'attività che avrebbe dovuto svolgere il Comune.

---

<sup>37</sup> E' evidente la conseguenza, quanto al principio di legalità, poiché la mancanza di un interesse pubblico normativo predeterminato impedisce di avere il parametro di riferimento in forza del quale giudicare la legittimità dell'operato dell'amministrazione. Sul punto, F. Cangelini, *Riflessioni sul potere discrezionale della pubblica amministrazione negli accordi con i privati*, in *Dir. amm.*, 2000, 315, pur riconoscendo che il principio di legalità vincola l'attività amministrativa svolta secondo moduli consensuali, ritiene che "l'imparzialità assunta connotazioni peculiari quando si operi nell'ambito dell'attività lato sensu consensuale".

<sup>38</sup> Ad avviso di G. Corso - F. Teresi, *Procedimento amministrativo*, cit., 70, mediante gli accordi, l'amministrazione è in grado di "adottare un provvedimento contenente clausole che non potrebbe unilateralmente imporre al privato, se non a prezzo di violare il principio di tipicità (che vieta di apporre al provvedimento condizioni e clausole preordinate a risultati che solo con un diverso e ulteriore provvedimento potrebbero essere conseguiti)".

<sup>39</sup> M. Spasiano, *Interesse pubblico - interesse privato: la crisi della "grande dicotomia"*, in *Legalità e giustizia*, 1995, 558.

Invero, la dottrina attribuisce alla fattispecie la più varia natura<sup>40</sup>. Secondo alcuni, si tratterebbe di un atto di natura privatistica<sup>41</sup>; altri, attribuiscono alla convenzione di lottizzazione natura di contratto ad oggetto pubblico<sup>42</sup>, benché poi alcuni ammettano<sup>43</sup> la possibilità di applicare in via integrativa la disciplina prevista dall'art. 11 della l. 241/90; altri preferiscono considerare le convenzioni una fattispecie atipica non riconducibile né ad un contratto di natura privatistica o pubblicistica né ad un accordo<sup>44</sup>.

Prevale comunque l'ipotesi<sup>45</sup> che la convenzione di lottizzazione sia un accordo ex art. 11 della l. 241/90, in quanto conseguente ad un pregresso atto di pianificazione urbanistica<sup>46</sup>, così come peraltro confermato dalla costante giurisprudenza<sup>47</sup>. Le Sezioni Unite della Cassazione<sup>48</sup> riconoscono

---

<sup>40</sup> M.S. Giannini, *Prefazione* in V. Mazzarelli, *Le convenzioni urbanistiche*, Bologna, 1979, definisce le convenzioni di lottizzazione con il mitico nome di *centauresse*, per indicarne la natura complessa ed indeterminata. Sulle contraddizioni della pianificazione urbanistica consensuale: F. Pugliese, *Risorse finanziarie, consensualità ed accordi nella pianificazione urbanistica*, in *Dir. amm.*, 1999 ed ora in *Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato* (a cura di L. Iannotta), Torino, 2003, 95 ss.

<sup>41</sup> G. Galletto, *Convenzioni urbanistiche*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, IV, 1989, 359; De Paolis, *Edilizia e urbanistica. Raccolta coordinata di giurisprudenza e legislazione*, Padova, 2000, 18.

<sup>42</sup> G. D. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984; G. Pericu, *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, in *Aa.Vv.*, *Diritto amministrativo* (a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F. A. Roversi Monaco, F. G. Scoca), Bologna, II, 2001, 1696.

<sup>43</sup> F. Salvia - F. Teresi, *Diritto urbanistico*, 2002, Padova, 139. In generale, sul contratto di dritto pubblico: F. Ledda, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, 1964 ed ora in *Scritti giuridici*, Padova, 2002; Id., *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in *Foro amm.*, 1997, 1572; M. Immordino, *Legge sul procedimento amministrativo, accordi e contratti di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 1997, 103 ss.; R. Ferrara, *La pubblica amministrazione fra autorità e consenso: dalla <<specialità>> amministrativa a un diritto amministrativo di garanzia?*, in *Dir. amm.*, 1997, 225 ss.

<sup>44</sup> Ritiene che sia meglio configurare una nuova ipotesi e non costringere le convenzioni e egli accordi nelle figure già conosciute: M. Dugato, *Brevi note in tema di convenzioni edilizie ed accordi ex art. 11, legge n. 241 del 1990*, in *Le Regioni*, 1993, 970 ss.

<sup>45</sup> P. Urbani - S. Civitarese Matteucci, *Diritto urbanistico*, 2000, 341.

<sup>46</sup> E. Bruti Liberati, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, 1996; P. L. Portaluri, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali*, Milano, 1998; N. Aicardi, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e carattere*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997. Secondo G. Manfredi, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001, 138, proprio le convenzioni urbanistiche rappresentano un tipico esempio di accordo, avente una natura privatistica peculiare, in quanto soggetti ad un cd. vincolo di scopo.

<sup>47</sup> Per un'approfondita ricostruzione della fattispecie, anche tenendo conto dell'evoluzione giurisprudenziale: A. Simonati, *I piani di lottizzazione: caratteri e tendenze*, in *Aa. Vv.*, *La pianificazione urbanistica di attuazione. Dal piano particolareggiato ai piani operativi* (a cura di D. de Pretis), Trento, 2002, 23 ss.

<sup>48</sup> Cass., Sez. Un., 15 dicembre 2000, n. 1262, secondo cui "le riferite convenzioni .... rientrano pienamente nel paradigma concettuale del quale hanno anzi agevolato l'elaborazione,

nelle convenzioni di lottizzazione accordi sostitutivi, affermando che propri tali convenzioni hanno costituito, in anticipo rispetto alla legge sul procedimento, il paradigma concettuale degli accordi<sup>49</sup>.

Le diverse opinioni sulla natura giuridica delle convenzioni di lottizzazione configurano diversamente i rimedi per la mancata esecuzione delle convenzioni stesse.

Innanzitutto, nel definire le situazioni giuridiche connesse alle convenzioni di lottizzazione, prevale l'ipotesi che ci si trovi di fronte ad un accordo da cui derivano diritti soggettivi tra le parti, salvo il diritto di recesso dell'amministrazione cui corrisponde un interesse legittimo<sup>50</sup>.

In forza di questo presupposto si radica la giurisdizione in via esclusiva in capo al giudice amministrativo, ma rimane aperta la questione circa le azioni esperibili.

In caso di inadempimento, la dottrina ha ritenuto applicabile il rimedio di cui all'art. 1453 cod. civ., secondo cui si può chiedere alla parte inadempiente l'adempimento o la risoluzione, fatto salvo l'eventuale risarcimento del danno<sup>51</sup>.

Rimane il dubbio se l'eventuale inadempimento dell'una o dell'altra parte del rapporto possa essere posto sullo stesso piano, poiché l'amministrazione, pur avendo vincolato il suo potere nell'accordo, non perde del tutto la sua specialità anche nell'esecuzione di esso. E' vero che l'amminis-

anticipandone lo schema di riferimento, dei cosiddetti «accordi sostitutivi del provvedimento» disciplinati dall'art. 11 della legge sul procedimento amministrativo n. 241-90 (cfr. n. 8953-98) "Sentenza 15 dicembre 2000, n. 1262.

<sup>49</sup> In tal senso già: Cass., 11 agosto 1997, n. 7452, in *Riv. giur. edil.*, 1995, I, 53; Cass., 14 giugno 1995, n. 6687, *ivi*, 1995, I, 1023; Cass., Sez. Un., 11 dicembre 2001, 15641, in *Dir. e giust.*, 2002, 3, 18, con nota di Cicatiello; Cass., Sez. Un., 7 febbraio 2002, 1763, in *Giust. civ.*, Mass., 2002, 209.

<sup>50</sup> Secondo F. Fracchia, *L'accordo sostitutivo*, Padova 1998, 227, le situazioni giuridiche scaturenti dall'accordo sono di diritto soggettivo quanto alla pretesa all'indennizzo o all'adempimento di quanto concordemente stabilito, mentre invece si configura un interesse legittimo nel caso di recesso. Anche secondo G. Manfredi, *Accordi e azione amministrativa*, cit., 134, gli accordi danno luogo a diritti soggettivi.

<sup>51</sup> F. Tigano, *Gli accordi procedimentali*, Torino, 2002, 243, ritiene che "non può sorgere dubbio alcuno circa la possibilità di chiedere la risoluzione del contratto per inadempimento, impossibilità sopravvenuta o eccessiva onerosità ai sensi degli artt. 1453 c.c. e seguenti. L'art. 1453 c.c., in particolare, prevede la possibilità di chiedere, nei confronti della parte inadempiente, l'adempimento o la risoluzione, salvo il risarcimento del danno".

trazione ha già vincolato la sua discrezionalità nell'accordo e pertanto essa —dopo la stipula della convenzione di lottizzazione— va considerata in maniera paritaria rispetto al privato contraente. Eppure una differenza si profila proprio in caso di esecuzione forzata in caso di inadempimento, in quanto non si può escludere che l'amministrazione usi anche i suoi poteri di esecuzione coattiva<sup>52</sup>.

La convenzione di lottizzazione ha perciò lo scopo —come tutti gli altri accordi— di prevenire il conflitto tra privati e pubbliche amministrazioni, ma non è del tutto escluso che l'amministrazione proceda all'esecuzione diretta in danno del privato per l'accordo rimasto ineseguito<sup>53</sup>.

#### 4. L'amministrazione coordinata

La molteplicità dei livelli di governo e la frammentazione degli enti pubblici rende necessarie nuove forme di azione amministrativa che prevengano conflitti tra amministrazioni equiordiante e non più soggette a vincolo gerarchico.

Nella dottrina italiana, intorno agli Anni Cinquanta, si comincia ad osservare che per la soluzione dei problemi amministrativi sono necessari interventi congiunti di più amministrazioni: la moltiplicazione degli interessi pubblici nelle società complesse comporta la frammentazione dell'amministrazione unitaria, benché ancora flebilisia un reale decentramento istituzionale, che avrà inizio con la creazione delle Regioni negli Anni Settanta.

Eppure già a quel tempo, la dottrina<sup>54</sup> osserva come sia necessario trovare modalità di decisione che consentano di evitare conflitti tra amministrazioni, senza più ricorrere ad un criterio di subordinazione gerarchica, che spesso non esiste più tra amministrazioni pariordinate.

---

<sup>52</sup> Chi ha esaminato la questione che qui interessa, cioè l'inadempimento della parte privata, non ha dubbi nell'affermare senza neppure la necessità di troppe argomentazioni che in questo caso "è ipotizzabile che l'amministrazione torni a servirsi dei poteri autoritativi di cui è dotata" F. Tigano, *Gli accordi procedurali*, cit., 243.

<sup>53</sup> N. Assini, *Pianificazione urbanistica e governo del territorio*, in G. Santaniello (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. XXX, Padova, 2000, 154, sostiene l'applicabilità dell'art. 1218 cod. civ. In questo senso anche la giurisprudenza: Cons. Stato, sez. V, 19 marzo 1991, n. 300, in *Cons. Stato*, 1991, I, 447; Cons. Stato, sez., IV, 3 novembre 1998, n. 1412, in *Riv. giur. edilizia*, 1999, I, 495.

<sup>54</sup> V. Bachelet, *Coordinamento*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, 631 ss.

Si formula così, negli Anni Cinquanta dello scorso secolo, l'idea del *coordinamento* come principio che serve ad assumere decisioni in situazioni complesse. Se la Costituzione ha previsto una molteplicità di soggetti pubblici e di livelli di governo —ognuno con una propria sfera di competenza— è necessario trovare modalità di azione amministrativa che, senza ledere l'autonomia dei singoli soggetti pubblici o modificare la competenza, consentano di ponderare e perseguire insieme gli interessi pubblici coinvolti nella decisione amministrativa<sup>55</sup>.

Mentre vi è concordia sulla necessità del coordinamento, si prospettano differenti definizioni, che incidono sulla natura giuridica della fattispecie. Secondo un'autorevole tesi<sup>56</sup>, il coordinamento più che un istituto giuridico vero e proprio sarebbe un principio generale dell'organizzazione amministrativa o un mero patto politico<sup>57</sup> privo di effetti giuridici, con cui le parti concordano un comportamento da tenere in futuro, ma senza gli effetti vincolanti propri dei rapporti giuridici.

Invero, il coordinamento è una figura organizzativa caratteristica di una società pluralistica con una molteplicità di centri autonomi e si manifesta in una serie di relazioni giuridiche intersoggettive, che danno luogo ad atti complessi, in cui —per dirla in termini classici— la manifestazione di volontà degli enti coordinati contribuisce a determinare l'effetto giuridico dell'atto stesso, garantendo l'autonomia decisoria dei soggetti pubblici e il perseguimento di un fine comune.

L'utilità dell'istituto è anche la sua debolezza, perché si tratta di trovare un punto di equilibrio tra autonomia delle singole amministrazioni e necessità di decidere insieme, come è ben evidente, ad esempio, nella tormentata disciplina della conferenza di servizi in cui prevale ora la tutela dell'autonomia dei soggetti intervenuti, ora la necessità di pervenire comunque e presto ad una decisione. Ed infatti se il coordinamento rappresenta l'esatto opposto della gerarchia, la decisione amministrativa avrà bisogno del consenso di tutte le

---

<sup>55</sup> F. Piga, *Premessa ad uno studio sul coordinamento amministrativo*, in *Foro amm.*, 1981, II, 718; Id., *Coordinamento (principio del)*, in *Enc. Giur.*, IX, Roma, 1988.

<sup>56</sup> M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1988, 858.

<sup>57</sup> F. Migliarese Tamburino, *Il coordinamento nell'evoluzione dell'attività amministrativa*, Padova, 1979, 28 sostiene che il coordinamento è una figura organizzativa avente come contenuto la "pretesa di una regolazione tipicizzata di rapporti organizzativi".



amministrazioni, cosicché si perviene ad un atto complesso, in cui le volontà delle singole amministrazioni concorrono a determinare l'effetto giuridico.

Il coordinamento, come figura generale di collaborazione tra differenti soggetti pubblici, si esprime o attraverso una modificazione organizzativa (ad esempio, si decide di costituire un consorzio o un'unione di comuni) o — ed è quello che qui ci interessa — una modificazione delle modalità di decisione, passando da un decisore unico ad un decisore complesso.

Gli studi sugli effetti giuridici delle modificazioni organizzative dimostrano con dovizia di argomenti<sup>58</sup> che il passaggio da uno a più soggetti decisori modifica, non solo la *quantità* dei soggetti chiamati a decidere, quanto la *modalità* di determinare il contenuto della decisione stessa. Si avranno, infatti, differenti effetti giuridici, non predeterminati dalla norma, a secondo del modo in cui, all'interno della c.d. coalizione decisionale<sup>59</sup>, si sviluppano i rapporti di potere reciproco: spetta, infatti, all'amministrazione precedente il compito "relazionale" di semplificare e sostenere i rapporti tra i soggetti pubblici e privati coinvolti nella decisione, mediando tra differenti interessi e prospettazioni dei fatti. Ciò trova conferma nel fatto che tutti gli atti di concertazione producono effetti giuridici non predeterminati dalla norma, ma collegati al diverso atteggiarsi dei rapporti tra i soggetti partecipanti.

L'effetto giuridico non è più ricollegabile all'attività di un'amministrazione che, unica titolare del potere, trasforma la realtà attraverso la propria volontà, pur nell'ambito indicato dalle norme. Si deve perciò concludere<sup>60</sup> che ogni

---

<sup>58</sup> G. D. Comporti, *Il coordinamento infrastrutturale. Tecniche e garanzie*, Milano 1996, 396. Osserva A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997, 61, che nell'attività amministrativa attuale è la stessa amministrazione a predeterminare valori e parametri, che costituiscono regola del suo agire, sia per la molteplicità degli interessi di una società complessa, sia per la necessaria autonomia esercitabile dall'amministrazione nel suo agire concreto.

<sup>59</sup> Secondo M. Bombardelli, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1996, 275, "non è più possibile, quindi, pensare al processo decisionale amministrativo come se si trattasse di una semplice serie predefinita di atti, da cui la decisione può derivare come esito di un "calcolo" compiuto da un decisore unitario attraverso una serie di operazioni deduttive, riproducibili ogni volta che risulti necessario il perseguimento di un determinato interesse pubblico, secondo una logica consequenziale. Ciò fa sì che le condizioni di legittimità dell'azione amministrativa non possano più essere individuate solo nella tradizionale forma parametrica, quali premesse e vincoli di un iter logico concepito in funzione dell'adozione di un atto finale produttivo degli effetti giuridici della fattispecie".

<sup>60</sup> M. Bombardelli, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, cit., 234.

problema di interesse generale “non costituisce l’occasione per attivare il processo di esplicazione di un solo potere unilaterale di scelta, ma rappresenta la causa di avvio dell’adozione della pluralità di comportamenti influenti e delle molte scelte rilevanti riconducibili alle diverse componenti della coalizione decisionale”: ciò comporta che il contenuto della decisione sarà diverso, a secondo del modo in cui viene costituita ed opera la coalizione decisionale, che coinvolge non solo soggetti pubblici, ma anche portatori di interessi sociali, secondo le modalità previste dalla legge sul procedimento.

Gli studi sul coordinamento inducono, perciò, a ritenere che la collaborazione per la decisione modifica le modalità dell’azione amministrativa e di conseguenza il contenuto dell’atto così adottato.

### **5. L’amministrazione concertata come amministrazione insieme coordinata e consensuale.**

E’ significativo che nei manuali di diritto amministrativo degli Anni Settanta ed Ottanta non si faccia cenno all’azione amministrativa concertata, considerata assolutamente marginale. Solo negli Anni Novanta la dottrina se ne occupa, definendola come l’attività in cui viene coinvolta una molteplicità di soggetti pubblici e privati, in cui si coordinano più centri di potere pariorinati e differenti processi decisionali<sup>61</sup>.

Ciò significa —a mio avviso— che l’amministrazione concertata è insieme amministrazione coordinata (che mette insieme soggetti pubblici) ed amministrazione consensuale, che si confronta con i soggetti privati, conformando insieme gli interessi pubblici.

Per capire meglio il senso dell’amministrazione concertata, bisogna analizzare alcuni istituti della programmazione negoziata, che ne costituiscono figure tipiche di diritto positivo<sup>62</sup>.

Con la l. 23 dicembre 1996, n. 662 sono stati introdotti numerosi differenti moduli convenzionali<sup>63</sup> per la programmazione negoziata<sup>64</sup>, che

<sup>61</sup> E. Casetta, *Diritto amministrativo*, Milano, 2006, 515.

<sup>62</sup> Per uno studio specifico sul punto: A. Contieri, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi*, Napoli, 2000.

<sup>63</sup> Le disposizioni della l. 23 dicembre 1996, n. 662, *Misure di razionalizzazione della finanza pubblica* debbono essere integrate con le previsioni della delibera CIPE del 21 marzo 1997

consentono un'azione concertata tra pubbliche amministrazioni e privati, al fine di attuare un programma d'interventi per la promozione dello sviluppo locale: patto territoriale, contratto d'area, intesa istituzionale di programma, accordo di programma quadro e contratto di programma<sup>65</sup>.

La programmazione negoziata viene, così, svolta attraverso un insieme variegato di strumenti consensuali, con cui soggetti pubblici e privati regolano interventi complessi: il fine precipuo è quello di assicurare una gestione unitaria delle risorse finanziarie, ogniqualvolta l'elaborazione e l'attuazione di interventi diversi, riferiti ad un'unica finalità di sviluppo, comportino scelte ed impegni economici delle amministrazioni statali, delle regioni, degli enti locali e dei privati.

La peculiarità della programmazione negoziata non muta sostanzialmente neanche quando, dopo la modifica del titolo V della Costituzione, la competenza ad adottarli viene trasferita alle Regioni. Ad esempio, la programmazione negoziata prevista dalla legge della Regione Lombardia 14 marzo 2003, n. 2 introduce nuove figure giuridiche (accordo quadro di sviluppo territoriale, programma integrato di sviluppo locale, contratto di recupero produttivo; accordo di programma) in cui la finalità è sempre quella di creare un

---

*Disciplina della programmazione negoziata*, che contiene una regolamentazione organica dei diversi strumenti possibili.

<sup>64</sup> Per una trattazione generale della programmazione negoziata, R. Gallia, *Dalla contrattazione programmata alla programmazione negoziata: l'evoluzione normativa degli aiuti di Stato. Dall'intervento ordinario nel Mezzogiorno all'intervento ordinario nelle aree depresse*, in *Riv. giur. del Mezz.*, 1996, 352 segg.; Id., *La nuova disciplina della "programmazione negoziata"*, in *Riv. giur. del Mezz.*, 1997, 9 segg.

<sup>65</sup> L'intesa istituzionale di programma è l'accordo tra il governo nazionale e la giunta di ciascuna Regione per mezzo della quale, anche in virtù di una ricognizione delle risorse finanziaria disponibili, viene definito un piano pluriennale e coordinato di interventi da attuarsi nel territorio della singola Regione. Poiché l'intesa determina soltanto il quadro programmatico di riferimento, occorre che, ad essa, sia data attuazione mediante la stipulazione di un accordo di programma quadro. Quest'ultimo è concluso su iniziativa dei sottoscrittori dell'intesa con enti locali ed altri soggetti pubblici e privati per la definizione di un programma esecutivo di interventi di interesse comune o funzionalmente collegati. Infine, il contratto di programma costituisce, assieme al patto territoriale ed al contratto d'area, uno degli strumenti della programmazione negoziata con cui si attua un intervento a sostegno dello sviluppo nell'ambito di un determinato contesto locale. Esso è il contratto stipulato tra l'amministrazione statale competente, grandi imprese, consorzi di piccole e medie imprese e rappresentanze di distretti industriali per la realizzazione di interventi oggetto di programmazione negoziata.

“partenariato istituzionale, economico e sociale” tra soggetti pubblici e privati per lo sviluppo locale<sup>66</sup>.

Si deve dedurre che la programmazione concertata superi i limiti dell'amministrazione consensuale e di quella coordinata, consentendo congiuntamente —quanto ai soggetti— il coinvolgimento dei privati e —quanto all'oggetto— la possibilità di definire azioni per lo sviluppo delle collettività locali.

In conclusione, dall'analisi delle fattispecie concrete di amministrazione concertata si comprende che essa sia il modo più significativo di esercizio dell'azione amministrativa, ancor più dell'amministrazione consensuale, poiché quest'ultima consente di pervenire ad un atto bilaterale, ma, sempre, attraverso un procedimento regolato, mentre invece la concertazione consente un'attività amministrativa, in cui la legge si limita a prevedere la necessità che diversi soggetti pubblici e privati concordino tra di loro, in sede procedimentale, obiettivi e fini.

Ma, su questo profilo, bisogna proporre qualche ulteriore riflessione.

### *5.1. Le peculiarità dell'amministrazione concertata*

L'amministrazione concertata presenta una significativa specialità nei confronti dell'azione amministrativa tradizionalmente intesa.

All'amministrazione concertata si può applicare l'osservazione proposta da Cassese, secondo cui nella nuova arena pubblica non è il procedimento che modula il negoziato, ma il negoziato che plasma il procedimento; sono,

---

<sup>66</sup> La l.r. Lombardia 14 marzo 2003, n. 2 introduce a livello regionale la programmazione negoziata con istituti giuridici analoghi a quelli prima previsti nella legislazione nazionale. In particolare il programma integrato di sviluppo locale (Pisl) presenta analogie con il patto territoriale sia quanto a finalità perseguibili che a soggetti partecipanti. Il Pisl viene infatti stipulato tra soggetti pubblici, privati e del terzo settore, che concordano uno o più obiettivi di sviluppo locale di una determinata area omogenea, in coerenza con la programmazione regionale. Rimane integra l'atipicità dell'atto, in quanto spetta ad ogni singolo Pisl stabilire gli obiettivi di sviluppo, le azioni da realizzare, il piano finanziario, i tempi di realizzazione ed il soggetto responsabile della gestione del programma. Il successivo regolamento regionale 12 agosto 2003, n. 18, dando attuazione alla legge, conferma la peculiarità degli interventi previsti: ad esempio, l'art. 12 del regolamento stabilisce che i Pisl, attuando un percorso di sviluppo dell'economia locale, “attivano un processo di partenariato locale che coinvolge i soggetti territoriali rappresentativi del sistema istituzionale, economico e sociale”.

cioè, le parti che scelgono le modalità con cui applicare il diritto. Come detto in precedenza, è impossibile predeterminare normativamente il contenuto sostanziale degli atti di amministrazione concertata, prevedendone la finalità. Infatti, se lo sviluppo locale deve realizzarsi tenendo conto delle peculiarità di ciascuna area, i fini ed i contenuti dell'azione pubblica non possono essere stabiliti dalla norma, che, per definizione, detta regole generali indifferenziate. Invece, con gli atti di amministrazione concertata, l'ordinamento intende attribuire alle amministrazioni locali la capacità di adottare, tramite una co-determinazione con altri soggetti coinvolti, le soluzioni ritenute, per ogni singola situazione locale, più convenienti per il pubblico interesse.

L'esame della normativa su patti territoriali e contratti d'area conferma una simile impostazione, essendo rimessa alla concertazione delle istituzioni locali e dei privati la specificazione, in concreto, del concetto di sviluppo locale e dei mezzi per conseguirlo<sup>67</sup>. Ad esempio, nei patti territoriali non è l'ente pubblico a determinare il settore produttivo in cui saranno erogati i finanziamenti, ma sono gli stessi imprenditori destinatari del finanziamento a determinare le aree produttive in cui proporre progetti finanziabili. Ed anche quando la norma sembra voler limitare la capacità dei soggetti locali di concertare gli obiettivi ed i contenuti della loro azioni, stabilendo i requisiti che gli interventi debbono possedere<sup>68</sup>, in realtà esprime sempre degli enunciati generici, lasciando intatta la discrezionalità dell'amministrazione di determinare il contenuto d'intesa con gli altri soggetti stipulanti.

Anche per quanto concerne gli atti prodotti in fase di amministrazione concertata, essi non hanno più le caratteristiche proprie di quelli che tradizionalmente si definivano atti amministrativi. Non sono atti unilaterali, in cui il potere discrezionale viene esercitato dall'amministrazione singola o anche in collaborazione con altre; non possono essere sottoposti a controlli in senso classico, perché non hanno un parametro di valutazione predefinito; non perseguono un fine pubblico specifico, che viene invece stabilito dalle stesse

---

<sup>67</sup> Rileva G. P. Manzella, *Vicende di un istituto di programmazione negoziata: i patti territoriali*, cit., 830, come il patto territoriale persegua obiettivi "che - se necessariamente compatibili con indicazioni programmatiche di livello più elevato - trovano tuttavia, nel patto stesso, nell'accordo tra i soggetti che lo sottoscrivono, la propria esatta e completa definizione".

<sup>68</sup> Ad esempio, la legge stabilisce che i progetti oggetto del contratto d'area debbono essere tali da accrescere "in modo significativo il patrimonio produttivo dell'area e dell'intera Regione".

amministrazioni partecipanti e per di più in collaborazione con i privati; infine, possono in alcuni casi, per realizzare un'azione efficiente, derogare alla norme ordinarie di amministrazione. Resta fermo il problema delle transazioni di diritto pubblico, nelle quali l'accordo transattivo comporti l'esercizio delle potestà amministrative; secondo autorevole dottrina, nel nostro ordinamento amministrazione è ancora portatrice di un interesse pubblico.

E, perciò, proprio nell'amministrazione concertata si manifesta con tutta evidenza il problema tipico dell'attività pubblica attuale e dei rapporti pubblico-privato: da una parte tutelare le amministrazioni dai privati forti e dall'altra garantire i privati deboli dalla eventuale protervia dell'amministrazione.

## **PARTE SECONDA. La soluzione extragiudiziale dei conflitti**

### **6. Le soluzioni esterne al procedimento**

Il tema delle tutele alternative alla giurisdizione, particolarmente diffuso in altri Paesi europei, è di viva attualità anche in Italia.

L'esigenza della semplificazione e dello snellimento dei processi (imposta dall'art. 6 della Carta Europea dei Diritti dell'Uomo e dall'art. 111 Cost., con riferimento alla ragionevole durata del processo) è stata perseguita essenzialmente attraverso istituti volti a realizzare la semplificazione ed accelerazione nel processo. Si pensi, ad esempio, all'istituto della decisione anticipata del merito del ricorso già in fase di tutela cautelare, generalizzato dagli artt. 3 e 9 della l. n. 205/2000, che, tuttavia, pone seri dubbi di legittimità costituzionale, in ordine al principio del contraddittorio<sup>69</sup>.

Si punta, perciò, più ampiamente, su strumenti non giurisdizionali di risoluzione delle controversie tra amministrazioni e privati già nella fase del procedimento amministrativo (come appena visto) o anche quando tale fase sia già conclusa, durante l'esecuzione del rapporto amministrativo.

All'origine nei Paesi di *common law*, ma ora via via anche in quelli di *civil law*, si inizia così a parlare di *Alternative Dispute Resolution* (A.D.R.)<sup>70</sup>. Si tratta di un'ampia, e non ben definita, costellazione di rimedi, che possono incidere sulle fasi del procedimento amministrativo oppure risolvere un

<sup>69</sup> A. Scognamiglio, *La decisione anticipata nel merito del ricorso: il processo amministrativo tra efficienza e garanzia delle parti*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 122 ss.)

<sup>70</sup> S. Sticchi Damiani, *Sistemi alternativi alla giurisdizione (ADR) nel diritto dell'Unione Europea. L'incidenza del network europeo di ADR sull'organizzazione amministrativa*, Milano, 2004.

contenzioso già insorto; oppure ancora, come nell'ordinamento statunitense, possono consistere in procedure dirette ad agevolare la composizione delle controversie sotto il controllo del giudice (procedure endoprocedurali). In ogni caso, è bene precisare che tali istituti non possono impedire l'accesso alla tutela giurisdizionale, in Italia garantita dagli artt. 24, 103 e 113 Cost.

Vengono ascritti alla categoria delle A.D.R. la conciliazione, la transazione, i procedimenti ridotti<sup>71</sup>. In genere, tali ipotesi non vengono considerate modelli amministrativi di risoluzione delle controversie, bensì soluzioni di diritto privato, applicabili tendenzialmente alla sola attività di diritto privato della pubblica amministrazione, nel rispetto della sua funzionalizzazione all'interesse pubblico. Resta fermo il problema delle transazioni di diritto pubblico, nelle quali l'accordo transattivo comporti l'esercizio delle potestà amministrative; secondo autorevole dottrina<sup>72</sup>, nel nostro ordinamento sussiste tale categoria generale, individuabile negli accordi ex art. 11 della L. n. 241/1990.

Nell'U.E. la tendenza alla tutela attraverso A.D.R. si è realizzata soprattutto nel campo della tutela dei consumatori, ai sensi dell'art. 153 Trattato CEE, e in seguito delle Raccomandazioni 98/257 e 2001/310 CE<sup>73</sup>.

Infine, tra le A.D.R. "amministrative" la cui introduzione è stata sollecitata dal Consiglio d'Europa (con raccomandazione del 5 settembre 2001), vi è *le recours à l'administration*; secondo alcuni ciò imporrebbe la rivalutazione nell'ordinamento italiano di un istituto oggi particolarmente trascurato, e dalla storia poco gloriosa, quale il ricorso gerarchico<sup>74</sup>.

## 7. Transazione ed accordo bonario nel Codice degli appalti

Il recente *Codice degli appalti* (d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163) ha codificato una disciplina espressa sulla transazione<sup>75</sup> e sull'accordo bonario nelle

<sup>71</sup> M. Chiti, *Le procedure giurisdizionali speciali*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, IV, Milano, 2000, 3635 ss.

<sup>72</sup> G. Greco, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (Appunti per un nuovo studio)*, in *Dir. amm.*, 2005, 223 ss.

<sup>73</sup> S. Sticchi Damiani, *Le forme di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, 743 ss.

<sup>74</sup> N. Longobardi, *Modelli amministrativi per la risoluzione delle controversie*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 52 ss.

<sup>75</sup> Cfr. P. Chirulli - P. Stella Richter, *Transazione (Dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 867 ss.; Formentin, *Transazione nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XV, Torino,

controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici (artt. 239 e 240). Torna di attualità<sup>76</sup> questo "strumento efficacissimo di pace sociale"<sup>77</sup>, volto alla diminuzione del contenzioso ed al conseguimento di un più stabile assetto di interessi, peraltro in una situazione normativa di notevole *favor* verso la paritarietà dei rapporti fra cittadini e pubblica amministrazione.

### 7.1. *L'accordo bonario*

L'art. 240 del d.lgs. n. 163/2006 recepisce l'istituto dell'accordo bonario introdotto dalla L. n. 216/1995 (c.d. Merloni *bis*). E' il caso di sottolineare l'importante funzione razionalizzatrice<sup>78</sup> del recente intervento normativo, che, da un lato, separa la disciplina dell'accordo bonario da quella riguardante più specificamente il processo amministrativo (contenuta oggi agli artt. 244-246), dall'altro, riconduce alla legge la previsione regolamentare, prima contenuta in un fonte regolamentare (D.P.R. n. 554/1999).

Prima della Legge Merloni, il modello della risoluzione delle riserve non era certo sconosciuto, essendo disciplinato nella legge generale sui lavori pubblici n. 2248, all. F, del 1865, nel capitolato generale di appalto approvato con D.M. 28 maggio 1895, n. 350, e nel successivo D.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063.

Ma la dottrina aveva messo in luce i forti limiti di tale disciplina<sup>79</sup>. Essa, infatti, si caratterizzava per una totale unilateralità, sia sul piano istruttorio che su quello decisionale; inoltre, si trattava di un meccanismo con tempi lunghi, poiché le determinazioni dell'amministrazione dovevano essere assunte solo dopo la conclusione dei lavori, contestualmente all'approvazione

---

1999, 315 ss. Più di recente, G. Greco, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattivi*, cit.

<sup>76</sup> G. Greco, *op. cit.*, 226.

<sup>77</sup> Guicciardi, *La transazione degli enti pubblici*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, 64.

<sup>78</sup> Cfr. il parere del Cons. St., Sez. cons. atti norm., 6 febbraio 2006.

<sup>79</sup> E. Sticchi Damiani, *La definizione consensuale delle riserve (art. 31-bis)*, in *L'appalto di opere pubbliche*, a cura di Villata, Padova, 2004, 977 ss.; Garofoli-De Nictolis-Lipari, *L'accordo bonario compositivo delle controversie in tema di riserve*, in *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, a cura di Caringella, Milano, 1999; Sanino, *La nuova disciplina del contenzioso tra amministrazione committente e appaltatore in materia di opere pubbliche*, in *Riv. amm. app.*, 1996, 125 ss.; Carbone, *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, a cura di Carullo e Clarizia, Padova, 1997, 314.



del collaudo. Per la verità, la giurisprudenza<sup>80</sup> ed alcune successive riforme normative avevano limitato i possibili danni, ma si trattava comunque di modifiche poco incisive, ed il procedimento complessivo veniva sempre più percepito come contrastante con i principi di partecipazione, consensualità, celerità ed efficacia.

L'attuale art. 240 del Codice degli appalti risolve molti dei problemi esistenti sotto la vecchia normativa.

Sotto il profilo dei *presupposti*, oggettivi e soggettivi, l'art. 240 è applicabile, quanto alla materia, ai lavori pubblici, intendendosi per tali, ai sensi dell'art. 3, co. 8, del Codice, "le attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione, restauro, manutenzione, di opere"<sup>81</sup>, sicché non si applicano alle concessioni o alle sole progettazioni. Ai sensi del comma 22 dell'art. 240, le disposizioni in tema di accordo bonario si applicano, invece, in quanto compatibili, ai contratti pubblici relativi a servizi e a forniture nei settori ordinari e speciali.

Presupposto essenziale per l'applicazione dell'istituto, ai sensi dell'art. 240, commi 1, 6 e 14, è che il valore economico delle riserve iscritte comporti la variazione di almeno il 10% dell'importo contrattuale ovvero, indipendentemente dall'importo economico delle riserve ancora da definirsi, che l'opera sia stata ultimata e siano stati redatti il certificato di collaudo e quello di regolare esecuzione. Trascorsi sei mesi, l'appaltatore che ha iscritto le riserve, ai sensi dell'art. 240 comma 21, può chiedere che sia avviato il procedimento di accordo bonario anche nel caso di mancata effettuazione del collaudo o di emissione del certificato di regola esecuzione dei lavori.

Le considerazioni appena svolte consentono di accennare al problema della natura giuridica dell'accordo bonario. Tre tesi sono state avanzate: a) che si tratti di un procedimento conciliativo *tout court*; b) che l'istituto costituisca una tipologia specifica rientrante nell'ambito degli accordi

---

<sup>80</sup> Al fine di evitare i tempi lunghi che siffatto meccanismo ineluttabilmente comportava, la giurisprudenza aveva consentito che in caso di ritardo dell'amministrazione nell'adottare le proprie determinazioni sulle riserve, l'appaltatore poteva far fissare dal giudice un termine congruo *ex art.* 1183 c.c., decorso il quale era esperibile la tutela giurisdizionale: cfr. Cass. civ., sez. un., 27 febbraio 1980, n. 1359, in *Giust. civ. Mass.*, 1980, f. 2.

<sup>81</sup> Sul tema v. Cacace, *L'accordo bonario in tema di riserve nell'appalto di lavori pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2 ss., il quale si sofferma sull'evoluzione delle nozioni di "lavoro pubblico" e di "opera pubblica".

amministrativi; c) che vada ricondotto allo schema civilistico della transazione. Si è escluso, innanzi tutto, che possa parlarsi di conciliazione, perché, nel caso in questione, manca un soggetto terzo, investito del compito di effettuare una mediazione qualificata tra i soggetti in lite. Non sembra neppure applicabile la disciplina dell'accordo ex art. 11 L. n. 241/1990, dal momento che esso è incentrato sulla titolarità, da parte dell'amministrazione, di un potere discrezionale, non presente nei casi di accordo bonario, che hanno ad oggetto pretese di diritto soggettivo vantate dall'affidatario<sup>82</sup>. Prevale così l'ipotesi che si tratti di istituto di carattere privatistico, riconducibile allo schema della transazione<sup>83</sup>.

Tale ipotesi, formulata già prima dell'emanazione del recente Codice sugli appalti, appare ora ancora più fondata. Innanzitutto, vi è un dato testuale, in quanto il comma 18 dell'art. 240 afferma esplicitamente che l'accordo bonario ha natura di transazione. In secondo luogo, le nuove modalità dell'accordo bonario confermano questa ipotesi, in quanto si rafforza la paritarietà del rapporto (il privato partecipa e l'amministrazione deve motivare il provvedimento) e si crea un soggetto terzo (una Commissione) per appalti di particolare valore economico.

Ad ulteriore conferma del carattere privatistico dell'istituto in esame, si consideri che la l. 11 febbraio 2005, n. 15 ha modificato l'art. 11 della L. 241/90 (accordi), introducendo il comma 4-bis, a norma del quale "a garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, in tutti i casi in cui una pubblica amministrazione conclude accordi nelle ipotesi previste al comma 1, la stipulazione dell'accordo è preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento".

---

<sup>82</sup> Mormandi, *I profili processuali della nuova disciplina sui lavori pubblici (art. 31-bis e art. 32 della L. 11 febbraio 1994, n. 109, come modificata dalla L. 2 giugno 1995, n. 216)*, in *Riv. trim. app.*, 1995, 411. Da ultimo, si sofferma sulla centralità del potere discrezionale nell'ambito degli accordi di cui all'art. 11, estendendo tale considerazione agli accordi fra amministrazioni ex art. 15, Civitarese Matteucci, *Contratti e accordi di diritto pubblico*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di Cerulli Irelli, Napoli, 2006, 99-100.

<sup>83</sup> De Lise, *op. cit.*, 528-529; Carbone, *op. e loc. ult. cit.*; Garofoli-De Nictolis-Lipari, *op. cit.*, 974; Angeletti, *op. cit.*, 637; Varlaro Sinisi, *L'esecuzione dei lavori pubblici*, Milano, 2000. Secondo Mormandi, *op. cit.*, 412, uno schema negoziale siffatto, definito in termini di contratto procedimentale, dalla dottrina civilistica più accreditata (si richiama Moscarini-Corbo, voce *Transazione* I), in *Enc. giur. Treccani* viene ritenuto sufficiente ad integrare e configurare la concessione "reciproca" prevista nella transazione.

E' stato giustamente notato come per effetto di tale disposizione, con cui viene inserita nell'*iter* procedimentale una determinazione unilaterale, la fattispecie nel suo complesso venga orientata in senso pubblicistico, poiché si antepone all'accordo una determinazione amministrativa in senso proprio, espressione di potere amministrativo<sup>84</sup>. Si conferma così ulteriormente la differenza tra accordo bonario ed accordi amministrativi di cui alla l. 241/90.

La conseguenze pratiche, non essendo applicabile la disciplina di cui all'art. 11 L. n. 241/1990, sono: *a)* non è ammissibile il recesso per sopravvenuti motivi di pubblico interesse (previsto dall'art. 11, l. 241/90), sicché si applicheranno esclusivamente le norme civilistiche sull'inadempimento; *b)* trattandosi di materia attinente alla fase di esecuzione del contratto, quindi a diritti soggettivi, non rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ma in quella del giudice ordinario<sup>85</sup>.

## 7.2 La transazione

L'art. 239 del Codice degli appalti —come detto— prevede la transazione.

Seppure tale norma preveda minori garanzie procedurali rispetto all'ampia disciplina concernente l'accordo bonario, vanno segnalati almeno due aspetti peculiari: la fase istruttoria della transazione e le regole sul contraddittorio.

La norma prevede che, quando la somma su cui transigere supera i 100.000 euro, è necessario il previo parere dell'avvocatura dell'ente o, in mancanza di essa, del funzionario più elevato in grado, che sia competente per il contenzioso (art. 239, c. 2).

L'altra disposizione particolare riguarda il contraddittorio, in quanto il dirigente competente per la risoluzione della questione, ove la proposta sia formulata dall'aggiudicatario, deve ascoltare il parere del Responsabile unico

---

<sup>84</sup> Cangelli, *Commento all'articolo 11, commi 1 e 4 bis*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione*, a cura di Paolantonio, Police, Zito, Torino, 2005, 291. Sulle modifiche e integrazioni all'art. 11 L. n. 241/1990 v. anche Civitarese Matteucci, *op. cit.*, 99 ss., il quale peraltro esclude che la disposizione di cui al nuovo co. 4-bis dell'art. 11 implichi un ritorno al modello dualistico (*Zweistufentheorie*).

<sup>85</sup> Sticchi Damiani, *op. cit.*, 1010.

del procedimento; ove invece la proposta parta dalla stazione appaltante andrà sentito l'aggiudicatario. In entrambi i casi il contraddittorio, improntato ai principi della correttezza e della buona fede oggettiva, è funzionale ad un'efficace composizione del dissidio, potenziale o in atto.

Fra i presupposti della transazione, oltre alle reciproche concessioni, che possono consistere anche nella mera rinuncia a poteri di azione giudiziaria<sup>86</sup>, vi sono poi la c.d. *res dubia*<sup>87</sup>, la capacità di disporre dei diritti oggetto della lite<sup>88</sup> e la disponibilità dei diritti in contesa<sup>89</sup>. Inoltre, non è richiesta l'esistenza di un equilibrio economico fra le reciproche concessioni che le parti si fanno<sup>90</sup>, in quanto esse riguardano non già diritti effettivamente spettanti<sup>91</sup>, ma appunto la posizione assunta dalle parti circa le reciproche pretese o contestazioni. Poiché il nuovo assetto patrizio, voluto dalle parti, si sostituisce ad ogni precedente regolamentazione del rapporto stesso, la transazione comporta una rinuncia, in quanto le parti pongono fine ad una lite già cominciata o prevengono una lite che possa tra loro insorgere.

Bisogna, perciò, inquadrare la transazione nell'ambito degli istituti di diritto privato

## 8. Conciliazione presso le Autorità di regolazione

Un altro importante ambito di indagine attiene alla disciplina della conciliazione e dell'arbitrato presso le Autorità di regolazione. Si è notato come

---

<sup>86</sup> TAR Abruzzo, Pescara, 3 dicembre 1994, n. 614, in TAR, 1995, I, 716; TAR Puglia, Lecce, 12 aprile 1990, n. 451, ivi, 1990, I, 4408.

<sup>87</sup> Secondo la giurisprudenza, il c.d. *incertus litis eventus* consiste nel fatto che vi sia incertezza delle parti sopra un dato rapporto giuridico. Connessa a tale incertezza è poi la reciprocità delle concessioni, sicché per Cass. civ., sez. II, 5 agosto 1983, n. 5260, in Giust. civ. mass., 1983, f. 8, non configura transazione, bensì remissione parziale di debito, l'abbuono fatto dal creditore di una parte del prezzo della cosa venduta. Sul concetto di "res dubia", nella giurisprudenza amministrativa, v. CGA Reg. sic., 22 aprile 2002, n. 206, in Cons. Stato, 2002, I, 945; TAR Piemonte, sez. II, 26 ottobre 1993, n. 311, in TAR, 1993, I, 4454.

<sup>88</sup> Sul piano pubblicistico, tale presupposto attiene al profilo soggettivo della competenza dell'amministrazione contraente nella materia controversa.

<sup>89</sup> In tal senso è stata esclusa la possibilità, in materia di danno erariale, del P.M. di concludere accordi transattivi, non avendo il potere di disporre dei diritti patrimoniali difesi dall'azione di responsabilità: cfr. Corte conti, sez. Veneto, 8 ottobre 2003, n. 1051, in Foro amm.-C.d.S., 2003, 3904.

<sup>90</sup> Cass. civ., sez. III, 15 maggio 2003, n. 7548, in Giust. civ. Mass., 2003, f. 5.

<sup>91</sup> Cass. civ., sez. II, 11 giugno 2003, m. 9348, in Giust. civ. Mass., 2003, f. 6.

vi sia una connessione tra la restituzione dei servizi di pubblica utilità all'economia di mercato e alle sue regole, sul cui rispetto vigilano le autorità di regolazione, e l'introduzione di nuove forme di tutela, sotto forma di conciliazione e di arbitrato<sup>92</sup>. Inoltre, in esse la forma contenziosa che assume l'attività provvedimento assurge a requisito di legittimazione, prima ancora che di legittimità dell'attività stessa<sup>93</sup>.

L'art. 2, comma 24, lett. b) della L. n. 14 novembre 1995, n. 481 prevede la possibilità dell'Autorità per l'energia di dirimere le controversie insorte tra le imprese e i consumatori; nel settore delle telecomunicazioni, l'Autorità può risolvere "le controversie che possano insorgere tra utenti e categorie di utenti ed un soggetto autorizzato o destinatario di licenze oppure tra soggetti autorizzati o destinatari di licenze tra loro" (art. 1, comma 11, l. n. 31 luglio 1997, n. 249). L'art. 141 del d.lgs. 6 settembre, 2005, n. 206 (Codice del consumo), prevede che "nei rapporti tra consumatore e professionista, le parti possono avviare procedure di composizione extragiudiziale per la risoluzione delle controversie in materia di consumo, anche in via telematica" presso organi definiti dalla legge stessa. L'art. 65 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 in materia di personale delle amministrazioni pubbliche prevede il tentativo obbligatorio di conciliazione per le controversie individuali di lavoro.

Sul piano sistematico si è osservato come in tutti questi casi sfuma la distinzione fra diritto soggettivo e interesse legittimo: scopo precipuo della normativa è quella di assicurare una tutela effettiva nei confronti delle imprese erogatrici; né le decisioni delle autorità di regolazione possono essere inquadrare nel paradigma dell'atto amministrativo o delle c.d. decisioni amministrative: l'intervento dell'autorità di regolazione non cura uno specifico interesse pubblico, né presuppone un precedente provvedimento amministrativo, sicché si parla più propriamente di un processo non giurisdizionale, in cui, peraltro, vigono le regole del *due process*, ovvero imparzialità e indipendenza, rispetto del diritto delle parti e trasparenza.

Tuttavia si nota come, a causa della lacunosità della disciplina, gli istituti previsti dal legislatore per la risoluzione delle controversie presso le

---

<sup>92</sup> della Cananea, Procedure di conciliazione e arbitrato davanti alle autorità indipendenti, in *Annuario AIDPA*, 2002, 269 ss.

<sup>93</sup> N. Longobardi, Modelli amministrativi per la risoluzione delle controversie, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 52 ss.

Autorità non vengono spesso utilizzati, poiché le imprese continuano a preferire la tradizionale tutela giurisdizionale, ritenuta di maggiore garanzia. Questo dato di fatto, porta a chiedersi se, a questo punto, invece di affidarsi a rimedi extragiudiziali, non sia opportuno favorire una più ampia legittimazione all'accesso alla tutela giurisdizionale, attraverso l'introduzione del modello delle *class action*.

## Conclusioni

L'ordinamento amministrativo italiano, consapevole dei costi economici e sociali dei conflitti aperti tra pubbliche amministrazioni e privati, ha creato o affinato in questi ultimi anni una serie di strumenti giuridici alternativi al ricorso giurisdizionale.

L'utilizzazione di questi mezzi si rivela utile solo ad alcune condizioni.

Innanzitutto, bisogna garantire rapidità ed effettività della decisione assunta, altrimenti la maggiore certezza del contraddittorio giurisdizionale indurrà sempre a preferire la via giudiziaria.

In secondo luogo, le amministrazioni ed i suoi funzionari debbono essere maggiormente garantiti, ove, scegliendo una soluzione transattiva o un accordo, non siano sottoposti a processi penali per aver favorito i soggetti privati.

Come si vede, siamo di fronte a fenomeni in via di espansione, che hanno ancora bisogno di trovare più ampia applicazione.

Questo avverrà —a mio avviso— attraverso una profonda modificazione non solo normativa, ma anche culturale del rapporto tra pubbliche amministrazioni e privati.