

## FABIO CINTIOLI

### *Le tecniche di Alternative Dispute Resolution* \*

SOMMARIO: Parte prima: 1. Premessa. Tre domande sulle ADR; 2. L'opportunità del plurale. Le ADR come fenomeno complesso. Contenuto e prima definizione; 3. Le finalità delle ADR; 4. Le fonti comunitarie sulle ADR; 5. Segue. Specificità del modello comunitario e le "reti" di ADR; 6. Rete di ADR e poteri pubblici; 7. Le linee di tendenza negli ordinamenti francese, tedesco e britannico; 8. Crisi delle ADR nelle controversie di diritto pubblico? Consiglio d'Europa e prospettive; 9. Le fonti di diritto nazionale. Incentivi e disincentivi alle ADR. Parte seconda: 10. Premessa. Profili di specificità delle ADR nelle controversie della P.A.; 11. La transazione di diritto pubblico. I limiti tradizionali. Il contributo di Enrico Guicciardi; 12. Segue. L'art. 11 e la transazione. I limiti del principio di tipicità. Discrezionalità tecnica e attività vincolata; 13. Segue. Le possibili aperture per la transazione di diritto pubblico; 14. Ostacoli nella giurisprudenza; 15. Considerazioni di sintesi; 16. Conciliazione e controversie della P.A. Considerazioni di principio; 17. Segue. I principi comunitari e l'effettività della tutela giurisdizionale. I principi costituzionali; 18. La mediazione nelle controversie di diritto privato; 19. La mediazione nelle controversie di diritto pubblico ed il procedimento; 20. L'accordo bonario; 21. Il c.d. precontenzioso davanti all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici come ADR; 22. Segue. Profili operativi; 23. Le prospettive dell'amministrazione contenziosa nei confronti della P.A.; 24 Considerazioni conclusive.

### Parte prima

1. Un discorso che voglia mettere a fuoco il tema delle *Alternative Dispute Resolution* (ADR) non può che partire da alcuni interrogativi preliminari.

Le rispettive risposte potranno contribuire a delineare in via di massima il volto di un istituto, o meglio, un complesso fenomeno giuridico, che appare sovente al lettore tanto accattivante e ricco di promesse quanto sfuggente, multiforme; difficile da definire in modo netto, per l'appunto. Una volta fatta questa prima descrizione sarà possibile muovere oltre, guardare ai profili funzionali ed applicativi e soprattutto focalizzare l'attenzione sulle ADR che riguardano l'amministrazione come parte di un potenziale (od attuale) conflitto tra pretesa e contropretesa <sup>1</sup>.

Le domande che ci poniamo sono tre. La prima si interroga su cosa siano le ADR, in cosa essenzialmente consistano e come possano esser

---

\* Testo presentato in occasione della relazione tenuta al Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo su *Il Giudice delle Obbligazioni e dei Contratti delle Pubbliche Amministrazioni*, Villa Mondragone, Monte Porzio Catone, 18 e 19 settembre 2009.

<sup>1</sup> Sul concetto di lite come contrapposizione di pretesa e contropretesa VALSECCHI 1986, 209 e ss..

definite, sia pure in un approccio preliminare, come si diceva. La seconda domanda concerne le finalità e quindi i vantaggi pratici di questo fenomeno. La terza domanda ci porta a ricercare quali siano le fonti positive delle ADR e comporta anche una analisi del rapporto tra indagine comparata, fonti comunitarie (e, più in generale, dati provenienti dal diritto comunitario) e fonti di diritto nazionale.

2. Nel dibattito è comune il riferimento alle ADR al plurale ed il titolo di questa relazione rinvia, anch'esso, alla pluralità delle *tecniche* di risoluzione alternativa delle controversie.

Il plurale è qui non solo opportuno; è d'obbligo. Con l'acronimo ADR infatti si finisce per richiamare una fenomenologia amplissima, così vasta da smarrire unitarietà sul piano della classificazione giuridica. Le ADR sono talvolta considerate, piuttosto che come un istituto od un modello, un "movimento" una *philosophy*<sup>2</sup>, una strategia, una predisposizione culturale. Esse compaiono nell'ordinamento statunitense, cui si suole attribuire una sorta di primogenitura del detto "movimento"<sup>3</sup>, ma si espandono poi in Europa e nel resto del mondo. Sono oggetto di attenzione nell'ordinamento comunitario, oltre che negli ordinamenti degli Stati membri, ma affiorano anche nell'ambito di organizzazione sovranazionali diverse<sup>4</sup>. Sono un fenomeno moderno, ma nel contempo si nutrono e sviluppano nulla più che istituti basilari della tradizione giuridica di *civil law*, ponendo, come vedremo, il classico contratto di transazione e la conciliazione alla base della propria funzionalità<sup>5</sup>.

Negli ordinamenti anglosassoni si innestano in un modello processuale imperniato sul *case law* e sulla valutazione concreta dei precedenti e delle circostanze delle singole fattispecie<sup>6</sup>; negli ordinamenti di *civil law* invece sono tenute a coordinarsi con una alternativa giurisdizionale che resta più rigidamente legata al canone della legalità formale ed alla idea che la contrapposizione torto-ragione sia l'esito ineluttabile del riconoscimento o disconoscimento del diritto soggettivo.

La pluralità serve anche a sottolineare che, entro la nozione di ADR, rientrano più tipologie di attività, aventi ciascuna una propria identità giuridica. Tra le classificazioni che le fonti e la dottrina riportano (senza alcuna rassicurante omogeneità), noi riprendiamo quella che ci appare prevalente, oltre che più vicina all'ordinamento comunitario e quindi all'esperienza del nostro ordinamento nazionale<sup>7</sup>.

---

<sup>2</sup> Cfr. STICCHI DAMIANI S. 2004, 37 e ss.

<sup>3</sup> Cfr. CHITI M.P. 2000; STICCHI DAMIANI S. 2004, 48 e ss.; ID. 2009.

<sup>4</sup> Cfr. GIOVANNUCCI ORLANDI 2008, a proposito dell'*Uncitral Model Law in International Commercial Conciliation*.

<sup>5</sup> Sulle origini romanistiche della transazione cfr. VALSECCHI 1986, 184.

<sup>6</sup> Sulla rilevanza del precedente nella giurisprudenza nordamericana ed, in particolare, sulla rilevanza, nel metodo interpretativo, del *Nonjudicial Precedent*, cfr. GERHARDT 2008, 111 e ss.

<sup>7</sup> Cfr. CHITI M.P. 2000; STICCHI DAMIANI S. 2003.

Diremo allora che le ADR, dunque, comprendono la transazione, la conciliazione pura (o conciliazione facilitativa), la mediazione (o conciliazione valutativa o determinativa), i c.d. *mini-trials*.

Sulla transazione non è necessario aggiungere altro e basta rinviare per il momento alle stesse fonti di diritto interno (artt. 1965 e ss. c.c.).

La conciliazione facilitativa (*interest-based mediation*) consiste in una attività complessa, di norma concepita come procedimentalizzata, nella quale le parti tra di loro in conflitto affidano ad un terzo, conciliatore, il compito di assisterle nella ricerca di una composizione volontaria ed amichevole della controversia. Il conciliatore, si suol dire, mira a soddisfare gli interessi delle parti e non si prefigge necessariamente l'obiettivo di valutare la fondatezza delle loro pretese e quindi dei loro diritti. Egli aiuta le parti ad identificare i loro interessi sostanziali, a ponderarli anche in relazione al prosieguo dei rapporti in essere e di quelli potenziali futuri, facilita la comunicazione tra di loro, fa sì che possano affiorare interessi ed esigenze non visibili, tende a promuovere una visione di sintesi degli uni e degli altri, pone in luce i punti di snodo della controversia. Il tutto al solo scopo di favorire la conclusione di un accordo che sia il frutto esclusivo della spontanea volontà delle parti stesse. Questa fase rimane tendenzialmente separata dal giudizio e dai suoi contenuti e dal suo eventuale svolgimento per l'eventualità che la conciliazione non abbia successo. Tuttavia, si ammette, di norma, che si possano trarre argomenti di prova dal fatto che una parte, dopo essersi impegnata contrattualmente alla conciliazione, non abbia poi partecipato al relativo procedimento<sup>8</sup>.

La mediazione (*interest and right-based mediation*) aggiunge al modello precedente un compito più incisivo del terzo mediatore, il quale deve, alla conclusione del procedimento, formulare una proposta non vincolante, per la soluzione concordata della controversia.

I mini-trial sono dei procedimenti misti, di origine anglosassone, che si compongono di una prima fase imperniata sulla conciliazione e di una seconda fase, eventuale, che si svolge davanti ad un terzo, il quale, all'esito di apposito sub-procedimento, emana un parere non vincolante circa la componibilità concordata del conflitto<sup>9</sup>.

La pluralità del tema ADR infine, vuoi in una prospettiva comparata, vuoi in una prospettiva di diritto comunitario ed anche di esclusiva analisi dell'ordinamento nazionale, consente di accogliere la varietà di categorie funzionali che connotano le predette fattispecie.

Basti pensare alla distinzione tra ADR endo-processuali (od alla ben nota conciliazione processuale), che si incardinano nella fase preliminare di un processo già pendente e che presuppongono l'attivo operato del giudice o come mediatore o perlomeno come tramite per l'inizio della mediazione, ed ADR extra-processuali e convenzionali, le quali si svolgono di norma prima e

---

<sup>8</sup> Cfr. CAPONI 2003; GIOVANNUCCI ORLANDI 2008.

<sup>9</sup> Cfr., per una più completa descrizione, CHITI M.P. 2000; TACCOLA 2007.

comunque del tutto al di fuori dal processo. Ed ancora alla distinzione tra mediazione-conciliazione facoltativa ovvero prevista obbligatoriamente dalla legge; tra conciliazione preventiva, convenuta contrattualmente prima dell'insorgere della controversia, e successiva, avviata d'accordo posteriormente alla nascita del conflitto; tra mediazione-conciliazione disciplinata per intero dalle parti, o "amministrata" mediante una disciplina legislativa; tra una mediazione imperniata sull'intervento di un terzo che sia un soggetto privato, liberamente scelto dalle parti, ovvero di una amministrazione od istituzione pubblica.

Alla nozione di ADR si accostano, da ultimo, quelle, strettamente vicine, di *Appropriate Dispute Resolutions*<sup>10</sup> o di *Online Dispute Resolutions*<sup>11</sup>. Le prime hanno una valenza solo descrittiva e sono nulla più che quelle ADR, di principale ispirazione comunitaria, che mirano ad offrire al consumatore una tutela *appropriate*, per l'appunto, ossia alternativa alla giurisdizione perché destinata ad intervenire in quei casi nei quali la giurisdizione è ben difficile che possa attuarsi. Si tratta o di *small claims* ovvero di controversie transfrontaliere che coinvolgono la persona fisica del consumatore, il quale con difficoltà riesce a trovare le risorse economiche e la spinta a sormontare gli ostacoli anche pratici che l'instaurazione del processo porta con sé. Le seconde si riferiscono soprattutto alle ADR che intervengono sulle controversie nascenti nel campo del commercio elettronico o che, nel contempo, si avvalgono, sempre al fine di facilitare l'accesso del consumatore ai rimedi alternativi, di strumenti informatici e telematici per l'avvio e la conclusione del procedimento di ADR. Quest'ultimo, come si dirà, è un elemento caratterizzante la gran parte delle ADR, ivi comprese quelle che hanno trovato spazio nell'ordinamento italiano.

Tenendo ben presente l'eterogeneità del fenomeno, si può allora tentare di fornire una prima definizione delle ADR, pur con la consapevolezza dei limiti di essa e della sua scarsa affidabilità sistematica. Con l'acronimo ADR si vuol designare una attività complessa, alternativa all'attività giurisdizionale (o più correttamente, come si è fatto rilevare, *diversa* e non *alternativa*, perché si aggiunge e non si sostituisce a quest'ultima<sup>12</sup>) che, ponendo al confronto tra loro, di norma con l'ausilio di un terzo mediatore, due parti aventi reciproche e contrapposte pretese in conflitto, mira alla composizione della lite su base volontaria, attraverso una valutazione ampia degli elementi di fatto e di diritto della contrapposizione, ivi compresi i profili di natura strettamente tecnica e di opportunità e convenienza.

Da questa definizione è stato escluso l'arbitrato, nonché, più in generale, quelle procedure che, una volta attivate, hanno per effetto di affidare ad un terzo il potere di emettere una decisione vincolante per le parti. Le ragioni per le quali l'arbitrato viene tenuto al di fuori sono almeno tre: i) nella

---

<sup>10</sup> Cfr. STICCHI DAMIANI S. 2009.

<sup>11</sup> Cfr. MARANGON 2006.

<sup>12</sup> CHITI M.P. 2000.

gran parte degli scritti sul tema, i procedimenti “aggiudicatori”, con decisione vincolante del terzo, sono considerati ai margini del fenomeno, se non ad esso decisamente estranei; ii) l’arbitrato presuppone una decisione normalmente basata su norme giuridiche e, quand’anche concluso secondo equità, imperniata sull’analisi ristretta della pretesa e contropretesa, con una oggettiva limitazione degli interessi presi in esame; iii) infine, nel presente convegno è prevista una autonoma relazione dedicata al tema dell’arbitrato delle controversie di cui è parte la P.A.

Va tuttavia ricordato che alcune fattispecie che prevedono la risoluzione in via preventiva della controversia mediante la decisione vincolante di una autorità che svolge il ruolo di terzo arbitratore lambiscono la categoria delle ADR e talvolta vi sono esplicitamente accostate. I confini del fenomeno sono, in verità, piuttosto opachi, sicché sarà comunque indispensabile fare riferimento ad alcune di esse più avanti, così come, ad esempio, ai procedimenti di risoluzione contenziosa delle controversie insorte tra operatori del settore delle comunicazioni elettroniche e tra costoro e gli utenti dei rispettivi servizi, rimessi alla decisione di AGCOM, *ex artt.* 23, 24 e 84 del d. lgs. 1 agosto 2003, n. 259 (codice delle comunicazioni elettroniche) ed 1, commi 11, 12 e 13 della legge 31 luglio 1997, n. 249<sup>13</sup>.

### 3. Le finalità delle ADR sono molteplici.

Anzitutto esse assolvono il compito di alleviare il carico del processo e puntano a deflazionare il contenzioso.

In buona misura, si è segnalato che è proprio questa la finalità che, a partire dagli anni settanta, ha spinto ed assecondato il movimento ADR negli Stati Uniti d’America, il quale sin da principio ha avuto lo scopo di sopperire alle difficoltà delle Corti federali ed ha così manifestato un carattere endo-processuale, strettamente collegato al processo e quindi a quelle controversie che alla fase contenziosa erano giunte o che stavano rapidamente per raggiungere.

Nel contempo, le ADR sono utili a pervenire ad una definizione rapida della questione controversa. La loro tempestività è di solito contrassegnata dalla previsione di termini molto stretti per la definizione. Per un verso, questo aspetto si spiega con l’esigenza di rafforzare la loro efficienza, di renderle competitive rispetto alla strada processuale e di rafforzare l’effettività della tutela delle pretese del singolo. Dall’altro, esso si spiega col bisogno di non differire se non per breve tempo l’inizio del processo, per l’eventualità che l’esito dell’ADR non sia positivo.

Le ADR, specialmente nell’esperienza comunitaria, hanno lo scopo di evitare lacune nel sistema di tutela giurisdizionale dei diritti di alcune categorie di soggetti, esposti al rischio di non poter trovare, in concreto, alcuna strada utile a far valere le loro ragioni. In particolare, il consumatore, di fronte ai

---

<sup>13</sup> Richiama esplicitamente la categoria delle ADR, DONATI 2007 cit., 216; nonché cfr. DELLA CANANEA 2008.

piccoli torti che avesse a subire, potrebbe trovarsi in difficoltà rispetto all'idea di attivare il processo. L'assunzione dei relativi costi non si giustificerebbe per gli *small claims* e, ciononostante, la tutela del consumatore è avvertita come un bisogno particolarmente forte, al fine di eliminare asimmetrie informative e contrattuali e di evitare disfunzioni nelle dinamiche del mercato interno.

Parimenti, l'esigenza di apprestare un rimedio agile, tempestivo e non costoso, si avverte nelle controversie transfrontaliere, specie nell'ambito del mercato interno comunitario, insorte tra il consumatore cittadino di un dato Stato membro ed una impresa avente sede in uno Stato membro differente. In tal caso l'ADR appresta l'opera di una entità (il mediatore) che può operare, come vedremo, in un circuito direttamente sovranazionale, così sorpassando le ovvie difficoltà che il consumatore deve altrimenti affrontare per adire l'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro.

Le ADR, dunque, solitamente, e per l'una e per l'altra delle ragioni sinora esposte, devono consistere di un procedimento snello e flessibile, se possibile attivabile e gestibile per via telematica e senza troppi formalismi, devono basarsi su regole semplici ed immediatamente intelleggibili, devono essere rapide, non devono richiedere l'assistenza di un difensore, non devono essere troppo costose.

Le ADR inoltre rendono possibile una valutazione ampia di tutte le circostanze di fatto, oltre a quelle di diritto, cercano di svelare tutti gli interessi in gioco, al fine di trarne una possibile sintesi compositiva. Quando le parti hanno avuto rapporti tra loro ed altri e proficui rapporti potrebbero avere nel prossimo futuro, le ADR possono valorizzare questo interesse implicito e reciproco ad evitare la drastica affermazione del torto e della ragione secondo diritto ed a trovare una soluzione concordata che, nella sostanza, protegga la perseguibilità di un rapporto economicamente fruttuoso o comunque utile alle parti <sup>14</sup>.

Questa attitudine delle ADR ad "andare oltre il diritto" ha reso possibile una forma di utilizzo che ha avuto seguito proprio nell'ordinamento nazionale. Ci si riferisce ai settori economici (ad es., comunicazioni elettroniche, energia e gas, mercati finanziari) che, a seguito delle riforme avviate verso l'inizio degli anni '90, sono stati liberalizzati e privatizzati e sottoposti alla regolazione neutrale e pro-concorrenziale di apposite autorità indipendenti. A tali autorità sono stati affidati compiti di conciliazione e risoluzione contenziosa di controversie tra operatori e tra operatori ed utenti. In questa attività esse operano sì come amministrazioni e quindi in posizione non giurisdizionale, ma portano con sé la principale funzione di regolatore del mercato <sup>15</sup>. Il rapporto tra l'autorità, quale mediatore, e le parti del conflitto non è pertanto quello comune ad ogni altra forma di conciliazione. Una delle parti (l'impresa) è un soggetto regolato e dunque sottoposto ai poteri di

---

<sup>14</sup> Un aspetto, questo, sottolineato nel Libro verde del 2003 sulle ADR e valorizzato nell'esperienza tedesca, come spiega BOYRON 2006, 332.

<sup>15</sup> Cfr. CLARICH 1996; DELLA CANANEA, 2003.

vigilanza e controllo dell'autorità. A monte si percepisce una relazione bilaterale tra autorità ed operatore economico che si affianca alla relazione trilaterale che origina dal procedimento di conciliazione e/o reclamo. Ne segue che l'attività di risoluzione del conflitto ha una duplice funzione: da un lato, si mostra effettivamente giustiziale e volta alla risoluzione in via "semicontenziosa" del conflitto; dall'altro, appare come parte integrante della funzione di regolazione, in quanto concorre a delineare il quadro regolatorio ed a rendere viva l'attività di vigilanza. Il momento in cui viene dettata la regola risolutiva del concreto conflitto è anche quello in cui una certa regola di corretto funzionamento del mercato viene forgiata o assestata o quantomeno meglio definita. Il procedimento diventa un modo indiretto e occasionale per tutelare gli interessi generali alla cui cura la vigilanza è preposta e l'utente assume quasi il ruolo di collaboratore indiretto e involontario all'esercizio di tale attività. E' in questo senso che le ADR possono anche svolgere una funzione di tipo regolatorio (*Regulation by Litigation*)<sup>16</sup>.

Più in generale, l'attitudine ad affrontare tutti gli aspetti concreti di un certo conflitto tra pretesa e contropretesa, ad oltrepassare la prospettiva formale dei diritti soggettivi e delle regole positivizzate, rende le ADR particolarmente utili in quei rapporti nei quali la norma giuridica stessa appare inadeguata a fornire la puntuale disciplina del caso. Il campo dei concetti giuridici indeterminati a spiccata valenza tecnica, delle attività a rischio sottoposte a limitazione per la protezione di interessi primari (come l'ambiente ad esempio), dei settori economici caratterizzati da alta complessità tecnica e da un tasso di rapido cambiamento, dei servizi economici di interesse generale appare, in una parola, particolarmente fertile per la sperimentazione delle ADR. E non a caso si tratta di quei rapporti nei quali la crisi del principio di legalità si manifesta con maggiore intensità: lì dove il diritto soccorre con sempre maggiore difficoltà, l'ausilio di un procedimento che, anziché cercare la puntuale regola risolutiva della controversia come accade nel processo, esplori l'assetto degli interessi, non solo presenti ma anche futuri, non perdendo di vista le esigenze di sviluppo della regolazione settoriale, per trovare una soluzione soddisfacente è tanto innovativo quanto prezioso. Potremmo dire che è proprio quando la legge rinuncia a disciplinare compiutamente una certa fattispecie, rimettendosi a future regole tecniche, da definire volta per volta per la miglior cura degli interessi pubblici, che all'intervento del giudice "bocca della legge" si lascia talvolta preferire l'intervento compositivo di un mediatore autorevole e munito di adeguata competenza tecnica che utilizzi ogni elemento di fatto e tecnico ed extra-giuridico.

Il discorso in questo modo si allarga e tocca l'ampissimo tema della produzione normativa ai tempi della globalizzazione<sup>17</sup>, tocca la pressione fatta dalla *soft law* e della *lex mercatoria* come modello elastico che tende a soppiantare

---

<sup>16</sup> Cfr. DELLA CANANEA 2008; MORRIS A.P. – YANDLE B. – DORCHAK A. 2004.

<sup>17</sup> PIZZORUSSO 2009.

l'austero dominio della legge<sup>18</sup>. Quel che importa ancora porre in evidenza, è che le ADR, come frutto esotico della modernità sono parte di questi mutamenti.

Di fronte a tale propensione della “cultura” ADR, ben comprendiamo come gli studiosi del processo si siano posti il problema di porle al confronto del modello della c.d. “giustizia coesistenziale” disegnato dal Cappelletti, nel quale la funzione della conciliazione consiste, prevalentemente, nel comporre il conflitto sul piano sociale e meta-giuridico<sup>19</sup>. Restano ferme, tuttavia, le ovvie diversità, che la dottrina non ha mancato di sottolineare, tra una simile prospettiva e le più moderne manifestazioni delle ADR, così come le obiezioni di fondo al sistema della c.d. giustizia coesistenziale<sup>20</sup>.

Si comprende allora il perché la dottrina, quando ha cercato di elaborare una prospettiva di sviluppo delle ADR nell'ordinamento nazionale, abbia fatto riferimento ai rapporti che coinvolgono i c.d. nuovi diritti (ambiente, consumatori, servizi pubblici) nonché alle questioni di alta tecnicità rispetto alle quali l'approccio giuridico generalista potrebbe non avere successo<sup>21</sup>.

Accanto a queste finalità, che potremmo dire pertinenti a tutte le ADR, ve ne sono alcune che attengono specificamente alle controversie di cui è parte una amministrazione e che pure rientrano nell'orbita dei suoi poteri funzionali e della corrispondente giurisdizione amministrativa.

In primo luogo, l'esigenza di deflazionare un contenzioso sempre più appesantito si connette in questo caso alla specifica posizione del privato ricorrente ed al valore della effettività della tutela giurisdizionale nei confronti della P.A. Le ADR potrebbero, si è anche detto, riempire le lacune provocate dal ridimensionamento dei controlli preventivi di legittimità e dalla sostanziale sparizione dei ricorsi amministrativi preventivi<sup>22</sup>. Il menzionato principio di effettività giurisdizionale milita altresì a favore di un procedimento che mediante la composizione amichevole garantisca al privato una protezione ed una soddisfazione che attiene direttamente al piano del bene della vita, preferibile e sovente preferito alla *chance* del risarcimento per equivalente; o che comunque pervenga con particolare tempestività rispetto ai particolari bisogni che il ricorrente avverta. Per converso, tramite le ADR le amministrazioni possono evitare che la pendenza del processo interrompa e ritardi eccessivamente un determinato programma d'azione che sia particolarmente urgente e la realizzazione del corrispondente interesse pubblico (ad esempio, l'esecuzione di un appalto di opera pubblica)<sup>23</sup>.

Deve, poi, ricordarsi che nel dibattito sulle ADR non si è registrato soltanto un coro di voci favorevoli. Una loro eccessiva diffusione, come

---

<sup>18</sup> GALGANO 2005, in part. 43 e ss.

<sup>19</sup> CAPPELLETTI 1979.

<sup>20</sup> Cfr. CAPONI 2003; ROSSI 1988.

<sup>21</sup> CHITI M.P. 2000.

<sup>22</sup> GRECO 1999.

<sup>23</sup> GRECO 1999.

talvolta l'esperienza statunitense avrebbe dimostrato, provoca il pericolo di una eccessiva privatizzazione di una funzione quasi-giudiziale, di una paradossale marginalizzazione del servizio giustizia e di una ridotta tensione applicativa dei principi del *due process of law* e della *rule of law* <sup>24</sup>. La Corte suprema è anch'essa intervenuta su questi aspetti <sup>25</sup>, sia per ribadire la ineliminabile garanzia di accesso alla giustizia, la quale non può essere messa in ombra dalla praticabilità delle ADR (v. ad es. il caso *Capital Traction vs. Holf* del 1989), sia per esplicitare l'esistenza di limiti alla vincolatività delle stesse clausole che impongono di seguire la procedura ADR, da giustificarsi in nome di un "interesse superiore" per motivare un condizionamento del diritto di difesa (v. ad es. il caso *Eastin vs Broomfield* del 1977). Probabilmente, in queste perplessità vi sono analogie rispetto alle quelle che nell'ordinamento nazionale si sono tradizionalmente sollevate nei confronti dell'arbitrato come procedura alternativa alla giurisdizione <sup>26</sup>, così come vi sono analogie con le posizioni prese dalla nostra Corte costituzionale a protezione del diritto di difesa in giudizio (*infra*, sub 17). Il rischio è che parte dei consociati restino estranei ai rimedi alternativi, o perché comunque costosi o perché di non facile accesso; e che la soluzione di molte controversie venga rimessa a soggetti che non sono muniti dei requisiti di legittimazione istituzionale e di autorevolezza che sono propri dei giudici togati. Un siffatto rischio è intuitivamente ancor più concreto in un sistema com'è quello statunitense, ossia un sistema di *common law* ben disponibile a configurare una tale attività come attività di mera prestazione suscettibile di essere affidata per intero a strutture private <sup>27</sup>.

Possiamo comunque dire, da subito, che lo stadio di sviluppo delle ADR nel nostro ordinamento e nelle controversie in cui è parte l'amministrazione non è di certo così avanzato da provocare la preoccupazione che vi sia un abuso di questi strumenti. La centralità ed il primato della tutela giurisdizionale è il perno di un equilibrato sistema di accesso alle ADR. I pro ed i contro vanno infatti temperati in una soluzione che assicuri un giusto equilibrio.

Ebbene, nell'ordinamento italiano ed anche, più in generale, in quello comunitario, questa centralità è fuori discussione. Piuttosto, come si dirà, nell'ordinamento italiano si assiste forse ad una sovrautilizzazione del processo ed, al confronto con altri Stati membri, ad una sottoutilizzazione di strumenti di risoluzione alternativa delle controversie.

4. Le fonti del fenomeno ci riportano in primo luogo all'ordinamento comunitario, che ha mostrato nel corso degli ultimi due decenni un forte interesse per lo sviluppo delle ADR.

---

<sup>24</sup> CHITI M.P. 2000.

<sup>25</sup> Cfr. STICCHI DAMIANI S. 2004, 51 e ss.; DE PALO-GUIDI 1999, 105.

<sup>26</sup> Ne riferisce, con una ricostruzione storica, DI MARTINO 2001.

<sup>27</sup> Sulla configurabilità dell'attività dell'arbitro, nell'arbitrato amministrato, quale attività di erogazione di servizi sottoposta alle regole comunitarie sulla concorrenza ed all'art. 86 del Trattato (considerazioni che ci appaiono estensibili alla figura del mediatore) cfr. ANTONIOLI 2003.

In particolare, dopo una serie di richiami contenuti nel libro verde dedicato nel 1993 all'accesso alla giustizia dei consumatori e agli strumenti di risoluzione delle liti in materia di consumo nel mercato unico <sup>28</sup>, si sono avute due raccomandazioni, rispettivamente nel 1998 <sup>29</sup> e nel 2001 <sup>30</sup>, espressamente dedicate a questo argomento. Ad esse ha fatto seguito il libro verde del 2002 riservato anch'esso ai metodi di risoluzione alternativa delle controversie <sup>31</sup>.

Benché non siano atti aventi efficacia cogente per gli Stati membri, si tratta di documenti di notevole importanza, sia perché testimoniano l'interesse con cui il diritto comunitario ha guardato al fenomeno, sia perché, a ben vedere, il carattere multiforme di esso mal si prestava comunque ad una disciplina puntuale e vincolante che tentasse maldestramente di cristallizzarlo e piuttosto richiedeva proprio l'enunciazione di principi e linee guida che potessero orientare i legislatori e gli interpreti. Le due raccomandazioni infatti si sostanziano nella enunciazione di siffatti principi.

La raccomandazione del 1998, che ancora manteneva una nozione di ADR molto ampia ed inclusiva delle decisioni del terzo con effetto vincolante, ha posto i principi di *indipendenza* del mediatore (comprendente la sua necessaria imparzialità, l'assenza di conflitti di interessi e la sua competenza ed esperienza), di *trasparenza* (per assicurare tutte le informazioni sulla procedura necessarie od anche solo opportune alle parti e per dare adeguata pubblicità con relazioni periodiche all'attività svolta dal mediatore) di *garanzia del contraddittorio* (si da assicurare che ciascuna parte possa prendere posizione su ogni circostanza discussa e/o rilevante per il tentativo di composizione), di *efficacia* (che postula l'accesso facile, senza necessità di apposito difensore e poco costoso alla procedura, nonché la sua tempestività e l'attiva partecipazione del terzo) di *legalità* (che preserva la protezione che il consumatore deriva dalle disposizioni imperative della legge dello Stato sul territorio del quale l'organo è stabilito), e di *libertà* (che salvaguarda la libera adesione di ciascuna parte alla proposta del mediatore, la quale, senza il consenso pattizio non ha alcuna efficacia vincolante).

La raccomandazione del 2001 ha focalizzato l'attenzione solo sulle procedure non aventi esito vincolante per le parti, segnando la definitiva esclusione dell'arbitrato dal suo spettro applicativo. Ha quindi ribadito la rilevanza dei principi di imparzialità, trasparenza ed efficacia ed ha aggiunto la menzione del principio di *equità*. Quest'ultimo principio implica la facoltà delle parti di rifiutare la partecipazione alla procedura, il che deporrebbe contro le forme di conciliazione obbligatoria, nonché quella di recedere da essa e di

---

<sup>28</sup> COM (93) 576 def. del 16 novembre 1993.

<sup>29</sup> Commissione Europea, 30 marzo 1998, Raccomandazione sui principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle materie di consumo, in GUCE L 115, 17 aprile 1998, 31.

<sup>30</sup> Commissione Europea, 4 aprile 2001, Raccomandazione sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie materia di consumo, in GUCE L 109, 19 aprile 2001, 56.

<sup>31</sup> Commissione Europea, 19 aprile 2002, Libro verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale COM (2002) 196 def.

adire il giudice. Inoltre, esso comporta la piena applicazione del principio del *contraddittorio* quando il terzo mediatore si spinga sino alla formulazione di una sua proposta finale per la risoluzione della controversia (nella conciliazione c.d. facilitativa, o *mediazione*) e l'osservanza di uno dei caratteri qualificanti l'intero fenomeno delle ADR, ossia la *riservatezza*: si prevede che le parti, nell'applicazione di un principio di necessaria e reciproca collaborazione, possano scambiarsi e valutare e ponderare informazioni ed elementi che rimangono riservati e quindi tendenzialmente inutilizzabili nel futuro eventuale giudizio, così come riservata dovrebbe rimanere, in caso di esito infausto, la proposta del terzo mediatore. Nella conciliazione meramente facilitativa, dal momento che il contraddittorio non è necessario, si assume addirittura che il vincolo di riservatezza impegni il conciliatore nei rapporti reciproci con le due parti in merito al contenuto dei dialoghi separati che intrattiene con esse.

Le parti comunque devono disporre di un periodo di tempo ragionevole prima di pronunciarsi, per esaminare i contenuti della proposta del mediatore.

Anche il libro verde del 2002 è un documento di notevole interesse, nel quale il punto di vista comunitario viene compiutamente svolto, con la descrizione dei vantaggi che ci si attende dalla crescita delle ADR, definite, non senza enfasi, al par. 10 come *strumento al servizio della pace sociale*. Nel libro verde vi è la puntualizzazione dei principi tratti dalle due raccomandazioni e la estrapolazione di alcuni punti dubbi, come quello delle garanzie da apprestare per salvaguardare la spontaneità ed autonomia delle parti, quello della possibilità di sospensione del termine di prescrizione durante il periodo (breve) di svolgimento della ADR e quello della professionalità ed autorevolezza del terzo mediatore.

Il corpo dei principi tratti dalle due raccomandazioni forma, ancor oggi, un punto di riferimento molto significativo ai fini di definire, da interpreti della legge e del contratto, il modo di funzionamento delle ADR. La riprova della loro sostanziale incisività è dato dai richiami che ad esse sono stati fatti nei lavori preparatori nonché in alcune fonti regolamentari, come ad esempio quelle adottate da AGCOM, le quali hanno reso, nei fatti, vincolanti i detti principi <sup>32</sup>.

5. Il modello comunitario di ADR, al di là dei principi che così lo connotano, ha una sua specifica autonomia.

Si è già notato che, diversamente da quel che è accaduto nell'ordinamento degli Stati Uniti, il diritto comunitario non ha caratterizzato le ADR come un fenomeno paraprocedurale o endo-procedurale, né sul piano procedimentale né sul piano funzionale.

Sul piano procedimentale, le ADR comunitarie, lungi dall'essere incardinate nella fase preliminare del giudizio, si svolgono al di fuori e, preferibilmente, anche prima del giudizio, davanti ad un terzo che, di norma,

---

<sup>32</sup> Cfr. DONATI 2007, 216.

non viene né scelto, né conosciuto, né interpellato, né stimolato dal giudice. Il terzo mediatore è un soggetto che viene scelto dalle parti nella loro esclusiva e piena volontà.

Sul piano funzionale, le ADR comunitarie, secondo il predetto modello *appropriate*, piuttosto che avere uno scopo ancillare al processo e piuttosto che esser destinate a risolvere al di fuori del processo questioni che in quest'ultimo altrimenti ricadrebbero appesantendo il carico del contenzioso, hanno una funzione propria. Riguardano controversie che probabilmente al processo non arriverebbero mai, perché si tratta di pretese che dovrebbero essere attivate dal consumatore. Questi incontrerebbe sia oneri economici ed operativi troppo gravosi sia difficoltà derivanti dalla natura transfrontaliera dei conflitti. Sicché le ADR, nell'ampliare l'ambito della tutela dei "diritti", mirano anche alla tutela del consumatore, vogliono proteggerlo dalle asimmetrie informative e relative alla concreta operabilità dei diritti, si accostano agli strumenti di protezione contrattuale (v. gli ex artt. 1469 bis e ss. del c.c.) ed amministrativa (il divieto di pratiche commerciali scorrette). E, conseguendo questa finalità, favoriscono anche il miglior funzionamento del mercato interno, specialmente in settori nei quali la complessità tecnica è particolarmente elevata.

Il diritto comunitario, del resto, ha mostrato la tendenza a completare questo quadro con l'auspicio alla costituzione di *network* appositi di ADR. Il modello dell'amministrazione a rete si è manifestato anche in questo campo<sup>33</sup>. Dal momento che le ADR servono alla tutela del consumatore operante nel mercato interno, senza discriminazioni, nelle controversie sia interne che transfrontaliere, dal momento che questa forma di tutela prescinde dall'intervento del giudice nazionale e dal momento che sovente queste controversie presuppongono l'applicazione di concetti generali e principi che l'ordinamento comunitario appresta direttamente per guidare la regolazione di dati settori (si pensi ancora, a titolo di esempio, alle comunicazioni elettroniche), si tenta di costruire un sistema autonomo e sovranazionale di protezione dei diritti. La rete, quindi, è strettamente comunitaria ed autonoma dalle giurisdizioni e dalla sfera di sovranità dei singoli Stati.

Un documento di lavoro predisposto dalla Commissione il 17 marzo 2000, elaborato dopo circa due anni di studi, nonché la successiva risoluzione del Consiglio del 25 maggio 2000<sup>34</sup> hanno dato vita ad una rete per il funzionamento delle ADR a tutela del consumatore. Lo *European Extra Judicial Network* (EEJ/Net) è imperniato sul collegamento di una serie di *clearing houses* (centri di compensazione), presenti nei vari Stati membri. Essi ricevono l'istanza da parte del consumatore. Nelle controversie transfrontaliere il centro

---

<sup>33</sup> Su tale concetto di rete, cfr. CASSESE 2003. Sulla rete in materia Antitrust e sulle ulteriori prospettive "globali", cfr. TESAURO 2003.

<sup>34</sup> Risoluzione del Consiglio dell'Unione Europea relativa ad "Una rete comunitaria di organi nazionali per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo" del 25 maggio 2000, GUCE C 155 del 6 giugno 2000 (2000/C155/01); è stato proprio nel corso di tale seduta che è stato dato l'impulso per la elaborazione di un libro verde sul tema. Su questo fenomeno, cfr. STICCHI DAMIANI S. 2003 cit.; ID 2004, 73 e ss.; TACCOLA 2007, 281.

di compensazione dello Stato di residenza del consumatore si rivolge al centro di compensazione dello Stato membro nel cui territorio è stabilita l'impresa con la quale il consumatore è in conflitto. Quest'ultimo individua il soggetto e/o l'istituzione *ad quem* che può svolgere la funzione di terzo conciliatore-mediatore e si promuove così l'avvio della procedura di ADR. Il centro di compensazione *a quo* presta comunque ogni opportuna assistenza al consumatore, anche nella concreta stesura del reclamo. Quando la controversia è solo nazionale, l'unico centro di compensazione interessato potrà rivolgersi direttamente alla ADR che si ritenga idonea alla trattazione del caso. Questo sistema si svolge con una funzione (pur indiretta) di vigilanza e coordinamento della Commissione, nel rispetto dei principi posti dalla citate due raccomandazioni.

La dottrina ha rimarcato, non senza disappunto, che l'Italia ha dato una partecipazione limitata al *network*, con un numero esiguo di ADR <sup>35</sup>.

A parte il richiamo, contenuto nel libro verde (par. 38) alla rete FIN/Net, per la risoluzione extragiudiziale delle liti transfrontaliere in materia di servizi finanziari (e che ha una sua specificità che forse ci allontana dal tema generale), la tendenza comunitaria alla crescita delle ADR mediante il fenomeno del *network* è testimoniato anche dalla rete Solvit <sup>36</sup>.

Solvit ha origine nella Comunicazione sulla *Soluzione efficace dei problemi nel mercato interno* del 27 novembre 2001 <sup>37</sup>. La Commissione ha promosso il funzionamento di una rete (*Internal Market Problem Solving Network*) per la risoluzione stragiudiziale ed informale di controversie transfrontaliere tra cittadini (o imprese) dell'Unione e la pubblica amministrazione in merito al funzionamento delle regole relative al mercato interno.

Ancora una volta, il disegno consiste nella costituzione di una serie di centri di coordinamento <sup>38</sup>, i quali, ricevuto l'impulso dal cittadino o impresa interessati, si rivolge al centro di coordinamento avente sede nel territorio dello Stato membro cui appartiene l'amministrazione coinvolta nella potenziale controversia. Quest'ultimo si rivolge all'amministrazione interessata e, se rileva una violazione delle regole relative alla libera circolazione delle merci, dei servizi, alla libertà di stabilimento od alla libertà di concorrenza a danno del cittadino, lo segnala formulando una proposta *ad hoc* all'amministrazione interessata, la quale, pur non essendovi vincolata, può ad essa adeguarsi, risolvendo così la questione insorta. Anche in questo caso la Commissione svolge una attività di vigilanza e controllo e registra dati che potrebbero essere utilizzati anche per poi promuovere una procedura di inadempimento contro lo Stato che fosse responsabile della violazione di regole comunitarie.

---

<sup>35</sup> In Italia risulterebbero segnalati alla Commissione solo il *Banking Ombudsman*, l'*arbitration boards* di Telecom Italia, la conciliazione presso le Camere di commercio; cfr. TACCOLA 2007, 282. Cfr. anche STICCHI DAMIANI S. 2004, 86, il quale sottolinea che invece in Germania contribuiscono alla rete ben 203 *out-of-court bodies*.

<sup>36</sup> STICCHI DAMIANI S. 2009; ID. 2004, 201 e ss.; LOTTINI 2006; BROCCA 2009.

<sup>37</sup> COM (2001) 702 def.

<sup>38</sup> In Italia opera il dipartimento per le politiche comunitarie presso la PCM.

Le controversie devono avere natura transfrontaliera e devono riguardare l'applicazione di una norma relativa al mercato interno UE. Perché si proceda, poi, la questione non deve essere già oggetto di un processo giurisdizionale, sicché la sua attivazione in corso di procedimento provoca l'interruzione dell'intervento Solvit. Infine, l'indicazione o proposta del centro di coordinamento non ha efficacia vincolante nei confronti della amministrazione interessata.

Questa rete, pur avendo mostrato di poter ben funzionare, ha un oggetto piuttosto delimitato ed è preordinata, stando anche ai dati statistici, prevalentemente a risolvere quelle questioni che derivano dalla non perfetta conoscenza delle regole comunitarie da parte delle singole amministrazioni ovvero dall'applicazione di prassi risalenti e non più compatibili col mercato unico, come ad esempio in tema di riconoscimento di titoli o diplomi, di rilascio di certificazioni o di licenze abilitative<sup>39</sup>. Solo raramente la rete Solvit è intervenuta su questioni di altra natura, come quelle relative allo svolgimento delle gare per l'affidamento dei pubblici appalti<sup>40</sup>.

Del pari, è meno frequente che il centro di coordinamento affronti profili di vera e propria illegittimità, piuttosto concentrando i propri sforzi sulla *maladministration* intesa come inefficienza ed inopportunità delle prassi amministrative.

Se è indubbio che, in termini generali, anche questo istituto contribuisca a rafforzare il livello di effettività della tutela dei diritti comunitari, assicurando la non discriminazione e la equivalenza del trattamento, il suo *focus* appare in larga misura quello di contribuire al buon funzionamento del mercato interno ed alla formazione di prassi amministrative uniformi orientate al rispetto del diritto comunitario. Ne segue uno spettro applicativo ed un tratto funzionale che, pur senza sottovalutarne la rilevanza, fanno della rete Solvit un episodio alquanto marginale rispetto al generale fenomeno ADR, alle sue ambizioni ed alla sua primaria attitudine alla soluzione anticipata di una vera e propria lite.

6. Il modello comunitario, quindi, potrebbe esser descritto come fondato su due capisaldi: l'insieme dei principi risultanti dalle due raccomandazioni e il fenomeno delle rete come articolazione preferibile delle relazioni e del funzionamento delle ADR.

L'approccio basato sulla rete, in modo particolare, trova spazio in un contesto culturale più ampio, il quale è favorevole ad una visione strettamente "comunitaria" e federale dell'Unione Europea, si contrappone ad una visione "intergovernativa" e fa della Commissione il fulcro dello sviluppo delle relazioni giuridiche endocomunitarie.

Nell'idea della rete di ADR ritroviamo alcuni elementi caratteristici di questo *favor* comunitario.

---

<sup>39</sup> Cfr. LOTTINI 2009 cit.

<sup>40</sup> Ne riferisce STICCHI DAMIANI S. 2009.

Il primo è la centralità della figura del consumatore, il quale è soggetto che opera nell'arena del mercato unico, per definizione privo di nazionalità ed attratto nelle relazioni commerciali transfrontaliere.

Il secondo è il riferimento alla costituzione di una rete di soggetti che operano, in tutto od in parte, al di fuori della sovranità nazionale e sotto il coordinamento della Commissione. Nel nostro caso, è piuttosto evidente che i centri di compensazione e coordinamento sono un modello di protezione comunitaria del tutto separata dalle singole giurisdizioni nazionali, per vocazione ma anche per modalità di funzionamento; ed abbiamo già più volte segnalato per questo la distanza tra l'esperienza comunitaria e quella statunitense.

Il terzo elemento è dato dalla natura delle regole applicabili nell'ambito della rete: regole in buona parte solo "comunitarie"; regole costituite da principi e da concetti giuridici indeterminati, tipici dell'ordinamento comunitario; regole a spiccata vocazione tecnica inquadrabili nell'ambito di altrettanti principi che formano il cuore della regolazione di mercati altamente specialistici e tecnologicamente avanzati. Nel nostro caso, questo insieme di regole sembrano formare quasi un parametro alternativo all'applicazione del diritto oggettivo nazionale e trovano idonea collocazione, per l'appunto, in procedure compositive extragiudiziali espletate da organismi muniti delle speciali competenze tecniche e finalizzate al vaglio completo di tutti gli interessi sostanziali in gioco; interessi da mettere insieme e coordinare in una sintesi dettata dai principi generali; su tutti, quelli di ragionevolezza e proporzionalità. Si segnala in proposito che il libro verde del 2002, al par. 55, auspica, non a caso, la messa a punto di *regole* sull'ADR a livello comunitario, così come al livello comunitario demanda la scelta della loro *base giuridica* intrinseca.

E' in questo contesto che la direttiva 1992/13/CEE, dedicata alla tutela per le controversie nelle procedure di aggiudicazione degli appalti nei settori esclusi, aveva introdotto negli artt. 9 e ss., accanto alla c.d. procedura di attestazione delle procedure seguite dalla stazioni appaltanti ed al c.d. meccanismo correttore che chiama in gioco la Commissione, anche un sistema di conciliazione che, possiamo dire, rientrava a pieno titolo nel fenomeno ADR <sup>41</sup>. Ed è, parimenti, tale contesto che ben spiega come l'art. 23, comma 3, del codice delle comunicazioni elettroniche possa oggi stabilire che l'AGCOM, nella sua attività di risoluzione extragiudiziale delle controversie insorte tra operatori di comunicazioni elettroniche, debba *perseguire gli obiettivi di cui all'art. 13*, che, a sua volta, delinea gli obiettivi e principi generali della regolazione del settore, dalla promozione della concorrenza alla salvaguardia della neutralità tecnologica, dalla tutela dei consumatori alla promozione degli investimenti infrastrutturali sostenibili e dell'efficiente uso delle risorse di frequenza e

---

<sup>41</sup> Su cui rinviamo alle osservazioni di MORBIDELLI G. 2001.

numerazione <sup>42</sup>. Dal che si evince come la composizione della lite, per un verso, è basata (anche) su dati e finalità “extragiuridiche” e, per altro verso, è strumentale ad un obiettivo ulteriore e trascendente le posizioni delle parti e che attiene agli equilibri regolatori del settore.

Il sistema della rete, contraddistinto dai caratteri che si sono descritti è certamente ambizioso. Può esser discusso, potrà presentare punti di forza e punti deboli. Potrà risentire o meno le influenze del percorso politico-istituzionale dell’Unione Europea. Tuttavia, è molto significativo rilevare che (a parte i problemi dovuti al suo tratto spontaneistico, affidato perlopiù alla buona volontà degli Stati membri piuttosto che a norme comunitarie direttamente vincolanti ed applicabili) un punto di arresto, a proposito delle ADR, un tale sistema sembra averlo incontrato proprio sul terreno che ci interessa, vale a dire quello in cui parte della controversia sia una amministrazione.

Le controversie che coinvolgono le amministrazioni, infatti, sovente toccano i poteri pubblici, discrezionali o meno, che ad esse competono e richiedono una corrispondente verifica sotto il profilo della legalità e tipicità. Non è casuale che in una recente indagine comparata si sia scritto in esordio che *It is difficult to envisage open negotiations on issues of legality, compromises at the expense of rights and freedoms, or submission of the exercise of discretionary powers to a mediation agreement* <sup>43</sup>.

Questo tratto non è soltanto, in sé e per sé, un primo ostacolo all’affermarsi delle procedure di ADR, ma è un ostacolo a che le ADR si sviluppino secondo il modello della rete sovranazionale coordinata e regolata direttamente da un organismo come la Commissione.

L’analisi degli accadimenti negli ordinamenti nazionali e nell’ordinamento comunitario dimostrano che si è effettivamente verificato questo fenomeno di arresto o quantomeno di rallentamento del modello a rete ed, in qualche misura, dell’afflato comunitario sulle ADR. L’esercizio dei poteri pubblici richiede l’intervento dell’ordinamento nazionale e la predisposizione, sempre a livello nazionale, di strumenti che possano promuovere la composizione stragiudiziale delle controversie che vedano la presenza di una P.A. quale parte.

7. E’ opportuno, per dar corpo alle ultime considerazioni, aprire una breve parentesi, volta a descrivere e cogliere quali siano le tendenze degli altri ordinamenti sulle ADR nelle controversie di diritto amministrativo. Ordinamenti nei quali, beninteso, l’attenzione e la promozione delle ADR è, in assoluto, tutt’altro che modesta.

---

<sup>42</sup> Un profilo rimarcato da DONATI 2007 cit. Anche NAPOLITANO 2008, 1479, sottolinea la tendenza dell’ordinamento comunitario a guidare in maniera diretta l’azione del regolatore e quindi i rapporti tra i regolati nel settore delle comunicazioni elettroniche.

<sup>43</sup> BOYRON 2006 cit.

In Francia il ricorso alla mediazione è tendenzialmente escluso quando le liti attengono all'esercizio del potere amministrativo, discrezionale o vincolato che sia. Viene invece ammesso quando esse riguardano i contratti amministrativi ovvero la responsabilità della P.A. Si registra però qualche apertura del *Conseil d'Etat* nel contenzioso sull'eccesso di potere, in modo da consentire al giudice di sollecitare l'amministrazione a modificare, senza sacrificio del principio di legalità, in direzione più conforme all'opportunità amministrativa la scelta inizialmente compiuta <sup>44</sup>. Nel contempo, l'apertura verso le ADR si è manifestata dapprima affermando, in un noto caso giurisprudenziale del 1989 (*Veriter*), che nelle maglie dell'ordinamento è implicitamente prevista la possibilità per il giudice di spingere le parti alla conciliazione; poi nello studio del 1993, dedicato proprio alla conciliazione, mediazione ed arbitrato nel diritto amministrativo, il *Conseil* ha cercato soprattutto di rimediare alla mancanza di una disciplina formale su numerosi problemi procedurali ed organizzativi che si erano posti, soffermandosi su aspetti come la definizione dei compiti e dei poteri del giudice amministrativo, i modi ed i tempi della procedura, i tempi della mediazione, la figura del mediatore *et similia*.

Sempre in Francia, del resto, è ricco il panorama di strumenti preliminari utilizzabili nelle controversie contro la P.A.. Essi consistono, in prevalenza, in ricorsi amministrativi giustiziali aventi carattere preliminare rispetto al processo. Merita segnalazione, però, il fatto che si assiste ad una forte amministrativizzazione del procedimento di mediazione. Nella materia dei contratti pubblici è, non a caso, previsto l'operare di una commissione mista, composta da due magistrati amministrativi, due esperti del settore e due funzionari dell'amministrazione (è il *Comité consultatif de règlement amiable*, previsto dall'art. 127 del *Code des marchés publics*). Tale commissione, all'esito di un procedimento rapido ma a contraddittorio garantito, rende un avviso non vincolante alle parti, su profili sia di legittimità che di merito, allo scopo evidente di dirimere anticipatamente una controversia tra stazione appaltante pubblica e impresa partecipante alla gara <sup>45</sup>.

In Germania la mediazione è tendenzialmente esclusa quando il conflitto concerne o coinvolge poteri pubblici vincolati, mentre è sempre ammessa nel caso di poteri discrezionali. La transazione di diritto pubblico, che riceve una disciplina apposita nella legge procedimentale tedesca, è però ammessa quando il conflitto tocca i presupposti sui quali si è basata una certa decisione amministrativa <sup>46</sup>. In tutti i casi nei quali gli artt. 55 e 106 della legge sul procedimento ammettono la transazione, si tende ad ammettere anche la procedura di mediazione <sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> Cfr. MASUCCI 2008; BOYRON 2006, 329 e ss.

<sup>45</sup> MASUCCI 2008; BROCCA 2009. Cfr., altresì, SIMONATI 2004.

<sup>46</sup> MASUCCI 2008; BYRON 2006.

<sup>47</sup> Su cui cfr. GRECO 2005.

Nell'ordinamento tedesco viene sì valorizzato il ruolo delle parti nella definizione delle regole della procedura di mediazione e nella definizione e soluzione della lite. L'amministrazione però rimane particolarmente presente, perché il mediatore, anche quando non si tratta direttamente di un funzionario dell'amministrazione-parte, opera come ausiliare dell'amministrazione ed è tenuto a rispettarne le istruzioni. Se questo sembra incidere sulla "terzietà" del mediatore, è d'altra parte la conferma ulteriore del fatto che gli ordinamenti nazionali sottopongono la mediazione che coinvolga la P.A. a regole di specie e che prevedono per esse un effettivo controllo pubblicistico. Possiamo aggiungere che si tratta di scelte del tutto ragionevoli. Perfezionare una transazione con una amministrazione è tutt'altro che agevole.

Al di là di vari ostacoli, sui quali si dirà più avanti, basti ricordare che l'amministrazione è una entità complessa e che, per convergere su una soluzione transattiva finale, è necessario che si mantenga vivo il contatto con essa e con tutti gli uffici ed i funzionari che, di volta in volta, sono competenti a prendere od orientare la decisione.

Nel Regno Unito tradizionalmente è esclusa qualsiasi mediazione quando le questioni controverse siano relative all'abuso di potere, ai diritti fondamentali individuali o richiedano valutazioni di interesse pubblico e più in generale alle liti che presuppongano una soluzione in punto di stretto diritto. Quando, però, si debba dare una soluzione che non richiede una rigida applicazione di diritto o quando si tratta di dirimere complesse situazioni di fatto, gli spazi alla *mediation* tornano a riaprirsi. Nel contempo, però, nel Regno Unito si è avuta una recente riforma del processo civile che ha previsto significative aperture alle ADR. Inoltre, proprio *Lord Woolf*, principale ideatore di tale riforma, ha dato luogo al caso giurisprudenziale più significativo a proposito delle ADR nelle controversie delle amministrazioni: il caso *Cowl*<sup>48</sup>. In esso sono stati enunciati due principi: il primo obbliga il giudice ad indirizzare le parti verso una procedura conciliativa quando ritenga che il caso possa essere risolto in questo modo; il secondo prevede che la regolamentazione delle spese processuali debba penalizzare la parte che, senza un giustificato motivo, abbia rifiutato una proposta di mediazione che appaia *ex post* equa e ragionevole. Va tuttavia rimarcato che anche nel caso *Cowl*, che riguardava il diritto di una comunità di anziani a permanere in un edificio adibito a casa di cura e di riposo, i poteri amministrativi pubblici non venivano in diretta rilevanza secondo l'accezione che riferiamo solitamente alla funzione pubblica.

L'attività di mediazione nel sistema britannico è pressoché interamente privata e privatizzata e non esistono gli indici di amministrativizzazione presenti negli altri sistemi ricordati<sup>49</sup>. Anche il controllo sulla correttezza delle clausole contrattuali che prevedono la conciliazione è affidato agli strumenti

---

<sup>48</sup> Per la situazione nel Regno Unito, cfr. PROSSER 2007; TACCOLA 2008, 263 e ss.; MASUCCI 2008; BOYRON 2006, 330 e ss..

<sup>49</sup> MASUCCI 2008.

ordinari di tutela. Tuttavia, come testé detto, la mediazione è sostanzialmente circoscritta a quel tipo di controversie che rimangono del tutto estranee al *Judicial Review* ed alla figura del pubblico potere <sup>50</sup>.

In sintesi, l'analisi comparata fornisce una serie di dati.

Dimostra anzitutto che le modalità di funzionamento delle controversie che coinvolgono una pubblica amministrazione è attratta nella disciplina e nelle scelte del legislatore nazionale.

Dimostra altresì che, pur essendovi un diffuso *favor* a proposito delle ADR, viene avvertito come un problema centrale la loro compatibilità con i poteri pubblici, talvolta perché il potere discrezionale (Francia) non dovrebbe tendenzialmente poter risentire di una influenza esterna com'è quella che provenga da un mediatore; talvolta perché il potere vincolato (Germania) risentirebbe di una disciplina compiuta non suscettibile di una ipotesi compositiva che ne turbi l'ordine prefissato nella legge formale.

Inoltre, l'analisi comparata pone in luce che i modelli di soluzione alternativa delle liti della P.A. non si svolgono esclusivamente sul terreno stragiudiziale, ma richiedono e giustificano anche la fattispecie della conciliazione-mediazione para-processuale o endo-processuale.

Infine, negli ordinamenti più vicini al nostro, i sistemi di mediazione extraprocessuale prevedono forme più o meno accentuate di amministrativizzazione della funzione conciliativa. Questo ruolo è affidato a soggetti privati tendenzialmente solo in sistemi lontani dal nostro, in quanto ordinamenti di *common law*, in quanto favorevoli ad una tendenziale riduzione della presenza della sfera pubblica ed in quanto oltretutto molto rigorosi nel proporre le ADR quando si tratta di controversie attinenti al potere pubblico (e devolute di norma alla sede del *Judicial review*).

8. Che la strada intrapresa verso un diritto comunitario delle ADR e verso il sistema a rete di protezione extragiudiziale dei diritti abbia sofferto un ostacolo nel campo delle controversie di diritto amministrativo è testimoniato da ulteriori dati.

Il prodotto più recente e più maturo in fatto di ADR è, per il diritto comunitario, la direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008, relativa a *Determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale*.

L'obiettivo di questa disciplina è, ai sensi dell'art. 1, comma 1, della direttiva, di facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e di promuovere la composizione amichevole delle medesime, incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario. Da questo dato e dalla lettura degli ampi *considerando* risulta chiaro che la direttiva costituisce, in buona parte, una sorta di punto d'arrivo del dibattito sulle ADR. Eppure essa non soltanto è dedicata alle sole

---

<sup>50</sup> PROSSER 2007. Sulle difficoltà di distinguere quando vi sia effettivamente nelle controversie il *public law element* che possa radicare il *Judicial Review*, cfr. DAVIES 2008, 158.

controversie transfrontaliere, ciò che non necessariamente metterebbe da parte il nostro tema specifico, ma è testualmente disposto, all'art. 1, comma 2, che la direttiva non si applica alla materia fiscale, doganale e *amministrativa* (si noti, indicata in senso lato) né alla responsabilità dello Stato per atti o omissioni nell'esercizio di pubblici poteri, testualmente qualificati questi ultimi come *acta iure imperii*. L'ambito dell'esclusione è ben superiore a quella tratteggiata nel libro verde del 2002, che al par. 2, nota 4, menzionava tra le questioni sottratte alle ADR solo quelle *relative ai diritti indisponibili e che interessano l'ordine pubblico*.

Del pari, la direttiva 2007/66 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007 che ha modificato sia la direttiva 1989/665/CEE sia la citata direttiva 1992/13/CEE sulle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, tradendo le aspettative di chi ne avrebbe auspicato un rilancio ed una estensione ad altri campi, ha abrogato l'istituto della conciliazione già previsto nei settori esclusi. Il considerando 30 spiega che questa soppressione è dovuta principalmente a tre ragioni: l'inidoneità della conciliazione ad offrire l'emanazione di provvedimenti provvisori vincolanti tali da impedire la conclusione del contratto; la difficile compatibilità della conciliazione preliminare ed extraprocessuale con i tempi brevi previsti dagli ordinamenti nazionali per la proposizione del ricorso giurisdizionale; le difficoltà incontrate nella compilazione di un elenco completo e sufficientemente esteso di conciliatori indipendenti in ogni Stato membro disponibili ad operare nei tempi ristretti all'uopo necessari.

Al di là di queste contingenti giustificazioni, che oltretutto risentono della scelta comunitaria di fondo di staccare questa procedura di conciliazione dal processo e di renderla necessariamente come una fase ad esso anteriore, resta il fatto che tale abrogazione è un segnale di arretramento delle ADR nel campo dei rapporti di diritto pubblico<sup>51</sup>. E comunque sottolinea l'esigenza che, nei rapporti di diritto pubblico, si debba tener conto "dei diversi contesti culturali e giuridici presenti nei vari Stati membri"<sup>52</sup>.

Rimane operativa la rete Solvit. Tuttavia, sembra che i suoi limiti, e strutturali e funzionali, non valgano a poterla considerare come il punto di riferimento per lo sviluppo delle ADR nei rapporti con l'amministrazione.

Il punto di frizione tra il modello comunitario e le controversie amministrative, tuttavia, non deve di certo indurci a pensare che l'intero apparato messo insieme in questi anni nell'Unione Europea sia privo di significato per l'ordinamento nazionale. Sarebbe gravemente sbagliato giungere ad una conclusione simile. Si deve piuttosto tornare a distinguere i due profili caratterizzanti il modello comunitario: i) l'insieme dei principi che connotano le ADR e che si traggono soprattutto dalle due raccomandazioni; ii) il sistema a rete.

---

<sup>51</sup> Cfr. CHITTI M.P. 2006, il quale mostra delle preoccupazioni ed esprime la sua perplessità rispetto a tale abrogazione.

<sup>52</sup> Cfr. il parere del Comitato economico e sociale europeo del 18 gennaio 2007, GUCE 27 aprile 2007, C 93/16, su cui si veda il commento di BROCCA 2009.

Se esiste una crisi o comunque un limite che attiene al modello organizzativo della rete rispetto alla posizione della P.A. nazionale, non può affatto dirsi che una crisi vi sia rispetto all'intero modello ADR. Il che significa anzitutto che il *favor* comunitario potrà ben coincidere con un *favor* ordinamentale nazionale per questo tipo di strumenti, specie oggi che la nostra Corte costituzionale è approdata all'idea monista quanto ai rapporti tra ordinamento nazionale e sovranazionale. Significa altresì che il *corpus* dei principi generali sul funzionamento delle ADR può ed anzi deve restare come un valido parametro-guida per l'interprete, anche quando le controversie coinvolgano una amministrazione nazionale. Tanto più che alcuni atti normativi, come ricordato, hanno da tale *corpus* tratto esplicita ispirazione (si fa ancora una volta, richiamo ai regolamenti AGCOM relativi alle procedure di decisione dei reclami <sup>53</sup>).

Del resto, l'esperienza nazionale delle ADR deve, di necessità, fare i conti non solo con le prerogative dei poteri pubblici, ma anche con il modo d'essere della funzione giurisdizionale. Si è detto che i sistemi di conciliazione possono ben funzionare solo quando il processo è ben funzionante. Le esperienze d'oltralpe, poi, dimostrano che lo sviluppo di questi sistemi non è esclusivamente extraprocessuale, ma deve poter avere anche quel tipo di crescita che si collega alle fasi preliminari del processo ed alla funzione del giudice, così come l'esperienza francese, tedesca e britannica dimostrano. La deflazione del contenzioso, d'altra parte, non può che costituire un obiettivo prioritario e vero e proprio motivo propulsore delle ADR nell'ordinamento italiano, così visibilmente e notoriamente appesantito dall'aumento dei processi.

Vi è un altro dato che l'esperienza comunitaria pone in luce e che dobbiamo tener presente nelle nostre valutazioni. Esso riguarda il tipo di strumenti, di criteri e di regole che il mediatore utilizza per comporre il conflitto. Considerare le ADR come una sede adeguata alla valutazione di principi generali, concetti indeterminati, criteri altamente tecnici e come un luogo di coordinamento con gli assetti regolatori equivale a testimoniare la modernità in relazione alle controversie di diritto amministrativo. L'amministrazione moderna, come sappiamo, è sovente tenuta a confrontarsi con una legalità sempre più indefinita; la soluzione del caso deve privilegiare il canone della proporzionalità e la scelta tecnicamente soddisfacente e soprattutto richiede un concreto adattamento dell'indirizzo di fondo legislativo al *risultato* corrispondente al pubblico interesse. E' ormai consueto in dottrina dire che l'amministrazione assolve in buona parte ad una funzione costitutiva della norma dell'agire concreto <sup>54</sup>. Sicché la procedura di ADR, con la sua flessibilità e con l'attitudine a dirimere il conflitto in campi extra-giuridici, con un'ampia analisi dei profili tecnici, con una piena considerazione dei profili di

---

<sup>53</sup> Cfr. DONATI 2007, cit.

<sup>54</sup> Tra gli altri, nell'ambito di un dibattito vastissimo, cfr. SCOCA F.G. 2002 (1), 87; MANGANARO 2000; MERUSI 2008.

opportunità e convenienza, appare assolutamente adatta ai modi di agire della amministrazione moderna. Questo patrimonio di idee merita di essere pertanto sottolineato, valorizzato e tenuto ben fermo per il prosieguo delle considerazioni.

La dimostrazione che l'ulteriore e positivo affermarsi delle ADR nei rapporti con le amministrazioni resti in prevalenza rimesso all'autonoma scelta dei singoli Stati proviene infine dall'iniziativa parallela assunta dal Consiglio d'Europa, quale organo esecutivo della CEDU<sup>55</sup>.

Il Consiglio ha ritenuto di fissare alcuni principi necessari alla legittima creazione ed armonizzazione di strumenti di tutela alternativa alla giurisdizione, nel quadro di costante richiamo al disposto dell'art. 6 della Convenzione sul diritto fondamentale ad agire ed a ricevere una tutela effettiva in un giudizio. In una raccomandazione del settembre 2001 le ADR sono state viste come uno strumento essenziale per la riduzione del carico di lavoro delle giurisdizioni e per migliorare l'efficacia dell'azione amministrativa. Si sono identificate così cinque tipologie di strumenti: gli *internal reviews*, la *conciliation*, la *mediation*, l'*arbitration*, i *negotiated settlements* e l'*arbitration*. A parte l'arbitrato, le altre figure si dicono passibili di buon utilizzo, da parte dei singoli Stati, nelle controversie della PA. La mediazione e conciliazione sono proponibili sia al di fuori del processo sia in chiave endoprocessuale, da attuarsi quindi sotto la guida del giudice competente. L'*internal review* è strumento endoprocessuale che dovrebbe aver sede nella disciplina del procedimento e dar luogo ad una sorta di anticipata richiesta di riesame di un atto emanando. Il *negotiated settlement* è una forma atipica di transazione conclusa con la partecipazione di un soggetto pubblico.

Anche in questo caso, rivolgendosi agli Stati membri, si invoca il necessario rispetto di alcuni principi generali: imparzialità e indipendenza nella conduzione del procedimento, contraddittorio, libertà di accesso alla giurisdizione. Ancora una volta il contributo più importante delle fonti sovranazionali sembra riscontrabile sul piano dei principi generali.

Le iniziative così maturate in ambito CEDU paiono ancora una volta confermare che, perlomeno nelle controversie che interessano l'amministrazione, le scelte siano rimesse ai singoli Stati. Inoltre, attestano che il contributo degli ordinamenti sovranazionali può essere nondimeno molto significativo nella definizione dei principi generali da osservarsi. Infine, esse avvalorano il filo che costantemente collega lo sviluppo dell'intero fenomeno ADR al principio di effettività della tutela giurisdizionale, su cui si tornerà avanti.

9. Le fonti di diritto interno ascrivibili al fenomeno delle ADR non sono affatto esigue.

---

<sup>55</sup> STICCHI DAMIANI S. 2004, 165 e ss.; TACCOLA 2007 cit.

L'istituto della conciliazione ha avuto, perlomeno a livello di diritto positivo, uno sviluppo trasversale molto ampio <sup>56</sup>. Può ricordarsi, oltre alla conciliazione obbligatoria nel processo del lavoro (*ex artt.* 410 e ss. c.p.c.), la conciliazione amministrata dalle Camere di commercio di cui alla legge n. 580 del 1993, nonché le specifiche forme di conciliazione previste in tema di subfornitura (art. 10 della l. 18 giugno 1998, n. 192), di tutela dei consumatori (già presente nell'art. 3 della l. 30 luglio 1998, n. 281, ed oggi prevista nel codice del consumo, d. lgs. n. 203 del 2006, artt. 140 e 141, cui si aggiunge la peculiare ipotesi di cui all'art. 140 *bis*), di servizi turistici (art. 4 della l. n. 135 del 2001), di *franchising* (art. 7 della l. 6 maggio 2004, n. 129), nonché in materia societaria (artt. 38 e ss. del d. lgs. n. 5 del 2003 sulla riforma del diritto societario), e di patti di famiglia (l. 14 febbraio 2006, n. 55).

Un deciso rafforzamento della conciliazione nelle controversie di diritto privato dovrebbe provenire dall'attuazione della delega al Governo in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali, contenuta nell'art. 60 della l. 18 giugno 2009, n. 69, recante *Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*.

Venendo al tema che più direttamente ci interessa, possiamo ricordare quelle forme di risoluzione della controversie che prevedono l'intervento di una autorità avente compiti di regolazione e vigilanza in un dato settore economico. Benché non contemplino una vera e propria amministrazione quale parte della controversia, presentano molti punti di contatto con la nostra indagine. La più significativa è quella che attiene alle funzioni di AGCOM nel campo delle controversie tra utenti e fornitori o tra operatori nel campo delle comunicazioni elettroniche (*supra* sub 2; *ex artt.* 23, 24 e 84 del d. lgs. 1 agosto 2003, n. 259, ed 1, commi 11, 12 e 13 della legge 31 luglio 1997, n. 249) e quella che riguarda le procedure di reclamo e di conciliazione attivabili davanti all'Autorità per l'energia elettrica ed il gas di cui all'art. 2, comma 24, lett. b), Legge 14 novembre 1995, n. 481; benché quest'ultima abbia avuto una operatività sostanzialmente bloccata dalla mancata emanazione del relativo regolamento di attuazione <sup>57</sup>. Simili attribuzioni sono state fatte alla Consob dall'art. 27 della l. 28 dicembre 2005, n. 262 <sup>58</sup>.

Un impulso favorevole alle ADR nel campo dei servizi pubblici è poi previsto dall'art. 30, commi 1 e 2 della predetta legge n. 69 del 2009, il quale stabilisce che tutti i soggetti, pubblici o privati, che erogano servizi pubblici dovranno inserire nelle carte dei servizi la previsione della possibilità per l'utente di promuovere una risoluzione non giurisdizionale della controversia da attivare entro 30 gg. dalla richiesta e che le amministrazioni competenti, a loro volta, dovranno individuare uno schema-tipo di procedura conciliativa da recepire nelle medesime carte dei servizi.

---

<sup>56</sup> Per una elencazione compiuta, cfr. ROMUALDI 2008.

<sup>57</sup> Cfr. CHIRULLI-NAPOLITANO 1999; DELLA CANANEA 2003, con accenti critici su questa battuta di arresto; sul tema v. anche la delibera di AEEG del 22 giugno 2007, n. 141/07 in GU 17 luglio 2007, n. 164 S.O.

<sup>58</sup> Cfr. sul tema GIOVANNINI M. 2007, 241 e ss.

Infine, per completare il quadro, si menziona la transazione, che, oltre ad avere la sua disciplina codicistica quale contratto tipico, ha anche una speciale disciplina di diritto pubblico quando coinvolga una P.A. Si può menzionare l'art. 13 del r.d. n. 1611 del 1933, che prevede il parere dell'Avvocatura dello Stato sulle transazioni concluse dall'amministrazione statale, nonché, oggi, l'art. 239 del codice dei contratti pubblici (d. lgs. n. 163 del 2006), che prevede un parere *ad hoc* dell'avvocatura che difende la stazione appaltante nonché un particolare *iter* procedimentale imposto al dirigente competente.

Inoltre, nel fenomeno delle ADR può annoverarsi l'istituto dell'accordo bonario, oggi disciplinato dall'art. 240 del codice dei contratti pubblici<sup>59</sup>, nonché l'istituto del c.d. precontenzioso celebrato davanti all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, ai sensi dell'art. 6, comma 7, lett. n), del codice dei contratti pubblici.

Non può dirsi, allora, che il fermento che altrove si registra sull'espansione delle ADR non abbia anche contagiato in qualche misura anche l'ordinamento italiano. Questo è ben comprensibile, anche solo per il fatto che, pragmaticamente, il nostro sistema processuale accusa nel complesso ritardi insostenibili e che perciò l'esigenza di deflazione ha un rilievo ormai primario negli obiettivi del legislatore.

Se, tuttavia, andiamo a guardare la realtà concreta delle controversie di diritto pubblico, riscontriamo una situazione che vede ancor oggi l'assoluta centralità del processo e la corrispondente marginalità dei sistemi di risoluzione alternativa delle controversie.

In via di primo approccio, possiamo tentare di verificare quali siano (e quali siano stati) rispettivamente gli incentivi ed i disincentivi allo sviluppo delle ADR.

Tra gli incentivi, si può annoverare anzitutto il richiamato *favor* dell'ordinamento comunitario, nonché lo snellimento di alcuni dei presupposti formali per la conclusione delle transazioni da parte delle P.A. (si veda l'eliminazione del parere del Consiglio di Stato, già previsto dall'art. 14 del r.d. n. 2440 del 1923, dovuta all'art. 17 della l. n. 127 del 1997). Inoltre, tra gli istituti ed i principi che potrebbero astrattamente sospingere la diffusione di soluzioni alternative, anche nel campo dei poteri pubblicistici, va ricordato l'art. 11 della legge del 1990 n. 241, così come modificato nel 2005, nonché il *favor* per l'utilizzazione di strumenti privatistici desumibile dall'art. 1, comma 1 *bis*, della medesima legge ed il conseguente indebolimento che potrebbe investire il principio di necessaria tipicità dei poteri pubblici. Infine, il principio di efficacia e la stessa logica del *risultato*, sempre più frequentemente invocata come tratto qualificante dell'azione amministrativa, dovrebbero poter giustificare il ricorso ai modelli di definizione anticipata in molti casi.

---

<sup>59</sup> A proposito del quale l'art. 44, comma 3, lett. m), n. 1, della legge 7 luglio 2009, legge comunitaria per il 2008, prevede di "incentivare l'accordo bonario".

Tra i disincentivi, si può anzitutto citare l'ostacolo tradizionale derivante dal principio di legalità e dal canone di tassatività dei poteri funzionali dell'amministrazione, che nei percorsi della ricerca dottrinale si è intrecciato col classico limite della disponibilità delle situazioni soggettive oggetto della transazione (art. 1966 c.c.). Inoltre, è comune l'osservazione che i rischi legati alla responsabilità amministrativa e contabile agiscano come forte disincentivo alla transazione ed alla ricerca di soluzioni consensuali alle controversie. Le periodiche diffidenze manifestate, e dal legislatore e da alcune voci (presenti specie nel dibattito politico-istituzionale e quindi mediatico), nei riguardi dell'arbitrato per le cause in cui sia parte l'amministrazione, infine, agiscono nei fatti come contropesca rispetto alle altre forme di risoluzione alternativa dei conflitti.

Infine, bisogna segnalare che l'orientamento complessivo del legislatore nazionale sembra piuttosto contrastante con la volontà di un ampliamento delle ADR nei rapporti di diritto amministrativo che toccano l'esercizio di potestà pubblicistiche.

In ordinamenti vicini al nostro (*supra*, sub 7) sono previste, pur se entro certi limiti di oggetto, varie forme di risoluzione alternativa delle controversie attinenti a poteri funzionali della P.A., consistenti o in procedure di *mediation* oppure in ricorsi amministrativi a contenuto giustiziale e preliminare. Nell'ordinamento italiano, la funzione amministrativa giustiziale è sostanzialmente tramontata come strumento preliminare di deflazione del contenzioso. Mentre il ricorso straordinario è sempre più, come si dirà tra un attimo, istituto equivalente (e non alternativo od aggiuntivo) alla giurisdizione amministrativa, il ricorso gerarchico è sostanzialmente tramontato con la crisi del rispettivo modello di organizzazione amministrativa e per via dell'affermarsi di un modello decentrato di amministrazione.

In più, due esigenze che avrebbero potuto motivare una scelta legislativa favorevole alla creazione di rimedi alternativi (come, appunto, i ricorsi amministrativi "semicontenziosi" o i procedimenti di mediazione opportunamente amministrativizzati) sono state invece affrontate con istituti schiettamente processuali. Mi riferisco, in primo luogo, al bisogno di deflazionare il contenzioso e di renderlo più flessibile e dinamico, e, in secondo luogo, al bisogno di una decisione il più possibile tempestiva quando lo richieda in modo particolarmente pressante la cura dell'interesse pubblico. Ebbene, il problema derivante dall'eccessivo carico del contenzioso è stato "curato", più che con strumenti deflattivi alternativi, con accorgimenti tutti legati al processo: con forme di ampliamento dell'organico, col rafforzamento delle sedi regionali o delle sezioni staccate dei T.A.R., con l'aumento del personale delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato a scapito di quelle consultive, ed, a livello di lavori preparatori, con formule come quella del giudice monocratico o come quella del cancelliere-assistente del giudice.

Tutte soluzioni rispettabili e fors'anche opportune, ma tutte legate all'idea che l'unica sede di composizione della controversia debba essere il processo, per l'appunto.

Poi, il bisogno di decisioni e soluzioni rapide, che avrebbe potuto, almeno in parte, affidarsi ai congegni di ADR <sup>60</sup>, è stato interamente scaricato sulla creazione di riti speciali (che sono andati creando un sorta di secondo binario processuale <sup>61</sup>) e di corsie alternative sottoposte a termini di decadenza e strettoie processuali così severe da suscitare molti (e fondati) sospetti di illegittimità costituzionale e comunitaria <sup>62</sup>.

L'ennesima testimonianza di una volontà legislativa di ricercare nella giurisdizione l'unica soluzione ai conflitti di diritto pubblico con l'amministrazione è l'art. 69 della citata l. n. 69 del 2009, che ha ulteriormente accentuato la portata "giurisdizionale" del ricorso straordinario, con la novella degli artt. 13 e 14 del d.P.R. n. 1199 del 1971.

Tentiamo adesso di riassumere le conclusioni che possiamo trarre da questa prima parte dell'analisi, osservando quanto segue.

Il diritto comunitario non solo esprime un *favor* per lo sviluppo delle ADR negli ordinamenti degli Stati membri, ma esprime alcuni principi generali che ben possono costituire per l'interprete uno strumento di orientamento.

L'ordinamento nazionale, specie per le controversie che coinvolgono la P.A. ed ancor più se aventi rilievo pubblicistico, è tenuto ad effettuare le proprie scelte di dettaglio.

Le ADR necessitano di un raccordo col processo, come dimostra l'esperienza comparata. Non solo sotto il profilo della salvaguardia del principio di effettività della tutela giurisdizionale nei confronti della P.A., ma anche sotto il profilo che la sede delle ADR non necessariamente deve essere extra-processuale, ma può ben essere endo-processuale (come ancora una volta dimostrano i dati comparatistici).

Nei rapporti di diritto pubblico l'ammissibilità delle ADR e, più precisamente, l'ammissibilità di una composizione consensuale della controversia deve fare i conti col tradizionale limite legato alla disponibilità delle situazioni soggettive e, segnatamente, con la asserita indisponibilità, nonché con la tipicità dei poteri pubblici e funzionali della P.A. e col rilievo connesso del principio di legalità.

---

<sup>60</sup> E' un rammarico espresso dichiaratamente da CHITTI M.P. 2006.

<sup>61</sup> Cfr. ROMANO TASSONE 2009, 20, il quale osserva puntualmente che la diffusione dei riti speciali e la conseguente diversificazione della tutela, più che spiegarsi in funzione della diversità dei diritti sostanziali da proteggere, è perlopiù dovuta a mere esigenze di accelerazione del processo.

<sup>62</sup> Da ultimo, cfr. il rito "commissariale" di cui all'art. 20, commi 8 e 8 bis del d.l. 29 novembre 2008, n. 185, conv. in legge 28 gennaio 2009, n. 2, sul quale cfr. SANDULLI M.A. 2009 (1).

## Parte seconda

10. Per delimitare la seconda parte dell'analisi si cerca in primo luogo di individuare dei profili di specificità del fenomeno ADR con riguardo alle controversie di cui sia parte una amministrazione. Si utilizzano allora tre chiavi di lettura e tre corrispondenti piani di indagine, che possono esser d'aiuto nell'identificare gli istituti su cui soffermare l'attenzione e che possono, d'altra parte, svelare dei caratteri comuni ad essi.

La prima chiave di lettura riguarda la posizione dell'amministrazione. Essa è costituita dal potere autoritativo della P.A., o se si preferisce dai suoi poteri funzionali, quando siano oggetto di altrettante potenziali controversie. Questo profilo ci consentirà di mettere a fuoco il problema della disponibilità dei poteri amministrativi e dei limiti alla composizione delle controversie con strumenti alternativi alla giurisdizione in relazione al principio di legalità e tassatività delle funzioni amministrative.

La seconda chiave concerne invece la posizione della parte privata del conflitto e nondimeno è altamente caratterizzante la tematica delle ADR e delle loro tecniche. Si tratta del principio di effettività della tutela giurisdizionale nei confronti della P.A. e delle sue manifestazioni<sup>63</sup>. Esso gioca nel campo delle ADR un ruolo bivalente ed esprime tensioni contrapposte. Per un verso, dà fondamento alle ADR e le può rendere partecipi di un sistema moderno di protezione effettiva della pretesa del cittadino verso la P.A., calibrato, per l'appunto, sull'effettività e soddisfattività e proiettato verso il bene della vita cui questi aspira<sup>64</sup>. Per altro verso, esso opera come un limite alle ADR, a salvaguardia del nucleo essenziale del diritto di difesa del cittadino.

Il terzo piano d'indagine attiene ai rapporti tra le valutazioni di legittimità amministrativa e le valutazioni di merito e perciò di mero fatto, di convenienza, opportunità, o anche quelle di discrezionalità tecnica. Le ADR sono uno strumento che, nel campo delle controversie amministrative di rango pubblicistico, si segnala per questa fondamentale diversità rispetto alla giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: vale a dire per la capacità di pervenire ad una definizione transattiva o di favorire un intervento di mediazione che valutino tutti gli interessi in gioco e quindi, dal punto di vista dell'amministrazione, tutti i profili che potrebbero, secondo tradizione, ascrivere alla sfera del merito anziché a quella della legittimità (*supra* sub 3, a proposito degli obiettivi delle ADR e dei nessi con la regolazione).

Ciò posto, si prendono in esame tre istituti. Il primo è la transazione. Il secondo è il modello della conciliazione-mediazione nel campo delle controversie dell'amministrazione ed in specie di quelle di rilievo pubblicistico, il che consentirà di soffermare brevemente l'attenzione sulla fattispecie

---

<sup>63</sup> Da ultimo, su questo tema cfr. SANDULLI M.A. 2009 (2).

<sup>64</sup> Per questo collegamento DELLA CANANEA 2003; cfr. altresì GIANNINI, 1964, per il tono sostanziale che l'effettività dovrebbe raggiungere in un sistema consono ai valori costituzionali degli artt. 24 e 113 Cost.

dell'accordo bonario *ex art.* 240 cit., nonché sul c.d. precontenzioso, che si svolge avanti all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici. Il terzo consiste nelle ipotesi, da valutarsi perlopiù *de iure condendo*, e nelle tecniche di risoluzione preliminare di una controversia in via amministrativa e con efficacia vincolante, salvo il ricorso alla giurisdizione, allo stato degli atti.

Questa ripartizione non rispecchia una distinzione ontologica ed una completa separatezza tra gli istituti, bensì ne sottolinea empiricamente le caratteristiche, senza negare la loro potenziale congiunzione e sovrapposizione. In particolare, la conciliazione si compone, secondo gli insegnamenti tradizionali, di due componenti, entrambe essenziali per spiegarne la natura giuridica: il procedimento e la eventuale soluzione conciliativa; quest'ultima, a sua volta, può ben consistere in una transazione. Nondimeno tale modo di procedere mi sembra utile, se non altro perché la transazione vanta una sedimentata analisi scientifica che può dare un supporto significativo nel trattare delle altre e più recenti forme di ADR, specie sul tema della disponibilità dei poteri pubblici; e perché, come vedremo, focalizzando la figura della mediazione come fattispecie di ordine generale, può mettersi in risalto il procedimento come luogo aperto di sviluppo delle relazioni tra amministrazione e consociati. Infine, prendendo spunto proprio dal precontenzioso che si svolge davanti all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, si può prestare lo sguardo allo stato dell'ordinamento riguardo alle forme di risoluzione amministrativa giustiziale delle controversie di diritto pubblico.

11. Quello della transazione dei rapporti di diritto pubblico dell'amministrazione è un capitolo molto vasto.

Qui lo si prende in esame con particolare riguardo ad un profilo specifico: se ed in quale misura il principio di legalità e di tipicità dei poteri pubblici possa condizionare la transazione su tali rapporti e quali spazi concreti abbia l'amministrazione per gestire i propri poteri pubblici in chiave (e con finalità ed *in funzione*) transattiva.

Tale approccio infatti sembra cruciale per comprendere quale spazio possano davvero acquisire le ADR nell'ordinamento italiano in questo tipo di controversie ed in qual misura l'esistenza di poteri di tal fatta possa agire come un ostacolo. E' così che potremo fare il confronto, ad esempio, con la situazione tedesca e con quella francese (*supra*, sub 7). L'istituto della transazione a questo fine si rivela oggi una cartina di tornasole ancor più efficace che in passato, perché in essa il problema della disponibilità del potere appare per quel che è, senza condizionamenti, mentre, ad esempio, nel caso dell'arbitrato, la questione della disponibilità dei diritti e dei poteri finisce per mescolarsi con altri problemi che riguardano il riparto tra le giurisdizioni ed il principio della necessaria simmetria tra giurisdizione ordinaria ed arbitrato <sup>65</sup>.

---

<sup>65</sup> Cfr., per un ampio resoconto del dibattito, DELSIGNORE 2007, in part. 197 e ss.

Notoriamente, non esistono ostacoli di massima a che l'amministrazione concluda una transazione nei rapporti di diritto privato. L'esistenza di particolari cautele procedurali concerne in tale ipotesi solo la c.d. evidenza pubblica interna alla P.A. e non incide sulla natura giuridica del contratto finale, che rimane un comune contratto di diritto privato. Viceversa, molti dubbi tradizionalmente si sono accompagnati all'ammissibilità di una transazione sui rapporti di diritto pubblico.

Tentando di riepilogare queste perplessità secondo una logica che possa aiutarci nei passaggi successivi, possiamo dire che la dottrina ha identificato due ordini di limiti <sup>66</sup>.

Un primo ordine di limitazioni, da cui discenderebbe l'inammissibilità *tout court* della transazione pubblicistica, risale al principio per cui non si possono assumere ad oggetto della transazione situazioni soggettive indisponibili. Sovente questo limite è stato specificato, per l'amministrazione, come riferito ai poteri (pubblici) indisponibili, dal momento che si è presto acquisita la convinzione che l'interesse legittimo *ex se* fosse sicuramente disponibile, nonostante la formulazione dell'art. 1966 parlasse solo di *diritti*. L'interesse legittimo, quale situazione soggettiva appartenente al privato gode dell'attributo della disponibilità. I poteri pubblici o, come soleva dirsi nella produzione scientifica di un tempo che fu, i diritti pubblici soggettivi spettanti all'amministrazione sarebbero invece indisponibili e, pertanto, intransigibili. Se si guarda al portato essenziale di queste impostazioni (ed in particolare, alle obiezioni che mosse Enrico Guicciardi) si nota che la ragion d'essere di siffatta indisponibilità starebbe nella circostanza che tali diritti o poteri non vivono in un rapporto giuridico bilaterale col privato, ma hanno una dimensione più ampia, che tocca la sfera giuridica di una serie di altri soggetti. Hanno, in breve, una rilevanza collettiva. Dal momento che interessano e toccano la collettività, tali poteri non solo liberamente disponibili in un rapporto bilaterale sinallagmatico, ma devono rispettare le condizioni ed i presupposti che la legge designa per il loro esercizio.

Il secondo ordine di limitazioni viene invece fatto risalire al principio della irrinunciabilità dei poteri pubblici ed alla inderogabilità della disciplina legislativa che li riguarda. Ancora una volta questa premessa servirebbe a stabilire che la transazione sui rapporti pubblicistici non può aver spazio, né come modello funzionale né come figura contrattuale. Tale impostazione si riconduce, a ben vedere, al canone di tassatività e tipicità dei poteri pubblici ed al principio di legalità: posto che il potere pubblico ha una sua disciplina compiuta e inderogabile, la sua sorte ed il suo legittimo esercizio dipenderà solo dalla legge, come interpretata dall'amministrazione, secondo diritto, o dal giudice; non è concesso invece di delineare il concreto esercizio del potere secondo una finalità transattiva, compositiva, consensuale, ossia in un modo diverso da quello che la legge prevede.

---

<sup>66</sup> Cfr. DE VALLES 1934; Cfr. altresì le indicazioni sul dibattito riportate in CHIRULLI-STELLA RICHTER 1992, 868 e 869; nonché FERRARI 1993.

Il contributo di Enrico Guicciardi è ancor oggi fondamentale per comprendere come ed in qual misura la transazione possa essere ammessa nei rapporti pubblicistici <sup>67</sup>. Anzi, se teniamo conto dei problemi che derivano, da un lato, dal tema comunitario e di diritto comparato, che denominiamo convenzionalmente tema “delle ADR”, e, dall’altro, dalla realtà concreta e dai più recenti passi del dibattito scientifico nazionale, il pensiero di Guicciardi ci appare di formidabile attualità.

Qui è importante ricordare che egli ha distinto due piani nel suo ragionamento. Si è posto, in prima battuta, il problema dell’ammissibilità di una composizione di tipo transattivo nei rapporti di diritto pubblico e, solo in seconda battuta, ha affrontato il dubbio se una tale composizione sia effettivamente una transazione, esplorando la connessa questione strutturale del tipo di atto da utilizzare a questo fine.

Guicciardi ha replicato con argomenti efficaci ed assolutamente attuali alle obiezioni legate all’irrinunciabilità dei poteri pubblici, all’inderogabilità della loro disciplina ed alla incompatibilità tra principio di legalità e composizione della lite secondo una finalità transattiva <sup>68</sup>.

A parte il fatto che la transazione non implica una rinuncia, dato che l’amministrazione non rinuncia affatto alla sua pretesa, ma piuttosto per una parte riconosce la pretesa dell’avversario, è sulla inderogabilità e sui vincoli che nascerebbero dal principio di legalità che si manifestano il passaggi più significativi del suo pensiero <sup>69</sup>. Secondo Guicciardi, non si può partire dal presupposto che la P.A., nel momento in cui prende la determinazione di transigere su di un certo rapporto, sappia già se l’atto da cui il rapporto ha preso vita sia legittimo o illegittimo, opportuno o inopportuno. L’Amministrazione può ben non sapere se il suo atto sia o meno legittimo. Il presupposto della previa necessaria (e sicura) verifica amministrativa della conformità al diritto di un atto già emanato (o di un atto da emanare, aggiungo) è smentito dalla concretezza dei fatti. E’ per questo che la tassatività e la legalità non possono ostacolare la *causa* transattiva. Egli aggiunge che l’inderogabilità di una norma non significa anche l’intransigibilità del rapporto che è da questa regolato <sup>70</sup>. Se la norma è inderogabile, essa non comporta anche il divieto di transigere la lite che sorga su di esso; allo stesso modo e per le stesse ragioni per cui la irrinunciabilità del diritto controverso non significa anche intransigibilità della lite. Dire che un certo rapporto non è transigibile in quanto è retto da una norma inderogabile, significa, secondo Guicciardi, aver già condotto a termine il procedimento di sussunzione del fatto, che dà vita al rapporto, in quella norma; mentre generalmente, in tutti i casi in cui vi è incertezza tra le parti circa la disciplina giuridica del rapporto, si prevedono difficoltà o dubbi nell’attuazione di quel procedimento. Le parti insomma non

---

<sup>67</sup> GUICCIARDI 1936.

<sup>68</sup> Sollevati al tempo, in particolare dal DE VALLES 1934.

<sup>69</sup> GUICCIARDI 1936, 57-120 e ss.

<sup>70</sup> GUICCIARDI 1936, 61-124 e ss.

possono sapere se la norma che dovrebbe applicarsi al loro rapporto sia inderogabile, per la semplice ragione che non sanno quale sia questa norma. Non sanno se l'atto è legittimo o illegittimo, se il regolamento legale del rapporto sia (in quel punto) derogabile o inderogabile, perché, se invece vi fossero tali sicurezze, non vi sarebbe neppure bisogno di una vera transazione<sup>71</sup>.

A queste considerazioni Guicciardi aggiunge che, anche a voler ammettere che si possa determinare una soluzione pattizia non conforme alla norma inderogabile, si deve tener conto che, per un verso, la ragion d'essere di tale inderogabilità sta solo nella presunzione di conformità all'interesse pubblico del regolamento che essa dà ai rapporti giuridici e che, per altro verso, la P.A. con la transazione mira comunque alla soddisfazione concreta dell'interesse pubblico. La composizione transattiva si sostituisce alla composizione mediante norma inderogabile così come la soddisfazione dell'interesse pubblico concreto, identificato e reso vitale dalla PA, si sostituisce e/o si accompagna alla cura dell'interesse pubblico generale presidiato da tale norma.

Insomma, è nel passaggio dall'interesse pubblico generale all'interesse pubblico concreto che si rivela il fondamento della funzione transattiva; e, riallacciandoci al dibattito più recente, potremmo dire che è in questo passaggio dalla legalità formale alla legalità sostanziale che si svela la ragion d'essere della transazione sui poteri pubblici<sup>72</sup>.

Guicciardi, infatti, si spinge sino ad affermare che ad ogni attività amministrativa corrispondono due interessi pubblici: l'uno, per così dire, generale, che si concreta nella conformità di essa alla legge; l'altro, specifico, che si concreta nella soddisfazione di quell'esigenza per la quale l'attività amministrativa è stata posta in essere. In astratto un conflitto tra questi due interessi non sembra possibile, in concreto invece può aver luogo che la soddisfazione dell'uno escluda o pregiudichi quella dell'altro<sup>73</sup>. Ed ancora: *Non si può stabilire "a priori" alcuna regola, che permetta di discernere su quali rapporti giuridici speciali possa intervenire una transazione, ed in quali casi: perché il problema della transigibilità dei rapporti pubblici sorge, come si è chiarito, da un conflitto fra due interessi pubblici, e consiste nel decidere quale dei due debba essere sacrificato all'altro, ed in qual misura; sì che la sua soluzione è possibile soltanto mediante una valutazione, da compiersi volta per volta, delle circostanze che accompagnano le singole fattispecie*<sup>74</sup>.

E' da queste premesse che discende, come logica conseguenza, che lo strumento da utilizzare per realizzare, in modo trasparente, questo tipo di obiettivi, è un atto che sia una vera transazione, che abbia come causa la causa transattiva imperniata sull'interesse pubblico concreto.

---

<sup>71</sup> GUICCIARDI 1936, 63-126.

<sup>72</sup> MERUSI, 2008.

<sup>73</sup> GUICCIARDI 1936, 64-127.

<sup>74</sup> GUICCIARDI 1936, 86-149.

L'illustre autore, è vero, intravede una limitazione alla transazione quando siano in gioco dei diritti pubblici soggettivi generali. Ma si tratta di una categoria che rileva solo quando la loro portata sia tale da coinvolgere la generalità dei terzi, con una efficacia *erga omnes* che derivi direttamente dalla norma di legge; e l'esempio che si fa degli *status* è quello più emblematico della assoluta residualità della categoria.

12. Se dovessimo fermarci al lavoro di Guicciardi, dovremmo allora ammettere che il margine di azione della transazione (e delle ADR) nei rapporti di diritto pubblico è molto ampio; che esso può coprire veri e propri poteri pubblici; non solo quelli discrezionali, ma anche gli atti vincolati, come espressamente Guicciardi ammetteva, dato che il fine principale di evitare un danno all'interesse pubblico è tale da assorbire entrambe le fattispecie e da superare l'obiezione della necessaria legalità e tassatività <sup>75</sup>.

In verità, Guicciardi aveva contemplato solo il caso della transazione in funzione conservativa dell'atto amministrativo impugnato o suscettibile di impugnazione. Non aveva ipotizzato che la transazione potesse anche dar luogo all'esercizio autonomo di poteri pubblici ulteriori a fini transattivi. E del resto egli doveva anche confrontarsi con le note difficoltà sulla configurazione di un contratto di diritto pubblico, sicché era costretto a ripiegare sulla costruzione dell'atto unilaterale che si incontrava con l'adesione del privato interessato. Tuttavia, va rimarcato, gli argomenti utilizzati per la difesa della funzione transattiva nei rapporti pubblicistici servivano, ancor prima della scelta del "tipo" provvedimento, ad affermare che la transazione sui poteri pubblici è ammissibile alle condizioni dette (e cioè sempre che si vada perseguendo l'interesse pubblico concreto e che si eviti di coinvolgere effetti giuridici *erga omnes* fondati sulla legge). Sicché essi avevano ed hanno ancor oggi un rilievo autonomo che si connette al primo quesito di ordine generale, da cui abbiamo preso le mosse nel precedente paragrafo.

Il pensiero di Guicciardi ha dunque fortemente caratterizzato l'istituto.

Nel periodo più recente non sono mancate nuove riflessioni dottrinali. Tra di esse si distingue per coesione interna e per acutezza quella proposta da Guido Greco <sup>76</sup>. L'autore consolida, in buona parte, i risultati conseguiti da Guicciardi e li trasporta nella struttura dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990 e negli esiti della sua ricerca sul tema degli accordi di diritto pubblico <sup>77</sup>. Dal momento che l'art. 11 ammette che la negoziazione sui pubblici poteri abbia la struttura dell'accordo, anche la transazione può teoricamente rientrare in questo istituto. Greco spiega che, però, una transazione può dirsi di diritto pubblico solo se e quando incide direttamente con effetto dispositivo su di un rapporto di diritto pubblico. Quando invece implica solo la conservazione di un atto già emanato, dietro la corresponsione di una somma di denaro, non

---

<sup>75</sup> GUICCIARDI 1936, 70-133 e ss.

<sup>76</sup> GRECO 2005.

<sup>77</sup> Da ultimo, cfr. GRECO 2002

produce come conseguenza l'esercizio di poteri pubblici funzionali, ma solo prestazioni comunemente deducibili in un contratto di diritto privato. Pertanto, essa deve ascrivere alla categoria della transazione di diritto privato.

Tuttavia, dal momento che la disciplina prevista dall'ordinamento per gli accordi di diritto pubblico reca con sé la necessaria applicazione del regime pubblicistico tipico che si accompagna a ciascun potere amministrativo e dal momento che, secondo lo stesso Greco, il rilievo del diritto privato è tendenzialmente circoscritto a quei soli profili lasciati liberi dalla disciplina pubblicistica del potere, la transazione di diritto pubblico è sottoposta, di necessità, al regime ed ai corrispondenti limiti che connotano il potere pubblico concretamente esercitato. In definitiva, l'accostamento della (vera) transazione pubblicistica all'art. 11, non rinvenendosi neppure una disposizione come quella invece presente nella legge del procedimento tedesco sulla transazione <sup>78</sup>, fa sì che la transazione medesima debba ad osservare proprio quel principio di legalità e di tassatività della funzione che la dottrina risalente aveva identificato come limite assoluto alla transigibilità.

Sintetizzando il pensiero dell'autore, ricordiamo che, a suo parere, deve distinguersi tra causa dell'accordo e causa del potere pubblico che viene esercitato dalla P.A.. Mentre la causa dell'accordo può dirsi quella transattiva, così come transattiva è la causa del comune contratto privatistico, la causa del potere esercitato dall'amministrazione coincide con l'interesse pubblico (*generale*, aggiungerei con Guicciardi) primario e tipico di quel potere secondo la sua disciplina di legge. Gli interessi pubblici secondari agiscono invece solo in termini di bilanciamento dell'interesse pubblico primario nell'esercizio della discrezionalità, e tra essi si annovera *anche* la finalità transattiva.

Ne derivano una serie di conseguenze:

i) il principio di tipicità resiste ancora come limite alla transazione, pronto a manifestarsi anche nella forma dello sviamento di potere dalla causa tipica e dall'interesse pubblico primario;

ii) si esprimono dubbi circa l'ammissibilità della transazione mista, di cui al comma 2 dell'art. 1965 c.c., perché l'interesse pubblico primario che connota un certo potere non dovrebbe poter giustificare l'esercizio di un potere del tutto diverso quanto a funzione e fonte legale; e tale diverso potere dovrebbe, a sua volta, avere sempre una giustificazione propria, coerente col rispettivo regime pubblicistico;

iii) quando la transazione debba intervenire su di un provvedimento amministrativo già emanato, si tende a ricercare ed a risolvere la causa in quella tipica dell'atto di secondo grado (revoca, riforma, conferma);

iv) si lascia tendenzialmente pochissimo spazio all'applicazione delle norme del c.c., ivi comprese quelle dell'art. 1969 sull'errore di diritto e dell'art. 1976 sulla transazione novativa;

---

<sup>78</sup> V. il par. 55 della legge tedesca sul procedimento amministrativo del 25 maggio 1976, che Greco commenta esplicitamente nel suo scritto.

v) si dubita dell'applicazione della transazione *ex art. 11* sui poteri che non siano discrezionali in senso proprio, in quanto l'art. 11 non riguarderebbe i poteri connotati da discrezionalità tecnica nè i poteri vincolati.

13. L'istituto dell'art. 11 è, ancor oggi, dibattuto. Inoltre, la sopravvenienza di una regola di principio com'è quella inserita nell'art. 1, comma 1 *bis* della l. n. 241 del 1990, è probabilmente ancora destinata a manifestare nel futuro la sua piena rilevanza precettiva ed è indubbio che da essa possano trarsi argomenti volti ad allargare lo spettro della transazione pubblicitica; soprattutto, si noti, a proposito del possibile allentamento del principio di tipicità e tassatività dei poteri pubblici. E ad essa si accompagna la generalizzazione degli accordi sostitutivi previsti dal medesimo art. 11, dopo la riforma dettata dalla l. n. 15 del 2005.

Tuttavia, ancora una volta appaiono davvero preziose le indicazioni di Guicciardi. In esse, opportunamente collegate a tali novità che nel frattempo hanno arricchito l'ordinamento, possiamo infatti forse trovare lo spunto per dare ancora maggior vitalità alla transazione.

Guicciardi, come detto, ha affrontato la questione dell'ammissibilità della transazione di diritto pubblico separatamente ed anticipatamente rispetto all'ulteriore problema dello strumento negoziale utilizzabile. Sicché il primo ordine di argomenti mantiene intatta la sua utilità in relazione alle figure della transazione pubblicitica con le quali l'amministrazione, anziché limitarsi a conservare gli effetti di un atto già emanato, eserciti i suoi poteri pubblici. Anzi, a ben vedere, gli argomenti utilizzati da Guicciardi, lì dove smentiscono il condizionamento esercitato dal canone di legalità e tipicità e dove valorizzano l'esigenza di evitare, nel concreto, un danno all'interesse pubblico, sembrano adattarsi in modo particolare più a quest'ultimo caso che non alla mera transazione conservativa.

L'argomento fondamentale che ricaviamo dalla costruzione del Maestro sta proprio nel superamento del vincolo dovuto al principio di legalità e tassatività del potere pubblico, allorquando deve compiersi una scelta di tipo transattivo. Come si è visto, l'amministrazione, quando si trova di fronte al pericolo che il contenzioso possa esporla ad annullamenti od anche a risarcimenti (oggi ampliati alle lesioni dell'interesse legittimo), è parte di un conflitto che impedisce di identificare l'interesse pubblico primario secondo il principio di tassatività e di stabilire con certezza quale sia la regola inderogabile e se la soluzione transattiva possa o meno disattenderla. L'amministrazione transige perché vuol realizzare il fine concreto di evitare un danno all'interesse pubblico e tale fine prevale sul piano causale (e quindi condiziona e *conforma*) l'interesse pubblico primario che è causa del potere in oggetto.

Da questa premessa, possono discendere considerazioni di notevole rilievo.

Pur condividendo la tesi (in sé ineccepibile) secondo cui il concreto interesse a transigere operi mediante la categoria (e, direi, la *valvola*)

dell'interesse secondario, dobbiamo però riconoscere che in tale finalità transattiva vive, secondo la costruzione guicciardiana, l'interesse pubblico concreto ad evitare un danno all'amministrazione. Pertanto, l'interesse secondario finisce per *connotare* la causa del potere ed anche l'interesse pubblico primario. Il che implica anche l'allontanamento del rischio di illegittimità per sviamento del potere. Insomma, vale qui, in qualche misura, il concetto di *causa concreta* che ha avuto notevoli sviluppi sul terreno civilistico e contrattuale<sup>79</sup>. E soprattutto si deve ammettere che tutto questo apra una breccia nel principio di legalità e tassatività rigidamente inteso.

Del resto, una volta che si condivida che l'interesse pubblico concreto che anima la transazione venga a connotare la causa del potere che, a titolo transattivo, l'amministrazione si determini ad esercitare, siamo al cospetto di un modello che ben si presta a coniugarsi con altrettante prerogative dell'amministrazione moderna. Potremo dire, ad esempio, che la logica del *risultato* come modello ispiratore dell'amministrazione è coerente con questo rilievo dell'interesse pubblico concreto. E potremo altresì osservare che, dovendo comunque riconoscere l'esigenza di un bilanciamento che salvaguardi la cornice della legalità in relazione all'interesse primario ed alla disciplina tipica del potere pubblico che si eserciti nella transazione, soccorre il canone della *proporzionalità* quale guida dell'attività amministrativa.

Tali considerazioni, peraltro, inducono a maggiori aperture circa la configurabilità di una transazione mista.

L'amministrazione deve poter perseguire l'interesse pubblico concreto e l'interesse pubblico ad evitare un danno a se stessa (ed ai consociati) anche mediante l'esercizio di poteri aventi natura diversa da quelli sui quali fosse insorto il conflitto. Si tratterà, di volta in volta, di accertare i limiti di compatibilità con la disciplina del nuovo potere e di fare i conti con i margini di elasticità che una tale disciplina presenta (così come, in fondo, mi sembra che lo stesso Greco ammetta nel suo ragionamento, lì dove si riferisce al bilanciamento con le serie degli interessi secondari).

La realtà concreta fornisce degli esempi che potrebbero esser d'aiuto. Pensiamo al caso di una amministrazione che si sia accordata con un privato per attuare un piano di trasformazione urbanistico-territoriale di un'importante parte del suo territorio ed insorgano sopravvenienze che mettano in crisi questo rapporto e la sua attuazione. Piuttosto che accettare l'idea di un lungo (e tendenzialmente definitivo) arresto del progetto, ben potrebbe l'amministrazione prendere in considerazione soluzioni che non solo vengano a modificare i contenuti del programma (sulle volumetrie, sulle destinazioni, sugli assetti), ma che introducano anche l'esercizio di nuovi poteri rispetto a quelli dedotti nell'originario accordo (che riguardino, ad esempio, la gestione o destinazione di alcuni beni demaniali e la sopravvivenza di determinate

---

<sup>79</sup> I rapporti tra le elaborazioni civilistiche sulla causa concreta e la dinamica del risultato e la sua influenza sul principio di tipicità della funzione pubblica appaiono così come un terreno di ricerca decisamente fecondo.

concessioni, che incidano sulle modalità di sviluppo delle opere di bonifica e forse persino che diano al privato, nel contesto dell'accordo, una utilità contrattuale che, estrapolata da tale contesto, sarebbe sottoposta ad una procedura competitiva)<sup>80</sup>.

Anche la pertinenza della disciplina del codice civile andrebbe commisurata, di volta in volta, all'interesse pubblico concreto e questo potrebbe schiudere ulteriori spazi applicativi.

Infine, la transazione di diritto pubblico deve poter svolgersi e coinvolgere poteri recanti discrezionalità tecnica e poteri vincolati.

In primo luogo, ci pare confutabile l'opinione che l'art. 11 possa applicarsi solo ai poteri discrezionali puri, in nome di una interpretazione strettamente letterale della disposizione<sup>81</sup>. La questione di fondo sta nel rimarcare che sia la discrezionalità tecnica sia l'attività vincolata manifestano sovente, nei fatti, un alto grado di opinabilità. Un'opinabilità che nel primo caso discende dai concetti giuridici indeterminati e nel secondo caso attiene alla definizione dei presupposti di fatto per l'esercizio del potere<sup>82</sup>. Del resto, la linea di separazione tra discrezionalità pura, da un lato, e discrezionalità tecnica, dall'altro, così come quella tra l'una e l'altra, rispettivamente, e l'attività vincolata, è così sottile che si rischierebbe di confinare l'art. 11 entro un ambito davvero molto ristretto. L'interpretazione teleologica deve poter prevalere qui su quella testuale.

In secondo luogo, anche a voler prescindere dal dibattito sull'art. 11, sono ancora una volta i risultati raggiunti a suo tempo da Guicciardi che, in una con la critica al canone di legalità e tipicità dei poteri, proiettano sicuramente la funzione transattiva oltre il campo della discrezionalità pura.

Inoltre, posto che l'esigenza di curare l'interesse pubblico concreto può ben modificare la portata dell'interesse pubblico generale, v'è necessità di

---

<sup>80</sup> A quest'ultimo proposito, si rinvia alle considerazioni fatte nel paragrafo che segue il presente.

<sup>81</sup> Su questo punto, anche per un resoconto delle altre opinioni, cfr. GRECO 2003. Nel senso che solo la discrezionalità in senso stretto possa essere oggetto dell'art. 11 e che solo essa, parimenti, possa venire in gioco in una transazione di diritto pubblico VINTI 2007, il quale ne trae argomento per sostenere che nel settore delle controversie relative ai procedimenti di gara non vi sarebbe vera e propria discrezionalità e che, pertanto, non vi sarebbe spazio per soluzioni né transattive né conciliative.

<sup>82</sup> Sottopone a critica l'opinione dottrinale secondo cui l'art. 11 non applica né ai casi di discrezionalità tecnica né ai casi di attività vincolata SCIULLO 2007. Egli, dopo avere esplicitamente ammesso l'applicazione dell'art. 11 al caso della discrezionalità tecnica, quanto al potere vincolato, osserva che l'accordo può sempre intervenire, anche quando non sussiste discrezionalità sul *quid*, sui profili residui di discrezionalità relativi al *quomodo* ed al *quando*. Sennonché può osservarsi questo approccio basta già ad ammettere che l'accordo viene ammesso e che regola un potere di tal fatta nella sua interezza, anche per la parte che inerisce al *quid*. Il discorso potrebbe ampliarsi e toccare alcune fattispecie legislative recenti, che indubbiamente prevedono casi di discrezionalità tecnica e/o poteri vincolati, nelle quali è ammessa o esplicitamente la transazione ovvero un tipo di accordo che, quale che sia il rapporto con l'art. 11, implica una vera e propria negoziazione del potere: per il primo caso v. la c.d. transazione globale in materia ambientale prevista dall'art. 2 del d.l. n. 208 del 2008, conv. in l. 27 febbraio 2009, n. 13; per il secondo v. l'accordo per l'assunzione di impegni volti alla chiusura anticipata dei procedimenti sanzionatori antitrust ex art. 14 *ter* della l. n. 287 del 1990, introdotto dal d.l. n. 223 del 2006.

esternare ampiamente, a livello di evidenza pubblica interna, prima, e di motivazione dell'atto, poi, la finalità transattiva. La massima trasparenza è una preconditione per la tenuta di tutto il ragionamento.

Da ciò discende che, quando la transazione comporta il ritiro di un atto già emanato, la causa non è esclusivamente quella del negozio di secondo grado, bensì è la causa transattiva (o, se si preferisce, la misura con cui la causa transattiva, tramite gli interessi secondari, penetra nella causa del potere esercitato). Del resto, una tale affermazione pare già, in sé, compatibile con la consapevole genericità che l'ordinamento affida alla causa che qualifica i poteri di ritiro, calibrati sull'interesse pubblico attuale e concreto. Recuperando alcune espressioni dalla civilistica tradizionale, potremmo, almeno a fini descrittivi per il momento, parlare di causa generica costante e di causa specifica variabile: quella generica e costante risponde all'autotutela decisoria quale generale potere dell'amministrazione; quella specifica e variabile può ben consistere nella finalità transattiva.

Si potrebbe obiettare a tali aperture che l'art. 11 non consente tutto questo e che non è prevista nell'ordinamento italiano la transazione di diritto pubblico, così come invece accade nell'ordinamento tedesco.

Ma, se così fosse (e comunque ne dubito), non per questo dovremmo obliterare la funzione transattiva e la sua fondatezza ed attualità, lì dove vuol ancorare i poteri della P.A. alla cura dell'interesse pubblico concreto. Insomma, avremmo solo un problema di tipo strutturale, legato all'inutilizzabilità dell'art. 11 ai nostri scopi, ma non anche un limite assiologico alla transazione. Sicché dovremmo solo andare alla ricerca, come già ha fatto a suo tempo Guicciardi, dello strumento da utilizzare per dar spazio alla funzione transattiva.

14. Per poter affermare, in concreto, la transazione nei rapporti pubblicistici, potremmo però ancora trovare altri ostacoli lungo la strada.

In primo luogo, si deve menzionare un atteggiamento della giurisprudenza che, quantomeno in apparenza, si mostra piuttosto ostile alla transazione nel campo dei poteri funzionali.

Esso esprime anzitutto il principio per cui la conclusione di una transazione non può comportare alcuna rinuncia ai poteri di autotutela, evincendone così una sorta di limitazione alla stabilità dell'assetto di interessi che si vorrebbe definire a titolo transattivo. Se la transazione coinvolge rapporti di diritto pubblico, un tale assetto è sempre rivedibile sotto il profilo dell'autotutela, si osserva, e se ne inferisce direttamente una sorta di sua pregiudiziale inammissibilità. Poi, si aggiunge che la transazione non può superare ed assorbire la disciplina sull'evidenza pubblica esterna e sulla necessaria celebrazione di un confronto competitivo quando esso sia richiesto dalla legge; non basterebbe a questo fine trarre argomento dalla "semplice esistenza della lite"; in breve, la transazione di diritto pubblico non potrebbe introdurre implicite deroghe alla normativa sui procedimenti di gara per la

scelta dei contraenti. Infine, si afferma, pur se in un contesto peculiare, che la transazione stipulata dalla P.A. in materia di situazioni giuridiche indisponibili, tra le quali si annovera l'interesse legittimo, è nulla <sup>83</sup>.

Partendo da quest'ultima affermazione, possiamo obiettare che essa è da circoscrivere al particolare contesto ed alle altre limitazioni riferite al caso di specie, poiché la natura disponibile dell'interesse legittimo è un risultato da tempo acquisito e che non può essere più posto in discussione.

Quanto alla irrinunciabilità dell'autotutela ed all'instabilità dell'assetto transattivo, non possiamo inferirne una sorta di ostacolo di massima alla stessa ammissibilità della transazione nei rapporti di diritto pubblico. Infatti, certamente la P.A. non rinuncia al potere di autotutela quando, nel transigere, vi inserisca un atto di esercizio di potere pubblico. Un tale potere rimane soggetto alle regole della autotutela decisoria; così, ad esempio, per quel che attiene, nel caso della revoca *ex art. 21 quinquies* l. n. 241 del 1990, all'applicazione dell'indennizzo. Pertanto, non è che la presenza dell'autotutela sia in sé un ostacolo alla transazione di diritto pubblico ed alla stessa transazione mista. La transazione sarà conclusa e produrrà (e/o conterrà) l'esercizio di poteri pubblici. Gli atti che sono emanazione di tali poteri, ancorché inseriti nel contesto della transazione, resteranno sottoposti all'autotutela, sia che si ritenga di ricondurla al recesso previsto dall'art. 11 sia che si preferisca darle una configurazione autonoma. Piuttosto, il fatto che il potere sia dedotto nella transazione potrà fondare e rafforzare l'affidamento del privato. Se pure tale affidamento non diventa così automaticamente un limite oggettivo ed assoluto alla legittimità della autotutela (perché altrimenti torneremmo alla questione della rinuncia all'autotutela stessa), costituisce pur sempre un (rilevante) limite all'esercizio della discrezionalità strumentale alla facoltà di ritiro <sup>84</sup>. Sicché il terzo potrà sempre tentare di difendere la sua posizione fondata nella transazione ed il relativo affidamento, mediante gli strumenti ordinari di tutela giurisdizionale.

Inoltre, deve osservarsi che né questa sentenza, né altre che ai suoi principi pure si riportano esplicitamente <sup>85</sup>, giungono ad affermare perentoriamente che una transazione conclusa *ex art. 11* non possa determinare una deroga ragionevole e misurata (o, se si preferisce, una sorta di "correzione") alle procedure ordinarie per la scelta del contraente. In particolare, tra le righe della sentenza della sezione VI, sembra rilevare una considerazione negativa verso la concreta determinazione transattiva specie perché il privato qui aveva assunto sin da principio una posizione iniziale *contra jus*, di vera e propria illegalità <sup>86</sup>. Ed analogamente è accaduto in altri casi

---

<sup>83</sup> Per tali principi, si veda Cons. Stato, sez. VI, 2 agosto 2004, n. 5365, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>84</sup> Sulla ulteriore analisi circa un ruolo del principio di affidamento che sia direttamente condizionante la legittimità del provvedimento, cfr. TRIMARCHI BANFI 2005, in part. 860 e ss.

<sup>85</sup> T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 22 dicembre 2008, n. 2929, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>86</sup> Il privato aveva inizialmente occupato abusivamente un suolo demaniale, poi affidatogli in sede transattiva. Infatti, il Consiglio di Stato n. 5365 del 2004 cit., ha osservato che la PA avrebbe potuto

giurisprudenziali, nei quali il principio di fondo affermato è (solo) quello per cui la PA non può, grazie alla qualificazione di un accordo come transazione, derogare “liberamente” all’obbligo di gara; ma non anche quello di una assoluta rigidità nel perfezionamento di una transazione pubblicistica in relazione alle norme sulle gare pubbliche <sup>87</sup>. Del resto, se la transazione è coerente con i suoi presupposti, avremo che quel vantaggio contrattuale (riconosciuto al privato insieme a tutte le altre *reciproche concessioni*) che potrebbe altrimenti, se preso da solo, essere oggetto di un qualche procedimento competitivo, non può che esser valutato nel contesto più ampio di cura dell’interesse pubblico concreto: il tipo di accordo che l’amministrazione va a concludere avrebbe, insomma, una portata più ampia e quel dato contraente ben potrebbe dirsi non sostituibile da qualsiasi altro soggetto selezionabile mediante gara, riportandoci così sul terreno (antico) oggi disciplinato dall’art. 57 del codice dei contratti pubblici (che ammette, nei casi eccezionali di unicità e non sostituibilità del contraente, l’affidamento diretto). Anzi, se si guarda all’accordo complessivo ed alla sua utilità per l’amministrazione, potremmo trovarci a dire che una gara non sia, in sé e per sé, neppure celebrabile.

Un ulteriore (e molto serio) ostacolo alla transazione, sia nei rapporti di diritto pubblico sia nei rapporti di diritto privato dell’amministrazione, è il timore di iniziative promuovibili dalla Corte dei conti in sede di responsabilità contabile. Che questo timore agisca da freno è convinzione comune e condivisa <sup>88</sup>.

In verità, i requisiti della responsabilità amministrativa e soprattutto, tra di essi, la necessità che sia raggiunta la soglia della colpa grave, dovrebbero servire ad evitare questo effetto disincentivante. Inoltre, le valutazioni che presiedono ad una transazione e che, in termini più generali, possono rilevare nel campo delle procedure di ADR, attengono sovente al merito amministrativo; sicché dovrebbe poter operare la limitazione che la dottrina e la stessa giurisprudenza contabile ritengono opponibile nel giudizio di responsabilità e nei confronti del corrispondente sindacato del giudice contabile.

Nonostante questi dati, però, il problema nei fatti permane.

Per un verso, pensare a forme di esenzione, come quelle previste nel campo del processo sul lavoro pubblico, appare eccessivo e persino rischioso, perché potrebbe aprire una breccia fin troppo consistente nel velo della responsabilità amministrativa. Per altro verso, può auspicarsi che le iniziative della Corte dei conti possano essere non solo opportunamente caute quando si

---

liberare il suo fondo con l’ordinario esercizio dei poteri di autotutela esecutiva. Il che è quanto dire che qui la PA era (o doveva) esser consapevole della legittimità e fondatezza della sua pretesa da principio.

<sup>87</sup> Il T.A.R. Puglia testé citato riguardava un caso in cui si era affidato transattivamente ad un progettista il compito di revisionare un precedente suo progetto, il quale però conteneva errori e manchevolezze, prevedendo che nel compenso complessivo (ancora peraltro tutto da pagare, compresa la quota riferibile al lavoro iniziale) si potesse tener conto della sostanziale gratuità del lavoro di correzione. Anche qui si partiva da una posizione antigiusdica del privato e da una fondatezza assoluta della pretesa della P.A.

<sup>88</sup> GIOVANNINI M. 2007, 211 e ss.

tratta di “perseguire” una scelta transattiva, ma anche attive nel vigilare le immotivate e palesemente errate rinunzie a coltivare la possibilità di una soluzione transattiva che le amministrazioni avessero a manifestare.

15. Conclusivamente, possiamo formulare alcune notazioni sulla transazione alla luce dei piani di indagine che abbiamo delineato in precedenza (*supra* sub 10).

La transazione sui rapporti di diritto pubblico, pur se nel rispetto di alcuni limiti derivanti dalla disciplina di legge, è ammissibile nell’ordinamento italiano anche quando incide con effetto costitutivo, modificativo o estintivo sui poteri pubblici, non solo discrezionali, ma anche vincolati e caratterizzati dall’esercizio di discrezionalità tecnica. Una tale disponibilità intuitivamente è gravida di conseguenze (potenziali ed attuali) anche per l’intero fenomeno delle ADR. Questo, va detto, nonostante agiscano, a livello teorico-pratico alcuni disincentivi e ostacoli dei quali è necessario tener conto.

Se poi spostiamo l’attenzione del soggetto-amministrazione al soggetto privato e se guardiamo al principio generale di effettività della tutela e riconosciamo che esso possa essere non solo un freno ma prima ancora un fattore propulsivo delle ADR, potremo fare un passo ulteriore a conforto delle considerazioni testé svolte. Infatti la transazione, specie per quel che attiene alla sua ammissibilità al confronto degli ostacoli derivanti dal principio di legalità, si salda col tema delle ADR divenendone una sorta di nucleo fondamentale. Sicché possiamo dal principio di effettività trarre argomento per sostenere le predette aperture all’afferinarsi della transazione nel diritto pubblico.

Infine, valutando la terza chiave di lettura, riscontriamo che la transazione è strumento utile all’amministrazione per ponderare l’insieme degli interessi emergenti nella singola fattispecie; per ricercare la composizione della lite sul terreno dell’interesse pubblico concreto, guardando al *risultato* ed alla pienezza delle valutazioni di merito.

16. Si passa adesso alla conciliazione nelle controversie della P.A., nelle due vesti della conciliazione facilitativa o valutativa (altrimenti detta, in questo secondo caso, *mediazione*).

In un’iniziativa legislativa rimasta a livello di lavori preparatori era stato previsto l’esplicito inserimento di una forma di conciliazione facilitativa per le liti dell’amministrazione <sup>89</sup>. Essa non ha avuto però sbocco. Nel nostro discorso si terrà allora presente soprattutto la conciliazione valutativa o mediazione, che postula l’enunciazione da parte del terzo, all’esito di un procedimento in contraddittorio, di una proposta non vincolante per la soluzione e/o composizione della lite (*supra* sub 4 e 5). E si terrà presente non solo il caso delle controversie di diritto privato, ma anche (e soprattutto) quello delle controversie inerenti a rapporti di diritto pubblico.

---

<sup>89</sup> Cfr. GIOVANNINI M. 2007, che riporta il contenuto dell’art. 1, comma 2, d.d.l. 5492/C.

Domandiamoci anzitutto se la mediazione si addice all'amministrazione come parte del conflitto ed in particolare all'amministrazione che si presenti munita dei suoi poteri pubblici e discrezionali.

La risposta sul piano assiologico è positiva.

Chi segue un approccio filosofico a questo tema ha avuto modo di sottolineare che la mediazione tenta soprattutto di conciliare e comporre gli interessi sostanziali delle parti, senza mirare necessariamente a stabilire chi abbia ragione e chi torto; guarda, insomma, più al piano degli interessi sostanziali che non a quello dei diritti <sup>90</sup>. La mediazione considera il conflitto come un fatto fisiologico e non patologico; tende a comporre ed a trovare una sintesi degli interessi e non a dirimere la contrapposizione riconoscendo all'una parte un diritto e negandolo all'altra.

Ebbene, questo approccio dimostra che la mediazione si addice alle esigenze dell'amministrazione. Consente di valutare il piano degli interessi e di ponderarne la complessità, di bilanciarli, di cercare nella sintesi l'interesse pubblico che l'amministrazione deve realizzare. Ancor più che il privato, l'amministrazione è infatti costretta a muoversi in una realtà complessa quando deve identificare l'interesse da tutelare. Si ricordino quelle analisi dottrinali le quali hanno rilevato che le norme che disciplinano l'attività amministrativa non predispongono la regola per la soluzione immediata del conflitto, bensì solo un criterio ed un indirizzo per l'attuazione successiva della tutela e la composizione posteriore del conflitto <sup>91</sup>. Questa postergazione rende allora ancor più prezioso un procedimento conciliativo, nel quale l'amministrazione potrà valutare l'interesse da realizzare in funzione della conflitto e viceversa. E' altresì pertinente riallacciarsi al dibattito generale sulla crisi del principio di legalità: un'amministrazione che deve ormai, in sede operativa, concorrere a determinare la propria regola di azione <sup>92</sup>, a trovare il punto di sutura tra legalità formale e sostanziale <sup>93</sup>, ad orientarsi nel reticolo dei principi che guidano la sua scelta concreta <sup>94</sup>, quando si trovi di fronte ad un conflitto, può trarre giovamento da un confronto che l'aiuti nella valutazione della migliore soluzione per la cura dell'interesse pubblico. Si addice, quindi, il procedimento di mediazione alla prospettiva del *risultato*, già più volte evocata in questo scritto.

Il procedimento di mediazione, infine, favorisce l'analisi dei profili di legittimità insieme a quelli di merito e garantisce così un più stabile raccordo tra il momento dell'evidenza pubblica interna e quello della soluzione esterna (e transattiva) del conflitto. Per non dire, più semplicemente, che la conciliazione favorisce anche un recupero, in fase di conflitto, del contatto procedimentale e, con esso, pone le premesse per uno sviluppo della vicenda sotto il segno dell'art. 11 della l. n. 241 del 1990.

---

<sup>90</sup> Cfr. COSI 2008.

<sup>91</sup> Cfr. MANGANARO 2000; ID. 2007.

<sup>92</sup> Cfr. MERUSI 2008.

<sup>93</sup> Cfr. ROMANO TASSONE 2006.

<sup>94</sup> Cfr. MORBIDELLI 2008.

17. I principi desumibili dal diritto comunitario, parimenti, depongono a favore della mediazione anche nei confronti della P.A. ed offrono, come si è visto, una cornice di massima procedimentale per l'orientamento dell'interprete (*supra* sub 4 e 5).

In particolare, il principio comunitario di effettività della tutela giurisdizionale del cittadino verso l'amministrazione, che ha così profondamente contribuito a riassetare il processo amministrativo a vantaggio della protezione del privato ricorrente, come si è già detto, sospinge le ADR. Infatti, sul piano *individuale*, esse forniscono al privato un completamento della gamma di possibilità di cui già dispone per la sua tutela nel processo ed una strada aggiuntiva per la composizione operativa degli interessi in gioco; e, sul piano *sistemico*, favoriscono la deflazione del processo e quindi una maggiore efficienza complessiva della tutela giurisdizionale.

Queste considerazioni trovano un riscontro anche a livello costituzionale interno.

Il principio di effettività ha base negli artt. 24 e 113 Cost. ed esso, insieme al principio di ragionevole durata del processo *ex* art. 111 Cost., esprime una tensione decisamente favorevole allo sviluppo della conciliazione verso la P.A. nella duplice ricordata prospettiva: individuale e sistemica.

La Corte è giunta persino ad affermare, grazie al comb. disp. degli artt. 24 e 111, che il diritto di difesa è anche comprensivo del diritto a non essere chiamato inutilmente in giudizio <sup>95</sup>. La ragionevole durata può dunque persino combinarsi col diritto di difesa.

Quanto alla funzione di limite all'espansione della conciliazione, la Corte costituzionale ha costruito un'articolata serie di regole, che gravitano intorno ad principio generale: secondo tale principio l'art. 24 (e l'art. 113) della Cost., laddove tutela il diritto di azione, non comporta l'assoluta immediatezza del suo esperimento; sicché la legge può imporre oneri preliminari (come lo svolgimento della conciliazione, se del caso costruita come condizione di procedibilità) purché siano finalizzati a salvaguardare *interessi generali*.

Così, la Corte ha talvolta riconosciuto la compatibilità costituzionale di alcune forme di conciliazione obbligatoria <sup>96</sup> e dichiarato invece illegittime alcune forme di reclamo preliminare che non soltanto davano luogo ad una condizione di procedibilità ma che, addirittura, dovendo esser promosse sotto pena di decadenza, comportavano anche il rischio dell'estinzione del diritto di azione per mancato tempestivo esperimento del ricorso preliminare <sup>97</sup>.

Questa premessa ci consente di ritenere che forse non vi sia neppure bisogno dell'affermazione positiva ed esplicita nell'ordinamento di un principio di ammissibilità della conciliazione-mediazione nei confronti della

---

<sup>95</sup> Corte cost., ord. 15 luglio 2003, n. 251.

<sup>96</sup> Cfr. Corte cost. sent. 13 luglio 2000, n. 276, a proposito della conciliazione nel processo del lavoro.

<sup>97</sup> Cfr. Corte cost. sent. 27 luglio 1994, n. 360.

P.A., sul quale pure la dottrina si è interrogata <sup>98</sup>. Pur nella consapevolezza dei problemi più specifici di cui adesso si farà cenno, possiamo dire che un tale principio di massima sia immanente nell'ordinamento. Questa considerazione segue quella valutazione di compatibilità della mediazione che si è testé esposta, sia a livello assiologico che di principio, e comunitario e costituzionale.

18. Venendo ad un'analisi più dettagliata, la conciliazione è considerata come un istituto *binario*, composto da un procedimento e da un'ipotetica soluzione conciliativa, la quale, si suol dire, può consistere in una transazione, in una rinuncia (totale o parziale) alla propria pretesa o nel riconoscimento (totale o parziale) dell'altrui pretesa. La genesi procedimentale è preordinata alla eventuale composizione del conflitto. Tradizionalmente, si riconosce alla conciliazione natura negoziale perché si pone l'accento sul secondo polo del fenomeno, ma il procedimento è ovviamente un requisito strutturale ed essenziale della fattispecie <sup>99</sup>.

Non sono tuttavia mancate costruzioni alternative, le quali hanno spostato il fulcro dell'istituto dalle parti del conflitto al terzo e rimarcato il ruolo del mediatore-conciliatore, o affermando una "potestà giurisdizionale conciliativa" o ravvisando nell'istituto essenzialmente un caso di "decisione del terzo resa operante dall'accettazione delle parti" <sup>100</sup>.

Queste varianti ricostruttive della mediazione ci suggeriscono un interrogativo di massima, circa l'ammissibilità della conciliazione per le controversie della P.A. Potrebbero infatti esser sollevati per essa gli stessi ostacoli che tradizionalmente sono stati opposti alla ammissibilità dell'arbitrato irrituale <sup>101</sup>. Chi ha negato l'accesso dell'amministrazione all'arbitrato irrituale ha utilizzato due principali argomenti: il primo fa leva sulla considerazione che ad essa non è concesso di delegare a terzi in bianco la formazione della propria volontà negoziale; il secondo attinge alla considerazione che un nuovo assetto contrattuale per l'amministrazione non potrebbe esser reso vincolante senza il necessario rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica, mancando altrimenti persino la possibilità di predeterminare le linee di contenuto del regolamento contrattuale cui vuole accedere.

In sostanza, dato che il mediatore formula una proposta sulla quale potrebbe formarsi la volontà finale e negoziale delle parti, potrebbe teoricamente anche assumersi che per questa via la P.A. finisca per accettare l'altrui volontà senza poter seguire le proprie tipiche e vincolanti procedure decisionali.

---

<sup>98</sup> Cfr. GIOVANNINI M. 2008, il quale constata che, sino ad oggi, è mancata a livello di diritto positivo l'affermazione di un principio generale che ammetta la conciliazione nei confronti della P.A..

<sup>99</sup> Cfr. ROSSI 1988; PUNZI 2000.

<sup>100</sup> Ampi riferimenti in ROSSI cit.

<sup>101</sup> Cfr. ACQUARONE-MIGNONE 1987, 368; CAIA 1999; ID. 1989. Ampi richiami a questo dibattito in DELSIGNORE 2007, 74 e ss.

Queste obiezioni, legate in modo particolare alla tradizionale concezione dell'arbitrato irrituale quale transazione in bianco con oggetto rimesso alla decisione di arbitratore *ex art.* 1349 c.c., sono state confutate in maniera convincente; non soltanto sul piano della natura propria dell'arbitrato irrituale, sicuramente più vicina alla funzione arbitrale rituale e quindi a quella giurisdizionale che non a quella transattiva <sup>102</sup>; ma anche sul piano del rispetto delle procedure di evidenza pubblica, le quali sono state osservate prima che il rapporto contrattuale originario entrasse in crisi (in relazione al contratto sul quale fosse insorta la lite) e generasse così un conflitto e sono parimenti state osservate prima di dare avvio all'arbitrato irrituale (in relazione alla decisione di avviare l'arbitrato irrituale) <sup>103</sup>.

Nel caso della mediazione le obiezioni mosse all'arbitrato irrituale sarebbero ancor meno consistenti.

Anche a voler dar credito alle impostazioni che esaltano il ruolo propositivo del mediatore, resta il fatto che la sua proposta non è vincolante. Sicché l'amministrazione alla conclusione del procedimento conciliativo conserva ancora intatto il potere di manifestare la propria volontà negoziale. Inoltre, una tale manifestazione ben può esser resa alla conclusione di un parallelo procedimento di evidenza pubblica interna, che si verrebbe a svolgere di pari passo col procedimento di conciliazione. L'amministrazione, nei suoi uffici competenti, avrebbe così minutamente seguito ed in qualche modo anche orientato l'opera del mediatore ed infine approvato la scelta finale prima di esprimere il suo consenso.

Quindi, la conciliazione è ammissibile nei rapporti di diritto privato e non occorre una legge che lo preveda in modo specifico <sup>104</sup>, anche se ovviamente l'amministrazione potrà avvalersi di tutte le forme di conciliazione amministrata già disciplinate dal legislatore (*supra* sub 9). La clausola che impegna le parti alla conciliazione potrà essere inserita nel contratto originario, predisposto unilateralmente dall'amministrazione e posto a base del bando di gara. Anzi vi sono recenti esperienze, come quella fatta nella Regione Emilia Romagna, che testimoniano proprio una crescita di questo tipo di clausole <sup>105</sup>. Quando l'amministrazione non intraprenda la conciliazione alla quale si è contrattualmente impegnata, ne scaturisce un inadempimento contrattuale ed una eventuale responsabilità risarcitoria.

Qualche perplessità può sorgere in merito alla figura del mediatore cui affidarsi.

---

<sup>102</sup> BASSI 1999.

<sup>103</sup> GRECO 1999.

<sup>104</sup> Non opera di certo per la mediazione la riserva di legge prevista per la giurisdizione dagli artt. 101, 102 e 11 Cost. e che in dottrina è stata estesa unicamente all'arbitrato rituale: cfr. SCOCA F.G. 2002 (2).

<sup>105</sup> PARON 2008, 889, 897, a proposito delle clausole di conciliazione inserite nei modelli contrattuali approvati dalla centrale di committenza della Regione Emilia Romagna Intercent-er, nei quali è stato previsto che il compito di conciliatore venga espletato dalla Camera di commercio. A livello di indirizzo politico-istituzionale, si segnala che tale Regione ha collegato queste iniziative ad un progetto di più ampie dimensioni volto a promuovere la semplificazione dell'attività amministrativa.

Certamente non occorre, come si diceva, che vi sia una legge che preveda espressamente la figura di un mediatore delle controversie dell'amministrazione. Tuttavia, considerate le interazioni col procedimento amministrativo interno, è quantomeno dubbio che l'amministrazione possa rivolgersi ad un mediatore privato. Tantopiù che nel nostro sistema, anche nei riguardi delle cause tra privati, la conciliazione, quando non è endo-processuale, risulta comunque prevalentemente concepita come *amministrata*<sup>106</sup>. Sicché è preferibile e più tranquillante la soluzione secondo cui l'amministrazione si possa rivolgere ad una istituzione amministrativa che abbia una funzione compatibile con quelle del mediatore: si pensi alle Camere di commercio, nonché al difensore civico o, più in generale, ad amministrazioni aventi funzioni di vigilanza e controllo.

19. Dal momento che non elimina affatto né la volontà dell'amministrazione né il procedimento interno per la formazione di tale volontà, la mediazione deve ritenersi possibile, su base consensuale, anche per le controversie relative ai rapporti di diritto pubblico.

Valgono in proposito, le considerazioni di principio fatte in precedenza (*supra* sub 16 e 17). Così come valgono, come parametro di riferimento, i principi esposti nelle due raccomandazioni del 1998 e del 2001 (*supra* sub 4).

Il breve termine di decadenza per adire il giudice può essere un fattore disincentivante, però non può escludersi una fase conciliativa che prosegua anche nella pendenza del giudizio, né può escludersi che la controversia sia insorta in un contesto nel quale l'atto non sia ancora direttamente lesivo (come ad esempio nel caso del bando di gara).

In questo caso il procedimento che si svolge davanti al mediatore si accompagnerà nei fatti al procedimento interno all'amministrazione e potranno ammettersi anche forme di eventuale comunicazione e/o congiunzione dei due procedimenti. Basti richiamare il principio per cui il procedimento è sempre aperto all'*acquisizione* di elementi che in tal caso potrebbero proprio venire dalla sede conciliativa<sup>107</sup>. Del pari, la centralità dell'*attività* amministrativa come punto di riferimento dell'analisi giuridica dei fatti amministrativi piuttosto che non l'*atto*<sup>108</sup>, sembra avvalorare questo tipo di ricostruzione e giustificare una serie di collegamenti tra le due realtà procedurali.

Traendo spunto da una necessaria flessibilità che dovrebbe riconoscersi al rappresentante dell'amministrazione nella sede conciliativa si è parlato di una dequotazione del procedimento che sarebbe congenita allo svolgersi della mediazione<sup>109</sup>. Questa affermazione non persuade e potrebbe oltretutto generare comprensibili diffidenze sull'istituto.

---

<sup>106</sup> Cfr. CAPONI 2003.

<sup>107</sup> SANDULLI A.M. 1959.

<sup>108</sup> SCOCA F.G. 2002 (1), 75 e ss.

<sup>109</sup> GIOVANNINI M. 2007, 211.

Non è chiaro se, parlando di dequotazione del procedimento, ci si riferisca al procedimento amministrativo finalizzato all'esercizio di un potere provvedimentale ovvero al procedimento di evidenza pubblica interna che deve precedere la scelta contrattuale che, ad esempio, si sostanzia nell'accordo transattivo di diritto privato. Comunque, una tale dequotazione non si ravvisa nel nostro fenomeno. Piuttosto, se ci riferiamo all'evidenza pubblica interna, vi è quantomeno un recupero del momento procedimentale e deliberativo, perché la concreta soluzione transattiva dev'essere sottoposta al vaglio interno dell'organo chiamato ad asseverare la decisione di contrarre; se invece l'organo fosse lo stesso che ha partecipato al procedimento conciliativo, vorrebbe dire che tale ultimo procedimento avrebbe tutt'al più parzialmente assorbito, senza per questo necessariamente dequotarlo, il procedimento ordinario. Se invece pensiamo ad un procedimento amministrativo che è previsto per l'esercizio di una funzione che è oggetto del procedimento di conciliazione o che comunque potrà essere oggetto di un accordo conciliativo, sembra che un tal procedimento non debba e non possa scomparire o significativamente appannarsi. Avremo, come si diceva, l'esigenza di un raccordo tra due procedimenti che viaggeranno in parallelo, nonché una possibile congiunzione o comunicazione dell'uno con l'altro. Lungi dal parlare di dequotazione, potrebbe allora vedersi in questa vicenda un momento di valorizzazione e persino rafforzamento del procedimento.

Il parallelismo (o la convergenza) tra questi due procedimenti è in grado di produrre le conseguenze positive, sia in chiave "collaborativa" che in chiave "difensiva".

Sotto il primo profilo, infatti, la guida di un procedimento conciliativo svolto da un terzo, che sappia, con la dovuta autorevolezza, esplorare i confini del conflitto e soppesarne i possibili esiti, ben può aiutare l'amministrazione in quella ricerca che Guicciardi diceva mirata alla scoperta dell'interesse pubblico concreto. Sovente il procedimento ordinario, per quanto articolato, aperto alla necessaria partecipazione, arricchito di tutte le fasi difensive (come ad esempio, quella oggi prevista nell'art. 10 *bis* della l. n. 241 del 1990) non riesce a manifestare un vizio, una errata impostazione, una manchevolezza nell'analisi dei fatti, che viceversa provoca, *ex post*, l'annullamento dell'atto <sup>110</sup>. L'amministrazione potrebbe non aver ricevuto dal destinatario le giuste obiezioni, o perché questi non ha esercitato il diritto di partecipare, o perché pur partecipando, non è riuscito a cogliere la lacuna procedimentale o di valutazione che riguardasse il caso di specie. L'amministrazione, quindi, tenderebbe probabilmente ad andare oltre, senza poter "vedere" il vizio che ne inficia le determinazioni. Invece, il mediatore potrebbe porre l'accento proprio sul profilo, o giuridico o di mero fatto, che costituisce il fulcro del possibile conflitto (e della sua composizione) e così accrescere la consapevolezza dell'amministrazione.

---

<sup>110</sup> Giova ricordare che i casi di "sanatoria" dei vizi formali concessi dall'art. 21 *octies* della legge sul procedimento restano molto ristretti e comunque rarissimi nella interpretazione giurisprudenziale.

Tutto questo, si noti, non implica affatto una sottrazione all'amministrazione procedente delle sue competenze, perché resta fermo che è sempre essa che deve assumere le determinazioni finali del caso.

Piuttosto, l'amministrazione potrà perfezionare la propria acquisizione degli interessi e degli elementi della fattispecie e procedere di conseguenza. Vi è, in questa vicenda, un tasso di approfondimento maggiore nel procedimento ed una presenza, quella del mediatore, che sembra in linea di continuità con i valori partecipativi.

Anche i riflessi che potranno derivarne in punto di responsabilità per l'amministrazione che, nonostante l'avviso del mediatore non abbia saputo o voluto intravedere la via di soluzione di una determinata vicenda (responsabilità per illecito civile, responsabilità amministrativo-contabile, responsabilità di risultato), non sono altro che il sintomo di un grado di maggior perfezione del procedimento, di una condizione di più alta consapevolezza amministrativa, che si attua grazie alla democraticità del confronto. Non a caso, una delle caratteristiche che la conciliazione comporta, sia in altri ordinamenti (*supra*, sub 7) sia nello stesso ordinamento italiano (*supra* sub 9), è quella di far ricadere sulla parte che ha rifiutato di conciliare alcune delle conseguenze negative che derivano da un giudizio che, ascoltando l'avviso del mediatore, si sarebbe potuto evitare <sup>111</sup>.

Dal punto di vista difensivo, la puntualizzazione che proviene dal mediatore potrà esser valorizzata anche dal cittadino nei confronti dell'amministrazione procedente. Egli potrebbe infatti dedurre le circostanze o le considerazioni poste in luce durante il procedimento di mediazione nel successivo giudizio. Potrebbe il cittadino trarre vantaggio, ad esempio, dal fatto che l'analisi compiuta dal mediatore abbia finito per svelare un concreto profilo di irragionevolezza, non proporzionalità del potere, una contraddizione con regole tecniche proprie di un settore tecnologicamente avanzato, o più semplicemente un eccesso di potere per sviamento o per difetto di istruttoria; e tale profilo far valere in un'iniziativa giudiziale apposita.

Viene in gioco, a quest'ultimo proposito, un problema molto delicato, che attiene alla compatibilità di queste implicazioni processuali con il principio di *riservatezza* che dovrebbe garantire le parti durante la fase conciliativa e che potrebbe allora, teoricamente, forse persino inibire simili iniziative del privato.

Però non credo si possa giungere ad una tale valorizzazione del principio di riservatezza.

Vi sono almeno due ragioni per escluderlo. Esse, peraltro, si sommano al fatto che il detto principio, pur contraddistinguendo il modello ADR e pur essendo menzionato nelle due citate raccomandazioni (*supra* sub 2 e 4), non ha

---

<sup>111</sup> Ci si riferisca, in modo particolare, alla regola che pone le spese a carico della parte che, appunto, non ha seguito la strada proposta dal conciliatore e che sia stata poi affermata in sede giudiziale. Oltre alla conciliazione del processo societario, si veda anche il testo della delega contenuta nell'art. 60 della l. n. 69 del 2009 (*supra* sub 9)

alcuna forza precettiva, né nei confronti del legislatore né nei confronti dell'interprete.

La prima ragione sta nel fatto che il procedimento di mediazione che si aggiunge al procedimento ordinario e che (lungi dal dequotare) enfatizza i valori partecipativi, non offre tanto dei dati di fatto (documenti, notizie etc.) da rivelare nel corso di un successivo giudizio. Quel che sembra ancor più prezioso per il privato è conoscere ed apprendere di un certo modo di configurarsi del potere e di una sua non corretta conformazione rispetto all'interesse pubblico concreto. Del resto, se invece si trattasse solo di cogliere grazie al mediatore un profilo strettamente giuridico, basterebbe ricordare ed importare, in fondo, il canone *jura novit curia* in una con quello per cui la conoscenza della legge si presume.

La seconda ragione, poi, riguarda la necessità di bilanciare il principio di riservatezza con l'esigenza di riequilibrio delle posizioni della P.A. e del cittadino, riequilibrio che riassume del resto buona parte delle funzioni del procedimento stesso. Poiché l'amministrazione si pone nel contatto procedimentale come titolare del potere, è ragionevole che il privato, e nel procedimento ordinario e in quel segmento di esso che si innesta davanti al conciliatore, possa acquisire tutti gli elementi che siano utili o necessari per una posteriore difesa giudiziale. Se la fase che vede l'intervento del mediatore ha effettivamente natura procedimentale (e deve averla, perché altrimenti saremmo probabilmente al di fuori del sistema e le garanzie ordinarie sarebbero davvero messe in discussione), allora vale anche qui la logica della naturale comunicazione tra procedimento e processo. Quel che accade nel procedimento è sempre deducibile nel processo; altro discorso è ovviamente la distinzione tra merito e legittimità, perché questa attiene alla portata del sindacato e non alla facoltà di deduzione dei fatti. Utilizzando altre parole, possiamo aggiungere che è anche il canone della trasparenza e pubblicità che lo impone: l'agire dell'amministrazione è tendenzialmente pubblico ed i valori della trasparenza hanno una funzione bivalente, verso l'interessato che partecipa al procedimento, ma anche verso la collettività. Il che renderebbe gravemente distonico un blocco delle informazioni acquisite dal terzo rispetto alla proiezione processuale che egli stimolasse.

La revisione del principio di *riservatezza* costituirebbe allora una caratteristica della mediazione che opera nei confronti dell'amministrazione quale titolare di poteri pubblici e nelle relative controversie.

Le considerazioni che riguardano l'identità del mediatore fatte a proposito della conciliazione in diritto privato valgono *a fortiori* anche per le controversie di diritto pubblico.

Oltretutto, va rimarcato che in questo caso l'autorevolezza e competenza del mediatore hanno un rilievo tutto particolare. L'amministrazione potrebbe essere naturalmente restia ad intraprendere la via della conciliazione per almeno due ragioni: perché essa non è un qualsiasi soggetto giuridico e si assume già munita (nelle persone dei suoi dirigenti e

funzionari di ruolo) della competenza necessaria ad esaminare e risolvere una data questione; perché essa, ancor oggi, assume sovente una posizione di forza e di superiorità nei confronti del privato e rifiuta un procedimento che la porrebbe su un piano di sostanziale parità.

Ebbene, la figura del mediatore diventa essenziale per fronteggiare questi problemi. Basti richiamare al riguardo l'esperienza del precontenzioso e l'attenzione prestata dalle stazioni appaltanti al ruolo dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (*infra* sub 21).

Infine, è frequente la sottolineatura che le amministrazioni, in generale, sono poco propense ad attivare le clausole e le procedure conciliative. Per trovare la spinta necessaria, alcuni si sono sforzati di rinvenire una sorta di dovere generale, da collegare alla circostanza che, dovendo curare gli interessi della collettività, e sul piano politologico e sul piano strettamente giuridico, le amministrazioni sarebbero tenute ad esplorare questa strada, proprio per accertare se non sia di giovamento all'interesse collettivo, per l'appunto <sup>112</sup>. Tuttavia, sembra che non si possa andare oltre l'auspicio che le amministrazioni, a questo fine, facciano spontaneo uso dei loro poteri di predeterminazione ed autovincolo <sup>113</sup>.

Piuttosto, la strada della mediazione è forse quella più agevole per mitigare le preoccupazioni che frequentemente hanno impedito alle amministrazioni di compiere più coraggiose scelte transattive. Se e quando una data soluzione sia emotivamente e ragionevolmente proposta dal mediatore, l'amministrazione ed i suoi funzionari potrebbero vantare, nella sostanza, una maggiore "copertura" dalla responsabilità.

In dottrina si è anche proposto, per tale categoria di controversie, di convenire una conciliazione valutativa con effetto vincolante unilaterale, a carico del privato <sup>114</sup>. Così l'amministrazione, prima di rifiutare la soluzione del mediatore sarebbe tenuta a fornire una motivazione ancor più convincente, atteso che la proposta è già, di per sé, obbligatoria per il privato e la sua conclusione dipenderebbe solo dalla volontà della P.A. stessa. Un sistema, questo, che potrebbe forse favorire lo sviluppo della mediazione, ma che, costringendo il privato in una posizione di particolare debolezza, andrebbe meglio verificata sotto il profilo della sospetta vessatorietà e del contrasto col principio di buona fede oggettiva.

In conclusione, l'esame della mediazione sembra dare risultati piuttosto incoraggianti.

Avvalendosi degli spazi più sopra ritagliati alla soluzione transattiva anche nel campo delle controversie pubblicistiche, la conciliazione si verrebbe del pari ad ispirare ai principi sanciti nelle due raccomandazioni comunitarie e troverebbe fonte ispiratrice e ragionevole contrappeso nel principio di effettività della tutela.

---

<sup>112</sup> GIOVANNINI M. 2007, 199 e ss.

<sup>113</sup> Sul tema della predeterminazione in termini più generali cfr. POLICE 1997.

<sup>114</sup> GRECO 1999.

Infine, dimostrerebbe che le ADR impegnano con notevole flessibilità un campo che va ben oltre le valutazioni di stretta legittimità, sino a consentire una piena ponderazione degli interessi sostanziali, del merito e della tecnica ed a svelare compiutamente la dinamica del *risultato*.

20. L'accordo bonario, oggi disciplinato dall'art. 240 del codice dei contratti pubblici, è un significativo modello di risoluzione stragiudiziale delle controversie tipizzato dal legislatore.

Esso è ispirato da esigenze peculiari della materia dei lavori pubblici e mira essenzialmente ad assorbire in una fase precontenziosa e transattiva, e concomitante con la prosecuzione del rapporto contrattuale, le divergenze tra stazione appaltante ed esecutore di lavori sulle riserve apposte al contratto, evitando che la nascita del contenzioso possa provocare un arresto dell'intera attività costruttiva dell'opera.

Sebbene tale rimedio sia stato predisposto per le questioni di considerevole rilievo economico, si sono verificate frequenti strumentalizzazioni dell'istituto, puntualmente stigmatizzate dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici <sup>115</sup> (che hanno anche motivato un recente intervento del legislatore <sup>116</sup>): i) vien fatto ricorso al procedimento anche per pretese che sono, in verità, molto al di sotto della soglia del 10 per cento dell'importo contrattuale; ii) viene fatto abuso del procedimento di accordo bonario, invocato per rimediare asserite incompletezze progettuali, le quali dovrebbero invece essere sormontate con lo strumento della perizia di variante; iii) viene infine utilizzato come forma di recupero di eccessivi ribassi praticati in sede di gara e quindi come via per compensare oneri già previsti nella *lex specialis* <sup>117</sup>. Il tutto ha sovente creato il paradosso di fare dell'accordo bonario, anziché un istituto idoneo ad assicurare continuità all'attività di realizzazione dell'opera, un fattore di complicazione e di rallentamento della fase esecutiva, rischiando di snaturarne la missione tipica del fenomeno ADR.

Della figura dell'appalto di lavori pubblici l'accordo bonario risente comunque di una sorta di tradizionale commistione tra diritto privato e diritto pubblico.

La fase di esecuzione dell'appalto, una volta stipulato il contratto, appartiene sì al diritto privato ed è dominata dai diritti soggettivi anziché dagli interessi legittimi, ma essa è anche influenzata dall'applicazione di una disciplina speciale, com'è noto. Tale disciplina è giustificata dagli interessi pubblici che si connettono all'opera realizzanda e comportano deroghe al regime privatistico dell'appalto ed una sorta di prosecuzione della cornice amministrativistica che connota per intero la fase procedimentale. Emblematico di questo aspetto è la permanenza della figura del responsabile

---

<sup>115</sup> Deliberazione 30 maggio 2007, n. 5.

<sup>116</sup> Art. 3, comma 23, l. n. 244 del 2007, legge finanziaria per il 2008, la quale ha dettato disposizioni in merito alla responsabilità disciplinare e contabile del responsabile del procedimento ed alla estinzione del diritto al compenso della commissione in caso di mancato rispetto dei termini.

<sup>117</sup> Cfr. DE NICTOLIS 2008 (2), 3796 e ss.

del procedimento, il quale oltretutto proprio nell'accordo bonario assume un ruolo propulsivo cruciale.

Così, anche l'accordo bonario è una fattispecie che prevede un modello di conciliazione valutativa fortemente amministrata. E' un procedimento obbligatorio, condizionato da presupposti puntuali e vincolato a requisiti altrettanto dettagliati. Si comprende allora che in questo scenario, accanto alla tutela giurisdizionale dei diritti davanti al giudice ordinario o in sede arbitrale, si possa anche avere una tutela giurisdizionale amministrativa dell'interesse legittimo pretensivo a che il responsabile non resti inerte nella promozione del procedimento e nella nomina della commissione <sup>118</sup>. Si comprende altresì il perché in dottrina vi siano state divergenze circa la qualificazione della fattispecie: da alcuni ricondotta nell'alveo dell'art. 11, onde sottolinearne la dimensione pubblicistica <sup>119</sup>; e da altri invece riportata all'interno delle figure contrattuali di diritto privato <sup>120</sup>. Una qualificazione, la seconda, che ormai può dirsi quella prevalsa nel dibattito, benché essa non possa di certo obliterare la tratteggiata specialità pubblicistica del fenomeno e la natura amministrata della conciliazione.

L'art. 240 stabilisce che nei casi di maggior rilievo economico, mediante l'impulso del responsabile del procedimento, venga nominata una commissione di esperti, composta da due membri designati ciascuno dalle due parti e da un terzo nominato d'accordo tra essi o dal Presidente del Tribunale. Nei casi in cui non si procede alla costituzione della commissione le relative funzioni sono assolte dal responsabile del procedimento.

La commissione formula una proposta di accordo bonario che le parti sono libere di accettare o meno. Le parti possono anche convenire, ai sensi del comma 11, di affidare alla commissione il potere di assumere decisioni vincolanti, perfezionando così, per conto di esse, l'accordo bonario risolutivo delle riserve. Nel primo caso la fattispecie normativa dà vita ad una figura di mediazione, la quale può sfociare in un libero accordo che ha, per definizione testuale (comma 18), natura di transazione. Quando le parti conferiscono alla commissione il potere di prendere una decisione vincolante avremmo invece una figura di arbitrato irrituale <sup>121</sup>.

La figura rientra allora, secondo la definizione comune, nelle procedure di ADR.

Nel suo regime vediamo confermati i ricordati (*supra* sub 4) principi di *indipendenza* del mediatore, dato che la commissione deve fornire garanzie di competenza ed imparzialità, pena l'obbligo di astensione e la comminatoria di incompatibilità; di *contraddittorio*, assicurato ad entrambe le parti; di *efficacia*, perché non v'è l'onere di difesa formale ed è prevista la formulazione della proposta entro il termine di 90 giorni; di *legalità*; e di *libertà ed equità*.

---

<sup>118</sup> ASTONE 2007.

<sup>119</sup> STICCHI DAMIANI E. 2001.

<sup>120</sup> GRECO 2005.

<sup>121</sup> GRECO 2005.

Si può invece registrare una qualche frizione rispetto al principio di *trasparenza*, perché è stato espressamente previsto dal legislatore, all'esito di una *querelle* che ha avuto esito persino in una decisione presa dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato <sup>122</sup>, che la relazione del direttore dei lavori, che entra a far parte del materiale a disposizione della commissione, rimanga "riservata". Questa distonia, comunque, non può dar adito a sospetti di illegittimità comunitaria, né motivare un dovere di disapplicazione, per almeno due ragioni. In primo luogo, le due raccomandazioni non hanno, come detto, efficacia vincolante ed oltretutto non hanno un contenuto dettagliato, limitandosi ad enunciare delle linee guida per lo sviluppo del fenomeno. In secondo luogo, le ragioni pubblicistiche peculiari del settore in questione ed alle quali abbiamo fatto richiamo sopra, dovrebbero comunque poter giustificare questa scelta del legislatore, per la tutela di interessi generali.

Il principio di *riservatezza* infine sembra avere un riscontro nella disposizione di cui al comma 20, secondo cui "le dichiarazioni e gli atti del procedimento non sono vincolanti per le parti in caso di mancata sottoscrizione dell'accordo bonario". A ben vedere, il detto principio imporrebbe addirittura di tenere riservati i dati discussi e conosciuti nel procedimento di mediazione e quindi di non menzionarli neppure. La formula del legislatore è però diversa, perché ne esclude la vincolatività e non parla di riservatezza. E' un punto piuttosto oscuro, dato che le dichiarazioni, di per sé, non possono essere in senso proprio vincolanti, sicché il significato è probabilmente quello che mira ad impedire che da tali dichiarazioni possano in qualsiasi modo trarsi elementi od argomenti di prova nelle fasi successive. Questa interpretazione ci riporterebbe oltretutto su un terreno consono ai requisiti e presupposti delle procedure di ADR.

L'ambito delle valutazioni della commissione, ad un primo esame, parrebbe circoscritto a profili di legittimità e di stretto diritto, nel segno di un filo conduttore che comunque legherebbe l'accordo bonario all'arbitrato come modello di riferimento. Tuttavia, l'art. 240, al comma 8, richiede che i componenti la commissione abbiano una competenza *specific*a in relazione all'*oggetto* del contratto. Sicché, dal momento che sono frequenti in questa materia le questioni di carattere tecnico-progettuale-ingegneristico, sembra fisiologico che il contenuto della proposta possa abbracciare profili di opportunità e ragionevolezza tecnica e trovare quindi una linea compositiva che non si nutra esclusivamente di un ragionamento giuridico.

L'aspetto forse più rilevante ai fini della nostra indagine è costituito dal comma 22, secondo il quale le disposizioni dei commi precedenti si applicano, *in quanto compatibili*, anche ai contratti pubblici relativi a servizi e forniture nonché ai settori speciali (purché l'importo economico controverso raggiunga la detta soglia del 10 per cento).

E' questa l'ennesima testimonianza di un (pur latente) *favor* legislativo a proposito delle ADR.

---

<sup>122</sup> Cons. Stato, Ad. plen., 13 settembre 2007, n. 11, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

Il legislatore con queste sue parole sembra invero aver fatto dell'accordo bonario qualcosa di più che non un istituto tipico di una materia così peculiare come quella dei lavori pubblici, che pure gli ha dato la primogenitura. Si estende questo istituto agli altri appalti pubblici e soprattutto si precisa che una tale estensione deve avvenire entro la soglia di *compatibilità*. Il che significa che l'interprete è autorizzato ad estrapolare dall'art. 240 un modello essenziale, spogliato da tutte le previsioni di specie che siano il frutto della peculiare esperienza dei lavori pubblici, esportabile ad altre fattispecie. Questa tecnica interpretativa, a sua volta, potrebbe estendersi e riferirsi utilmente anche ad ulteriori figure di contratto, grazie alla contestuale (e sempre possibile) ispirazione da trarsi dai principi procedimentali comunitari (*supra* sub 4).

Si tratta insomma di una strada che, unita ad una valutazione d'insieme del fenomeno ADR, potrebbe ben giustificare anche l'assunzione di un modello di mediazione applicabile oltre le ipotesi di contratto pubblico testualmente richiamate nello stesso comma 22.

Queste considerazioni si aggiungono (e possono forse tracciare una linea per il futuro) alla volontà manifestata dal legislatore nell'art. 44, comma 3, lett. *m*), n. 1, della legge 7 luglio 2009, legge comunitaria per il 2008, il quale prevede di "incentivare l'accordo bonario".

21. Un altro istituto disciplinato nel codice dei contratti pubblici e che rientra nell'ambito della nostra trattazione è il c.d. precontenzioso. E' un procedimento che si svolge davanti all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, ai sensi dell'art. 6, comma 7, lett. *n*), del d. lgs. n. 163 del 2006.

Esso, diversamente dall'accordo bonario che è incentrato nella fase negoziale e privatistica del contratto di appalto pubblico, concerne la fase procedimentale e pubblicistica della gara per la selezione del contraente della stazione appaltante. Sicché riguarda potenziali controversie di diritto pubblico ed attiene a veri e propri poteri amministrativi.

L'entrata in vigore di questo istituto è stata contraddistinta da mutamenti occorsi nei lavori preparatori e da alcuni problemi dovuti alla necessaria conformità del testo alla legge delega <sup>123</sup>. Da queste "difficoltà di esordio" è derivata una sorta di ambiguità della sua natura e della sua relativa classificazione, oscillante tra le figure dell'attività (talora definita) *para-contenziosa* ed assimilata perciò in qualche misura alla funzione giurisdizionale, dell'attività *precontenziosa*, ascrivibile al *genus* della conciliazione-mediazione, e dell'attività *consultiva*.

Nel testo originario della bozza del d. lgs. si devolveva all'Autorità il compito di svolgere "su iniziativa delle parti, attività di composizione delle controversie insorte tra stazioni appaltanti ed operatori economici durante le procedure di gara, in tempi ristretti e comunque non superiori a venti giorni".

---

<sup>123</sup> Su cui SCOCA S.S. 2008.

L'impostazione era così dichiaratamente propensa ad attribuire all'istituto una funzione conciliativa e precontenziosa.

Nel suo parere alla bozza di decreto il Consiglio di Stato ha tuttavia formulato l'obiezione che si sarebbe così ecceduto il limite della necessaria conformità alla delega, perché quest'ultima non conteneva previsioni tali da giustificare l'innovazione. Sarebbe stata necessaria una legge *ad hoc* per affidare ad una autorità indipendente una simile "attività *paracontenziosa*". Così nella stesura finale, l'art. 6 attribuisce all'Autorità il seguente compito: "su iniziativa della stazione appaltante e di una o più delle altre parti, esprime parere non vincolante relativamente alle questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, eventualmente formulando una ipotesi di soluzione".

Se questa formulazione allontanava il dubbio (peraltro difficile a porsi con verosimile fondatezza) che si potesse qui trattare di una sorta di funzione quasi-giurisdizionale, dato che la volontà finale dell'Autorità è definita *parere non vincolante*, è rimasta aperta la questione se si tratti di una vera e propria funzione consultiva o di qualcosa di diverso da essa.

Per rispondere al quesito, dobbiamo ricordare che l'identità dell'istituto si svela anche mediante le prescrizioni contenute nel regolamento adottato dall'Autorità ed anche recentemente modificato per poter migliorare la struttura organizzativa che provvede su questa materia <sup>124</sup>.

L'istanza può essere proposta o dalla stazione appaltante o da un privato, perché così è stato sciolto l'interrogativo posto sulla congiunzione "e" adoperata dal legislatore. Può esser proposta persino da portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati. Quando l'istanza promana dalla stazione appaltante, è costei che deve, pena l'inammissibilità, spontaneamente assumere con essa l'impegno a non modificare lo *status quo* sino a quando l'Autorità non si sia pronunciata. Quando proviene dal privato, è l'Autorità che rivolge questa volta un invito affinché la stazione appaltante mantenga identico contegno.

L'istanza di parere riguarda questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara negli appalti pubblici e quindi, secondo l'interpretazione seguita nella prassi dell'Autorità, deve pervenire prima che la stazione appaltante abbia emanato il provvedimento di aggiudicazione definitiva <sup>125</sup>. E' condizione di ammissibilità dell'istanza l'esistenza di una *controversia* insorta tra le parti interessate. Con tale concetto si intende richiamare la lite come sostanziale contrapposizione di pretesa e contropretesa e non anche il processo. Anzi, se è già pendente un processo, l'istanza è inammissibile ed il procedimento, se iniziato, a sua volta diventa improcedibile qualora nel suo corso venga da alcuno degli interessati proposto un ricorso giurisdizionale. Sicché l'istituto è assolutamente alternativo al processo.

Quanti ritengono che il c.d. precontenzioso corrisponda, così come testualmente previsto, ad un parere e che si esaurisca in una funzione

---

<sup>124</sup> Reperibile sul sito istituzionale dell'Autorità.

<sup>125</sup> E' questa una indicazione che può trarsi dalla prassi costante dell'Autorità.

consultiva valorizzano il tenore dell'art. 6 e soprattutto quanto accaduto nei lavori preparatori <sup>126</sup>. Il legislatore avrebbe fatto riferimento ad una forma di intervento che già l'Autorità aveva regolarmente assolto nella sua prassi consolidata, vale a dire la pronuncia di avvisi o pareri su questioni rilevanti in tema di contratti pubblici su istanza degli interessati. Costoro ritengono perciò che il regolamento dell'Autorità abbia compiuto delle "fughe in avanti", disegnando un istituto che dalla funzione consultiva, nei fatti, forse troppo si sarebbe discostato: sia perché si è ampliato l'ambito di legittimazione all'istanza, negando che essa dovesse esser congiuntamente proposta dall'appaltante e dal partecipante alla gara, sia perché si è aperto il procedimento alla partecipazione dei controinteressati <sup>127</sup>.

Poi, si ravvisa un ostacolo a poter valorizzare una autentica funzione paracontenziosa o conciliativa dell'istituto nella circostanza che l'essenza di una conciliazione debba consistere nell'effettiva possibilità di risolvere una certa lite mediante transazione <sup>128</sup>. Qui, la transazione non sarebbe possibile, perché essa, nei rapporti di diritto pubblico, potrebbe operare solo quando vengano in gioco veri e propri poteri discrezionali. Nel campo della c.d. evidenza pubblica, invece, le controversie riguarderebbero quasi sempre profili di discrezionalità tecnica o di attività vincolata: dapprima l'atto interno di predeterminazione, consistente nella delibera a contrarre, condizionerebbe le previsioni del bando; poi, sarebbe proprio il bando a vincolare l'attività successiva della commissione di gara. Infine, una tale funzione di conciliazione sarebbe assai debole, dato che rischierebbe di risolvere una questione per aprirne subito dopo un'altra, quando la soluzione compositiva di una lite venisse a contrastare con le pretese di uno dei molti controinteressati che compaiono in queste procedure; si tratterebbe in breve di una difficoltà fisiologica a questo tipo di procedimenti <sup>129</sup>.

Tuttavia, la fisionomia dell'istituto non può trarsi solo dal tenore della legge, ma deve tenersi in conto quel che dispone il regolamento. E quest'ultimo sembra piuttosto contribuire decisamente a fare dell'istituto una forma di mediazione applicata alle controversie di diritto pubblico rilevanti nell'ambito delle procedure di affidamento dei contratti pubblici di appalto. La previsione di una *controversia* quale condizione per l'accesso al procedimento e quale riferimento oggettivo della valutazione compiuta dall'Autorità è decisiva al riguardo. Del resto, la stessa denominazione dell'ufficio interno come ufficio del *precontenzioso* è emblematica del tipo di considerazione che concerne l'istituto.

A parte il regolamento, è poi la stessa fonte di rango legislativo che legittima la qualificazione del procedimento come istituto di tipo conciliativo: se è vero che la parola *parere* ha sostituito l'originario riferimento alla

---

<sup>126</sup> Per questa opinione cfr. CLARIZIA 2008.

<sup>127</sup> Cfr. CLARIZIA 2008.

<sup>128</sup> Cfr. VINTI 2007.

<sup>129</sup> Cfr. VINTI 2007.

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

Quanto alla inutilità (piuttosto che inammissibilità) della conciliazione in questo campo, a causa della sostanziale impraticabilità di una transazione, basti richiamare quanto detto in precedenza a proposito dell'ammissibilità della transazione rispetto alla discrezionalità tecnica ed all'attività vincolata (*supra* sub 13). Poi, è anzitutto l'esperienza (del contenzioso e dello stesso precontenzioso in questi sui primi anni di vita) a testimoniare che, nonostante l'asserita natura vincolata dell'attività delle commissioni di gara, il grado di opinabilità che si accompagna alle scelte concrete e la frequenza dei dubbi e delle controversie sono tutt'altro che bassi o irrilevanti. Il fatto che, infine, il suggerimento dell'Autorità possa determinare una lesione degli interessi di un controinteressato e che, quindi, il precontenzioso possa occasionalmente generare altro e nuovo contenzioso è un accidente che potrebbe accadere pure se il precontenzioso non fosse tale e fosse solo una limpida manifestazione di attività consultiva e persino se non esistesse e che comunque non può dar luogo ad un ostacolo assoluto all'affermarsi di una vera e propria funzione conciliativa dell'Autorità. Quest'ultima, d'altra parte, ha opportunamente steso un regolamento che include i controinteressati nel procedimento.

22. L'istituto consiste dunque in una forma di mediazione applicata ad una particolare tipologia di controversie di diritto pubblico, che oltretutto vede in ordinamenti vicini al nostro, come quello francese in particolare, dei corrispondenti ed analoghi modelli (*supra* sub 7).

Anzi, la proposta di soluzione qui tende ad assumere una efficacia piuttosto consistente. Entra in gioco, su questo punto, l'autorevolezza del mediatore, che è anche investito di una funzione generale di vigilanza nel settore. I dati reperibili <sup>130</sup> testimoniano del fatto che le stazioni appaltanti sostanzialmente si attengono sempre all'invito (rivolto dall'Autorità quando l'istanza promana dal privato) "a non porre in essere atti pregiudizievoli ai fini della risoluzione della questione". Inoltre, le stazioni appaltanti mostrano di mantenere un livello molto elevato di adesione alle indicazioni fornite dall'Autorità alla conclusione del procedimento.

---

<sup>130</sup> I dati che vengono riportati nel testo sono tendenziali e non ufficiali. Sono comunque il frutto di una ricerca effettuata presso l'Autorità e presso l'ufficio del precontenzioso, che qui si ringrazia per la disponibilità mostrata.

La proposta dell'Autorità, inoltre, è un dato che potrebbe esser rilevante per fondare una responsabilità amministrativa del funzionario qualora questi, disattendendola, provocasse un danno erariale. In modo particolare, potrebbe essere indubbiamente più agevole per la Corte dei conti dimostrare il raggiungimento della colpa grave.

Inoltre, come già la giurisprudenza sembrava aver intuito in relazione a tutti gli avvisi che l'Autorità emana nella sua funzione di vigilanza già prima che il precontenzioso entrasse in vigore <sup>131</sup>, la formulazione della ipotesi di soluzione dovrebbe determinare un dovere di esame in capo alla stazione appaltante ed un correlativo affidamento in capo all'istante <sup>132</sup>.

In primo luogo, la stazione appaltante che volesse discostarsi dal parere sarebbe tenuta ad adoperare una congrua motivazione, così come insegna la tradizione a proposito della ordinaria funzione consultiva.

In secondo luogo, si dovrebbe persino ritenere che, di fronte ad un'istanza del privato rivolta all'esercizio di poteri di autotutela secondo la proposta dell'Autorità, la stazione appaltante abbia, questa volta, un preciso obbligo di provvedere e pronunciarsi: o esercitando i poteri di ritiro o spiegando le ragioni del mancato esercizio. Sicché, non varrebbe il tradizionale principio secondo il quale l'amministrazione non è tenuta a provvedere sulle istanze che intendono stimolare i poteri di autotutela decisoria. Il silenzio non sarebbe legittimo e l'interessato potrebbe con successo attivare il procedimento previsto dall'art. 21 *bis* legge T.A.R.

Il modo d'operare dell'Autorità e la natura delle questioni controverse fanno sì che le valutazioni del mediatore in questo caso siano prevalentemente focalizzate su questioni di diritto. Il che verrebbe ad allontanare l'istituto dalle caratteristiche delle ADR che si sono ricostruite in questo scritto ed a distinguerlo dal corrispondente istituto francese, dato che la commissione in quel caso si sofferma anche sui profili di merito amministrativo. In più occasioni, nelle sue pronunzie rese ai sensi dell'art. 6 comma 7, lett. *n*), l'Autorità ha manifestato l'intenzione di non voler prendere in stretta considerazione profili di stretto merito amministrativo, (come la ponderazione dell'interesse pubblico attuale e concreto dell'autotutela) o di non voler entrare direttamente in delicate valutazioni tecniche (come quelle legate all'anomalia dell'offerta).

Tuttavia, dal momento che l'Autorità tende comunque ad acquisire tutti gli elementi, di fatto e di diritto, rilevanti nella concreta vicenda, in più casi ha anche mostrato di interpretare il concetto di *ipotesi di soluzione* in modo elastico: sì da consentire a se stessa, perlomeno quando fosse ampia l'opinabilità o la discrezionalità della stazione appaltante, anche valutazioni di opportunità e

---

<sup>131</sup> Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, 5 ottobre 2001, n. 4487, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>132</sup> Cfr. FAILLA 2006.

convenienza amministrativa e da ricercare, nel contrasto tra le opposte pretese, soluzioni mediane per la composizione della lite <sup>133</sup>.

Può sembrare difficile conciliare l'intervento del mediatore con la brevità dei termini per adire il giudice amministrativo. Diversamente dal caso francese, nel nostro precontenzioso l'avvio del procedimento non comporta infatti la sospensione dei termini processuali. In più, l'avvio del processo determina l'improcedibilità dell'istanza.

Se pure questo è un limite intrinseco, si deve anche tener conto del fatto che la *controversia* sostanziale può dirsi già esistente, rendendo ammissibile l'istanza, anche quando non risulti già adottato ed efficace un atto amministrativo lesivo che faccia decorrere il termine per presentare il ricorso giurisdizionale. Basti far riferimento alle clausole del bando diverse da quelle che contengono clausole escludenti, le prime non immediatamente lesive (ad esempio quelle clausole che riguardano i criteri di aggiudicazione <sup>134</sup>), le seconde invece lesive.

Inoltre, è frequente nell'esperienza di questi primi anni che la stazione appaltante si rivolga all'Autorità prima di adottare un certo provvedimento (ad esempio, il provvedimento di esclusione) e che attenda il "consiglio" dell'Autorità per prendere la decisione finale. Questo è un tipo di situazione che dimostra, peraltro, che le renitenze delle amministrazioni verso soluzioni transattive possono ben essere superate quando la mediazione venga condotta e conclusa da un mediatore particolarmente competente ed autorevole che dia il suo conforto alla determinazione amministrativa volta a comporre la lite.

Una volta affermato che il precontenzioso costituisce un esempio di ADR, possiamo verificarne la coerenza con i principi più volte citati. In effetti sembrano assicurati nel procedimento sia l'*indipendenza* (competenza ed imparzialità) del mediatore, sia la *trasparenza* della procedura, sia il *contraddittorio* (esteso persino ai controinteressati), sia l'*efficacia* (dato che non è richiesta l'assistenza del difensore e che l'istanza può essere inoltrata senza formalità particolari, anche per fax e per via telematica), sia la *legalità*, sia la *libertà* ed *equità*. Non si riscontrano invece disposizioni particolari che siano volte a tutelare la *riservatezza*. Dovrebbe allora ammettersi che gli atti e documenti entrati nel procedimento davanti all'Autorità possano essere utilizzati poi in sede processuale o che il giudice possa disporre l'acquisizione al proprio fascicolo.

Così come per l'accordo bonario, pur in mancanza di apertura esplicite nella legge, potrebbe discutersi di una applicazione analogica od estensiva del precontenzioso. Per un verso, si potrebbe prendere in esame la possibilità che esso si espanda a tutte le figure di contratto pubblico, purché se ne circoscriva l'impatto sempre a questioni pre-contrattuali e prettamente pubblicistiche. Per

---

<sup>133</sup> Per una applicazione concreta, si veda il caso esaminato nel parere 20 marzo 2008, n. 78, a proposito del criterio di aggiudicazione dell'appalto per la fornitura del vaccino anti papilloma virus, reperibile nel sito istituzionale dell'Autorità.

<sup>134</sup> Si guardi ancora il caso di cui al parere n. 78 del 2008.

altro verso, si potrebbe valutare la possibilità che siano le parti (amministrazione e privato) a convenire di affidare all'Autorità un compito di mediazione su questioni controverse che siano pertinenti con l'oggetto delle sue competenze e con la sua primaria funzione di vigilanza. Si pensi, ad esempio, alle problematiche che emergono nell'ambito della c.d. evidenza pubblica interna alle amministrazioni e che non sono necessariamente destinate a dar luogo ad un procedimento di gara e che riguardano casi di affidamento diretto di una utilità pubblica, di tipo contrattuale o provvedimentale.

23. Prima di giungere alle conclusioni, si vuol porre l'accento su un tema, che ha riscosso notevole attenzione in questa fase del dibattito, per trarne alcune considerazioni *de iure condendo*.

L'ordinamento nazionale offre alcuni esempi di risoluzione delle controversie, che si sono ricordati in precedenza (*supra* sub 2 e sub 9) e che sono incentrati sull'intervento di autorità indipendenti. Essi realizzano una moderna funzione amministrativa giustiziale, volta a raggiungere finalità peculiari e sovente connessa ai compiti di regolazione del mercato, la quale ha impegnato in questi anni l'attenzione e le ricerche degli studiosi<sup>135</sup>. Tale amministrazione semi-contenziosa<sup>136</sup>, però, concerne controversie che vedono tendenzialmente estranea l'amministrazione, sicché sono, e nominalmente e funzionalmente, al di fuori dello spettro della nostra indagine, che invece resta calibrata sulle controversie dell'amministrazione ed in particolar modo su quelle che coinvolgono l'esercizio di poteri pubblici.

Nel contempo, è comune e frequente l'osservazione che l'istituto dei ricorsi amministrativi giustiziali è in crisi<sup>137</sup>.

Il ricorso gerarchico, che aveva in passato assolto ad un ruolo di filtro rispetto al processo, è stato profondamente ridimensionato, sino al punto da poterlo considerare come un istituto pressoché inapplicato. Questo è accaduto sia perché la gerarchia come modello di relazione organizzativa è stato, esso anzitutto, colpito da una profonda crisi, e sostituito da altri modelli; sia perché il sistema del decentramento autonomistico e funzionale ha sottratto alla gerarchia la sua principale ragion d'essere ed il suo stesso campo di applicazione. In breve, con la trasformazione dell'amministrazione si è avuto il tramonto del modello gerarchico; quest'ultimo ha reso sostanzialmente inutilizzabile il ricorso gerarchico. In contemporanea, la funzione di garanzia e di contraddittorio che il ricorso gerarchico assicurava al privato è stata trasferita direttamente nel procedimento, configurato, dopo il 1990, come struttura aperta alla partecipazione dell'interessato. Questo ha probabilmente riequilibrato il sistema di garanzie, anche se non ha di certo contribuito a deflazionare il contenzioso.

---

<sup>135</sup> Cfr. DELLA CANANEA 2003.

<sup>136</sup> Riprendo l'espressione di CLARICH 1996.

<sup>137</sup> Cfr. PAJNO 1996.

Nel contempo, come si è avuto modo di vedere (*supra* sub 9), il ricorso straordinario ha accentuato i suoi tratti di rimedio parallelo alla giurisdizione e sostanzialmente giurisdizionale, sia per ragioni soggettive, sia per aspetti organizzativi e, da ultimo, per le scelte fatte nella recentissima riforma degli artt. 13 e 14 del decreto ricorsi. Il che lo pone decisamente lontano dai caratteri che sono propri delle ADR.

Manca allora nel sistema un rimedio amministrativo giustiziale che sia anticipatorio rispetto al processo e che possa, pragmaticamente, anche contribuire a deflazionare il contenzioso amministrativo.

La nascita delle autorità indipendenti, d'altra parte, ha evidenziato l'affermarsi di una funzione giustiziale amministrativa (perché tale è la natura delle autorità <sup>138</sup>) dai tratti innovativi. Essa è apparsa innovativa per almeno due ragioni. La prima è che essa è devoluta a soggetti pubblici istituiti all'inizio degli anni '90, che hanno assunto i nuovi compiti di regolazione di alcuni settori liberalizzati. La seconda è che tali soggetti sono stati qualificati come indipendenti dall'esecutivo e, quindi, *differenti* rispetto al modello tradizionale di amministrazione, legati più alla tecnica che alla politica. Senza qui entrare nel complesso e controverso dibattito sulla natura e sulla legittimazione delle autorità, interessa sottolineare che l'affidare una funzione non giurisdizionale ed amministrativa giustiziale a tale enti avrebbe provocato un profondo cambiamento rispetto ai tradizionali ricorsi amministrativi ed alla tradizionale funzione giustiziale. I ricorsi amministrativi, retaggio dello Stato assoluto e dei poteri di grazia del principe o dei suoi funzionari <sup>139</sup>, devolvevano all'amministrazione una vera e propria attività amministrativa contenziosa, giacché non si trattava di un "giudice imperfetto", e con essa si tendeva sì a risolvere il conflitto, ma per una finalità strumentale propria dell'amministrazione <sup>140</sup>. Si diceva perciò che l'ordinamento non assicurava l'indipendenza in senso giuridico esatto dell'organo chiamato a decidere, ma solo la "non indipendenza" rispetto all'organo chiamato ad adottare il provvedimento <sup>141</sup>.

La principale novità che vediamo nei compiti giustiziali delle autorità indipendenti è quindi l'indipendenza del decidente. Egli, in posizione autonoma dalle parti in conflitto e garantendo ad esse il pieno contraddittorio, provvede alla decisione con effetto vincolante. Saremmo di fronte ad un passaggio da un decidente che gravita nell'ambito dello Stato-apparato ad un decidente che invece si colloca nello Stato-Comunità. Si noti, anche la funzione amministrativa giustiziale delle autorità (ancora una volta valga il rinvio ai casi sub 9) potrebbe avere una sua strumentalità ed una "intermedietà" <sup>142</sup>; ciò in quanto, risolvendo il conflitto, persegue un fine proprio. Tale fine comunque non concerne un interesse pubblico di cui possa

---

<sup>138</sup> Su cui cfr. MORBIDELLI 2001.

<sup>139</sup> Cfr. SANDULLI, 1984.

<sup>140</sup> Cfr. GIANNINI 1949.

<sup>141</sup> Anche questa espressione risale a GIANNINI 1949.

<sup>142</sup> Utilizzo ancora una espressione di GIANNINI 1949.

affermarsi la *suitas* dell'autorità, ma solo un interesse di ordine generale collegato alle esigenze della regolazione del settore; anzi, collegato, per dir meglio, ai principi (sovente derivati dal diritto comunitario) che contraddistinguono la regolazione di quel dato settore <sup>143</sup>.

Riepilogando: i) Tra le ADR operanti nei confronti delle amministrazioni pubbliche non possiamo annoverare i ricorsi amministrativi: né il ricorso gerarchico, ormai caduto in desuetudine; né il ricorso straordinario, troppo diverso dai requisiti della categoria. ii) Nel panorama delle ADR sono annoverati i ricorsi proposti davanti alle autorità di regolazione, che sembrano proporre un nuovo paradigma della funzione decisoria dell'amministrazione; ma essi non riguardano controversie proprie dell'amministrazione.

E' a questo punto che dobbiamo tornare al precontenzioso trattato ai paragrafi che precedono e valorizzarne il ruolo. Esso è un esempio di funzione amministrativa di conciliazione che partecipa della comunanza con la più generale funzione di vigilanza che appartiene all'Autorità e questo la fa somigliare alle altre esperienze di ADR che si sviluppano davanti alle autorità indipendenti in sintonia con i rispettivi compiti di regolazione. Non è, d'altra parte, un esempio di amministrazione contenziosa, perché l'Autorità rende solo un parere non vincolante ed una ipotesi di soluzione.

Queste considerazioni dovrebbero esser sufficienti per quantomeno valutare, *de iure condendo*, l'ipotesi di affiancare, a date condizioni e presupposti e per le ipotesi in cui lo si ritenga possibile, al precontenzioso una funzione decisoria dell'Autorità (o di altra agenzia o soggetto che possa ripeterne i requisiti soggettivi di competenza ed autorevolezza); se del caso, con la previsione ulteriore di una sospensione temporanea del termine processuale d'impugnazione.

Proposte di questa natura tendono a rilanciare in chiave moderna i ricorsi amministrativi giustiziali nei confronti della P.A. e ricevono oggi in dottrina una certa qual attenzione <sup>144</sup>.

Soprattutto, si segnala che indicazioni favorevoli al compimento di un simile passo provengono dal diritto comunitario. Ci si riferisce, da ultimo, alla riforma della "direttiva ricorsi", disposta dalla direttiva 2007/66/CE <sup>145</sup>, il cui articolo 1, comma 5, prevede che "Gli Stati membri possono esigere che il soggetto interessato proponga in primo luogo un ricorso presso l'amministrazione aggiudicatrice. In questo caso gli Stati membri provvedono affinché la proposizione del suddetto ricorso comporti la sospensione immediata della possibilità di concludere il contratto".

La previsione del ricorso amministrativo, in un testo che ha contemporaneamente abrogato il modello della conciliazione contemplato

---

<sup>143</sup> Si rinvia, ancora una volta, ai paragrafi di apertura ed in particolare al par. 6 ed alla significativa previsione dell'art. 23, comma 3, del codice delle comunicazioni elettroniche, che richiede ad AGCOM, in sede di risoluzione dei conflitti, di perseguire gli obiettivi dell'art. 13.

<sup>144</sup> GIOVANNINI M. 2007, 235 e ss.; ID. 2008; ACCETTURA 2008; BROCCA 2008.

<sup>145</sup> Sulla quale cfr. Cfr. GRECO 2008, 1029 e ss.

nella direttiva 1992/13, lungi dall'essere una isolata improvvisazione del legislatore comunitario, sembra una scelta consapevole e soprattutto organica al disegno complessivo. La direttiva 66 ha posto al centro delle sue preoccupazioni due obiettivi di sistema: i) salvaguardare la stabilità del contratto come fonte di relazioni economico-giuridiche che non possono subire oltremisura il peso dell'incertezza, in una con tutte le garanzie di effettività della tutela; ii) preservare la tutela demolitorio-conformativa a favore del ricorrente, nel presupposto che l'effettività della tutela si focalizzi anzitutto sul conseguimento del bene della vita piuttosto che su forme di riparazione per equivalente. Il contemperamento di questi due obiettivi, apparentemente antinomici, è realizzato, da una parte, col sistema del c.d. *standstill*, da cui discende il differimento obbligatorio della stipula del contratto, e, dall'altra parte, sancendo la nullità radicale del contratto quando l'affidamento sia avvenuto senza gara o quando sia stato violato il termine di *standstill*.

Nel complesso, si garantisce piena tutela, ma si evita che questa tutela travolga il contratto e così si tende a dilazionare il momento in cui esso viene sottoscritto. Il che significa anche voler ampliare il tempo del procedimento. Sennonché, l'allargamento del procedimento implica, a sua volta, l'offerta di un comodo spazio di intervento alle procedure di ADR, consistano esse in una mediazione non vincolante, ovvero in un ricorso di amministrazione contenziosa.

Il modello della funzione amministrativa giustiziale, dunque, si addice a questo disegno. Potrebbe consistere nella proposizione di un ricorso che provochi una breve sospensione del termine processuale di decadenza per proporre ricorso ed un contemporaneo divieto di stipula del contratto, così come richiede l'art. 1, comma 5, citato. La decisione sarebbe comunque un atto amministrativo, a sua volta impugnabile.

Una strada di questo tipo potrebbe sperabilmente contribuire a deflazionare il contenzioso senza ridurre l'effettività della tutela, sarebbe coerente col quadro dei principi comunitari sulle ADR e sarebbe oltretutto conforme alle esperienze degli altri ordinamenti, che contengono analoghi rimedi preliminari alla giurisdizione.

Non va dimenticato, a questo proposito, che una risorsa di diritto interno è il ricorso gerarchico improprio<sup>146</sup>. Esso, proprio perché non è imperniato sul rapporto di gerarchia, sfugge alle ragioni della crisi che ha investito il ricorso gerarchico proprio. Sono tuttora numerosi gli esempi previsti nell'ordinamento, nei campi più diversi, dalla previdenza e assistenza all'impiego scolastico, dall'edilizia economica e popolare alla circolazione stradale. Lo strumento potrebbe, con opportuni ritocchi, essere riportato ad un modello di più generale applicazione, munito dei requisiti soggettivi di *autonomia* (ed eventualmente, di vera e propria *indipendenza*) del decidente e delle garanzie del contraddittorio. Non a caso proprio il ricorso gerarchico improprio è stato più volte il punto di riferimento di iniziative governative e di

---

<sup>146</sup> Sui ricorsi amministrativi, tra gli altri, cfr. MAZZAROLLI 2005.

studio di una riforma del sistema dei ricorsi che, rimediando alla vetustà del modello del ricorso gerarchico, potesse però sopperire ad alcune vitali esigenze di deflazione del contenzioso e di buon funzionamento della giustizia cui esso nondimeno ottemperava <sup>147</sup>.

Il nostro legislatore, però, ha seguito sinora una strada ben diversa: da un lato scaricando le esigenze della tempestività della giustizia in riti processuali dai termini severissimi e pressoché insostenibili <sup>148</sup>; dall'altro, limitandosi, nella legge delega dedicata al recepimento della direttiva 2007/66, a prevedere un rafforzamento dell'accordo bonario (*supra* sub 9). Un istituto, quest'ultimo, che, tuttavia, opera nell'esecuzione contrattuale e dunque in un contesto affatto diverso da quello preso in esame dalla direttiva.

24. L'aver portato l'analisi al livello dell'ordinamento nazionale e della risoluzione alternativa delle controversie della P.A. che involgono poteri pubblici, ci ha offerto una serie di elementi, sulla base dei quali tentare di ricostruire il modo in cui il movimento ADR si è manifestato e può svilupparsi nel nostro Paese.

Il dibattito sulla transazione di diritto pubblico e sulla disponibilità dei poteri lascia ampi margini per favorire soluzioni alternative della lite anche quando sono in gioco i poteri funzionali dell'amministrazione. Da questo punto di vista il nostro modello di transazione ha, quantomeno potenzialmente, quei caratteri che servono per poter ravvivare le tecniche di ADR. Anche perché, a ben vedere, proprio la "funzione transattiva", lì dove consente la negoziabilità del potere pubblico, nel bilanciamento tra tipicità e *risultato* o, se si preferisce, tra legalità formale e sostanziale, resta il motore di tali tecniche.

Potremmo dire che l'ordinamento italiano, su questo piano, si colloca potenzialmente anche oltre le restrizioni che nel sistema francese sembrano resistere alla disponibilità dei poteri pubblici. Vicino dunque al sistema tedesco, che vanta però una disciplina *ad hoc* sulla transazione pubblicistica.

Ci si riporta non soltanto al richiamato dibattito sulla transazione ed alle conseguenze che se ne sono tratte per l'attualità, ma anche al fatto che l'ordinamento ha comunque già previsto delle figure di mediazione operanti proprio nelle controversie di diritto pubblico, come il c.d. precontenzioso, e che comportano, sia pure per implicito, un qualche *favor* transattivo in questo campo.

Il secondo elemento è, poi, la tendenziale compatibilità, in termini di teoria generale, nonché sul piano dei principi comunitari e costituzionali, della conciliazione-mediazione che abbia ad oggetto poteri pubblici della P.A. con l'ordinamento nazionale. La mediazione può incastonarsi nel procedimento,

---

<sup>147</sup> Si fa richiamo, in particolare, al documento recante proposte di riforma legislativa su "La giustizia nell'amministrazione", reso dalla commissione di studio nominata dall'allora Ministro della funzione pubblica Sabino Cassese.

<sup>148</sup> Cfr. SANDULLI M.A. 2009 (1).

valorizzarne il ruolo, migliorare la qualità dell'azione amministrativa, innalzare lo *standard* di democraticità dei procedimenti e rafforzare la tutela giurisdizionale del cittadino. Tutto questo, anche nel segno della continuità col principio di effettività della tutela giurisdizionale, che rimane una matrice caratteristica del fenomeno ADR, come si è cercato di evidenziare in più passaggi.

La mediazione, a sua volta, si può nutrire di una dinamica “funzione transattiva” per svolgersi con efficacia. E tale funzione, a sua volta, può trarre beneficio dalla mediazione, perché i molti ostacoli che oggi la imbrigliano, esponendo il funzionario al rischio della sua responsabilità, potrebbero esser superati quando la soluzione transattiva, anziché esser frutto diretto delle trattative isolate tra la P.A. ed il privato, fosse proposta ed avallata dal mediatore. Ancora una volta la pur giovane esperienza del precontenzioso sembra dire molte cose a questo proposito.

Nonostante questo, non possiamo affermare che le ADR riguardanti la P.A. vivano in Italia tempi felici, né che rigogliosi ne siano gli esempi.

In questo la differenza rispetto agli altri ordinamenti vicini è più evidente. Né alcune battute d'arresto dell'ordinamento comunitario, come la recente abrogazione della conciliazione prevista dalla direttiva 1992/13, possono esserne la giustificazione né tantomeno la spiegazione.

Per un verso, nel nostro Paese è proprio il tasso di giurisdizionalizzazione che è cresciuto in modo esponenziale, in una con l'appassire dei rimedi amministrativi giustiziali. E, nonostante questa realtà sia visibile e continui ad accrescere il peso del contenzioso, rendendolo sempre più farraginoso, duraturo ed ingombrante, il legislatore sembra ostinarsi a cercare sempre e solo nel processo la soluzione alle esigenze di tempestività della tutela; col paradosso che una iniziale tendenza volta a valorizzare il processo ed a rafforzare l'effettività della sua tutela finisce per soffocarlo in una sequela di riti speciali disseminati da strettoie e decadenze.

Per altro verso, quando si pensa ai disincentivi alle soluzioni transattive e, per voce comune, al “problema” della responsabilità del funzionario, è la legalità formale che sembra tornare a sopravanzare la legalità sostanziale ed il *risultato*, tradendo molti degli sforzi che la dottrina ha fatto in questi decenni, al fine di modernizzare l'azione amministrativa. Ed il rammarico si accresce se solo si pensa che già nel 1936 i nostri maestri legavano la transazione alla realizzazione all'interesse pubblico concreto ed alla finalità di evitargli un possibile danno.

Dunque, la valutazione complessiva delle tecniche di ADR in Italia è in chiaroscuro.

Nei paragrafi iniziali ho definito le ADR come un *frutto esotico della modernità*.

Tali sono perché si alimentano da esperienze fatte in altri Paesi e valorizzate dagli ordinamenti sovranazionali; perché, come si è spiegato, guardano spesso oltre il diritto positivo, alimentandosi alla fonte della *soft law*,

della *lex mercatoria*, dei principi generali, delle regole della tecnica; perché propongono un'idea diversa da quella tradizionale di giustizia e vedono nella composizione un modo parimenti differente di concepire il conflitto, se del caso affidandolo anche ad entità sovranazionali operanti in un sistema "a rete".

Quel che serve, per far crescere il fiore e soprattutto per farlo sbocciare, è predisporre l'*humus* adatto. Il che significa anche contribuire ad una modifica della cultura diffusa nel nostro sistema. Essa in molti casi resta avvinta a modelli, talora antichi talora persino recenti, che finiscono per essere d'ostacolo al cambiamento. Vi sono fattori di "costume" amministrativo che oppongono resistenza e che devono esser limati.

I giuristi possono dare in questo un contributo decisivo.

Due citazioni valgono a confortare il loro operato: nel 2002 il libro verde della Commissione definiva le ADR come uno *strumento al servizio della pace sociale*; Guicciardi nel 1936, ci offriva la sua definizione della transazione come *strumento efficacissimo della pace sociale*.

E' da questa sintonia che possiamo trarre uno spunto di energia e di ottimismo per il futuro.

## NOTA BIBLIOGRAFICA

- ACCETTURA B. 2009, PPP (*Partenariato pubblico privato*) e forme di tutela alternative alla giurisdizione nel codice dei contratti pubblici: problemi e prospettive, in *Il Partenariato pubblico-privato. Concessioni, finanza di progetto, società miste, fondazioni* a cura di M.P. CHITI, Napoli, 2009, 491 e ss.
- ACQUARONE L.-MIGNONE C. 1987, *Arbitrato nel diritto amministrativo*, *Dig. Disc. Pubbl.*, I, Torino, 1987, 367 e ss.
- ANTONIOLI M., 2003, *Profili di specialità dell'arbitrato in materia di opere pubbliche*, *RTA*, 2003, 797.
- ASTONE F. 2007, *Strumenti di tutela e forme di risoluzione bonaria del contenzioso nel codice dei contratti pubblici*, [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it) 2007.
- BARBIERI E.M. 2008, *L'accordo bonario su decisione vincolante della commissione in materia di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*, *RTA*, 2008, 5 e ss.
- BASSI F. 1999, *Arbitrato irrituale e pubblica amministrazione*, in *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milano 1999, 58 e ss.
- BEDINI L. 2007, *Le Alternative Dispute Resolutions (ADR) e il "servizio giustizia" nel contesto istituzionale*, in *Le tutele procedurali Profili di diritto comparato*, a cura di A. MASSERA, Napoli, 2007, 221 e ss.
- BOTTO A. 2006, *Relazione al convegno IGI "Il Pre-Contenzioso in sede di gara"*, Roma 14 febbraio 2006, [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it) 2006.
- BOYRON S. 2006, *The Rise of Mediation in Administrative Law Disputes: Experiences from England, France and Germany*, *Public Law*, 2006, 320 e ss.
- BROCCA M. 2009, *Strumenti di prevenzione delle controversie: il precontenzioso nel settore degli appalti pubblici*, in *Il Partenariato pubblico-privato. Concessioni, finanza di progetto, società miste, fondazioni* a cura di M.P. CHITI, Napoli 2009, 431 e ss.
- CAIA G. 1999, *Materie compromettibili in arbitrato con la pubblica amministrazione*, in *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milano 1999, 9 e ss.
- CAIA G. 1989, *Arbitrato e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, Milano, 1989.
- CAPPELLETTI M. 1979, *Giudici laici. Alcune ragioni attuali per una loro maggiore utilizzazione in Italia*, *Riv. Dir. proc.*, 1979, 698 e ss.
- CARBONE P. – BELLETTI A. 2003, *L'accordo bonario dopo le modifiche apportate dalla legge 1° agosto 2002, n. 166 all'art. 31 bis della legge quadro in materia di lavori pubblici*, *RTA* 2003, 7 e ss.
- CARBONE P. 2006, *Prime considerazioni sulla disciplina del contenzioso contenuta nel d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, *RTA* 2006, 815 e ss.
- CADEDU S. 2001, *Strumenti alternativi di soluzione delle controversie fra erogatori e utenti di servizi pubblici*, *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2001, 679 e ss.
- CAMMEO F. 1960, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960, 715, rist. a cura di G. MIELE.
- CAPONI R. 2003, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR (Alternative Dispute Resolution)*, *Foro it.*, 2003, V, 165.

- CASSESE S. 2003, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni, in Comunicazioni: verso il diritto della convergenza*, a cura di G. MORBIDELLI – F. DONATI, Torino, 2003, 33 e ss.
- CHIRULLI P. – STELLA RICHTER P. 1992, *Transazione (dir. amm.)*, *Enc. Dir.*, XLIV, Milano 1992, 867.
- CHIRULLI P – NAPOLITANO G. 1998, *Sub art. 2, comma 24, lett. b), Legge 14 novembre 1995, n. 481, Le nuove leggi civili commentate*, 1998, 383 e ss.
- CHITI M.P. 2000, *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*, *Riv. it. dir. pubb. com.* 2000, 1 e ss.
- CHITI M.P. 2006, *La giustizia amministrativa serve ancora? La lezione degli “altri”*, *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2006, 487 e ss.
- CHITI M.P. 2009, *Verso l'implosione dei riti speciali e delle forme di tutela differenziata?*, *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2009, 381 e ss.
- CLARICH M. 1996, *L'attività delle Autorità indipendenti in forme semicontenziose*, in *I garanti delle regole*, a cura di S. CASSESE e C. FRANCHINI, Bologna, 1996, 149 e ss.
- CLARIZIA A. 2008, *Il c.d. precontenzioso tra deflazione dei processi ed effettività dei poteri dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 28.1.2008.
- COSI G. 2008, *L'accordo e la decisione. Il conflitto tra giudizio e mediazione*, in *Le Istituzioni del federalismo n. 6 del 2008, Conciliazione e risoluzione alternativa delle controversie (Adr) Quadro giuridico, esperienze, istituzioni*, 719 e ss.
- DAVIES A.C.L. 2008, *The Public Law of Government Contracts*, Oxford University Press 2008.
- DE NICTOLIS R. 2008 (1), *La definizione precontenziosa davanti all'Autorità di vigilanza*, in *Trattato sui contratti pubblici* diretto da M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS – R. GAROFOLI, VI, Milano, 2008, 3749 e ss.
- DE NICTOLIS R. 2008 (2), *L'accordo bonario*, in *Trattato sui contratti pubblici cit.*, 3773 e ss.
- DE PALO G. – GUIDI G., *Risoluzione alternativa delle controversie nelle Corti Federali degli Stati Uniti*, Milano, 1999.
- DE VALLES A. 1934, *Le transazioni degli enti pubblici*, *Foro it.*, 1934, I, 46 e ss.
- DELLA CANANEA G. 2003, *Procedure di conciliazione e arbitrato davanti alle autorità indipendenti*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, 269 e ss.
- DELLA CANANEA G. 2005, *Regolazione del mercato e tutela della concorrenza nella risoluzione delle controversie in tema di comunicazioni elettroniche*, *Dir. pubbl.* 2005, 601 e ss.
- DELLA CANANEA G. 2008, *La definizione delle controversie nelle comunicazioni elettroniche: dall'Autorità ai Comitati regionali*, in *Le istituzioni del federalismo cit.*, 833 e ss.
- DELSIGNORE M. 2007, *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, Milano, 2007.
- DEODATO C. 2008, *La transazione*, in *Trattato sui contratti pubblici cit.*, 3763 e ss.

- DI MARTINO S., 2001, *Arbitrato e pubblica amministrazione: brevi cenni sulla problematica inerente la compromettibilità delle controversie in cui è parte una pubblica amministrazione*, RTA, 2001, 99 e ss.
- DONATI F. 2007, *L'ordinamento amministrativo delle comunicazioni*, Torino, 2007, 207 e ss.
- FAILLA G., 2006, *La gestione del pre-contenzioso nella fase dell'affidamento da parte dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici*, RTA, 2006, 673 e ss.
- FAILLA G. 2008, *Strumenti di risoluzione delle controversie negli appalti di servizi e forniture; l'accordo bonario, le riserve e la transazione*, RTA, 2008, 417 e ss.
- FERRARI C. 1993, *Transazione (transazione della pubblica amministrazione)*, *Enc. giur.*, Roma 1993, 1 e ss.
- GALGANO F. 2005, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005.
- GARDINI G., 2008, *L'attività di conciliazione dei Corecom*, in *Le istituzioni del federalismo cit.*, 851 e ss.
- GERHARDT M.G. 2008, *The power of precedent*, Oxford University Press, 2008.
- GIACOBBE D. 2008, *L'evoluzione legislativa in tema di accordo bonario nell'appalto di opere pubbliche*, *Giust. civ.*, 2008, 359 e ss.
- GIAMPAOLINO L. – PONZONE L. 2008, in *Trattato sui contratti pubblici cit.*, I, 697 e ss.
- GIAMPAOLINO L. 2009, *La prevenzione del contenzioso e la tutela alternativa alla giurisdizione negli appalti pubblici: il ruolo dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici*, DPA, 2009, 101 e ss.
- GIANNINI M.S. 1949, *Sulle decisioni amministrative contenziose (A proposito della natura giuridica della Sezione per l'epurazione del Consiglio di Stato)*, *Foro amm.*, XXV, 1949, n. 1, 316-326. Oggi in *Scritti*, III, 2003, 31 e ss.
- GIANNINI M.S. 1964, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, *Riv. dir. proc.*, 1964. Oggi in *Scritti*, V, Milano, 2004, 223-323.
- GIOVANNINI M. 2007, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, Bologna, 2007.
- GIOVANNINI M. 2008, *Conciliazione stragiudiziale e amministrazioni pubbliche*, in *Le istituzioni del federalismo cit.*, 822 e ss.
- GIOVANNUCCI ORLANDI C. 2008, *La conciliazione consensuale extragiudiziale: il quadro normativo internazionale, comunitario e nazionale*, in *Le istituzioni del federalismo cit.*, 2008, 741 e ss.
- GOISIS F. 2006, *Compromettibilità in arbitri (e transigibilità) delle controversie relative all'esercizio del potere amministrativo*, DPA 2006, 243 e ss.
- GRECO G. 1999, *Modelli arbitrali e potestà amministrative*, in *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milano 1999, 157 e ss.
- GRECO G. 2003, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino 2003.
- GRECO G. 2005, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, *Dir. amm.*, 2005, 223 e ss.
- GRECO G. 2008, *La Direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali*, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 1029 e ss.

- GUICCIARDI E. 1936, *Le transazioni degli enti pubblici*, *Arch. dir. pubbl.*, 1936, 64 e ss., 205 e ss.
- LOTTINI M. 2006, *La rete Solvit: uno strumento di risoluzione delle controversie transfrontaliere*, *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2006, 1089 e ss.
- MANGANARO F. 2000, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa*, Napoli, 2000.
- MANGANARO F. 2007, *Strumenti giuridici alternativi alla tutela giurisdizionale nell'ordinamento amministrativo italiano*, Relazione tenuta nell'ambito delle *Jornadas sobre solución extrajudicial de conflictos*, Università di Santiago de Compostela, 9, 10, 11 maggio 2007.
- MASUCCI A. 2008, *La "mediazione" in Francia, in Germania e nel Regno Unito. Un valido rimedio alternativo alla sentenza nelle liti con la pubblica amministrazione?*, *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2008, 1353 e ss.
- MARANGON A. 2006, *I sistemi online di risoluzione delle controversie*, *Dir. inf.* 2006, 375 e ss.
- MAZZAROLLI L. 2005, *La tutela del cittadino nell'amministrazione: i ricorsi amministrativi*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLLI-G. PERICU- A. ROMANO- F.A. ROVERSI MONACO- F.G. COCCA, Bologna, 2005, II, 407 e ss.
- MERUSI F. 2008, *Conclusioni*, in *Il Principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Milano 2008, 479 e ss.
- MIELE G. 1950, *La transazione nei rapporti amministrativi*, *Amm. it.*, 1950, 572 e ss.
- MORBIDELLI G. 1991, *Note introduttive sulla direttiva ricorsi*, *Riv. it. dir. pubb. com.* 1991, 829 e ss.
- MORBIDELLI G. 2001, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001, 171 e ss.
- MORBIDELLI G. 2008, *Il principio di legalità ed i c.d. poteri impliciti*, in *Il Principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Milano 2008, 193 e ss.
- MORRIS A.P. – YANDLE B. – DORCHAK A. 2004, *Regulating by litigation: the EPA's Regulation of Heavy-duty Diesel Engines*, *Administrative Law Review*, 2004, 403 e ss.
- NAPOLITANO G., *La strategia dei controlli nella governance comunitaria delle comunicazioni elettroniche*, *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2008, 1469 e ss.
- NIGRO M. 1953, *Le decisioni amministrative*, Napoli, 1953.
- PAJNO A. 1996, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in *I garanti delle regole cit.*, 107 e ss.
- PARON F. 2008, *Le iniziative della Regione Emilia Romagna per la divulgazione della conciliazione stragiudiziale*, *Le istituzioni del federalismo cit.*, 889 e ss.
- PICOZZA E. 2007, *I contratti con la pubblica amministrazione tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *I contratti con la Pubblica Amministrazione* a cura di C. FRANCHINI, Torino, 2007, I, 5 e ss., in part. 43 e ss.
- PISELLI P. 2007, *Le riserve e il contenzioso contrattuale*, in *I contratti con la Pubblica Amministrazione cit.*, I, 719 e ss.

- PIZZORUSSO A. 2008, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino, 2008.
- POLICE A. 1997, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, Napoli, 1997.
- PROSSER T. 2007, *Administrative procedure and the protection of citizens' rights: report from the United Kingdom*, in *Le tutele procedurali Profili di diritto comparato*, a cura di A. MASSERA, Napoli, 2007, 71 e ss., in part. 91 e ss.
- PUNZI C. 2000, *Conciliazione e tentativo di conciliazione*, *Enc. dir. agg. IV*, Milano, 2000, 327 e ss.
- ROMANO TASSONE A. 2004, *L'arbitrato*, in *Il processo davanti al giudice amministrativo* a cura di B. SASSANI e R. VILLATA, Torino 2004, 525 e ss.
- ROMANO TASSONE A. 2006, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, *Dir. amm.* 2006, 273 e ss.
- ROMANO TASSONE A. 2009, *Sulla differenziazione dei riti processuali (dalla decodificazione alla ricodificazione?)*, in *La differenziazione dei riti processuali tra certezza ed effettività della tutela*, a cura di F. ASTONE-P.FALZEA-F. SAITTA-L. VENTURA, Soveria Mannelli, 2009, 9 e ss.
- ROMUALDI G. 2008, *La conciliazione nell'ordinamento italiano*, in *Le istituzioni del federalismo cit.*, 758 e ss.
- ROSSI A. 1988, *Conciliazione (dir. proc. civ.)*, *Enc. giur.*, VII, Roma, 1988.
- ROSSOLILLO G. 2008, *I mezzi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR) tra diritto comunitario e diritto internazionale*, *DUE*, 2008, 349 e ss.
- SANDULLI A.M. 1959, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1959, 167 e ss.
- SANDULLI A.M. 1984, *Manuale di diritto amministrativo*, II, Ed. XIV, Napoli, 1984, 1150 e ss.
- SANDULLI M.A. 2009 (1), *Il processo amministrativo super accelerato e i nuovi contratti ricorso-resistenti*, [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 3 marzo 2009.
- SANDULLI M.A. 2009 (2), *I principi costituzionali e comunitari in materia di giurisdizione amministrativa*, [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 11 settembre 2009.
- SCIULLO G. 2007, *Profili degli accordi tra amministrazioni pubbliche e privati*, *Dir. amm.* 2007, 805 e ss.
- SCOCA F.G. 2002 (1), *Attività amministrativa (ad vocem)*, *Enc. dir.*, agg. VI, Milano, 2002, 75 e ss.
- SCOCA F.G., 2002 (2), *Osservazioni sulla disciplina dell'arbitrato di lavori pubblici*, *RTA*, 2002, 607.
- SCOCA S.S., 2007, *L'autorità per la vigilanza sui contratti pubblici*, in *I contratti con la Pubblica Amministrazione*, a cura di C. FRANCHINI, II, Torino, 2007, 1343 e ss.
- SIMONATI A., *Nuovi poteri del giudice amministrativo e rimedi alternativi al processo: l'esperienza francese*, Trento, 2004.
- STICCHI DAMIANI E. 2001, *La definizione consensuale delle riserve*, in *L'appalto di opere pubbliche*, a cura di R. VILLATA, Padova 2001, 841 e ss., 861.
- STICCHI DAMIANI S. 2003, *Le forme di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione. Disciplina vigente e prospettive di misurazione statistica. Le iniziative comunitarie e del Consiglio d'Europa*, *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2003, 743 e ss.

- STICCHI DAMIANI S. 2004, *Sistemi alternativi alla giurisdizione (ADR) nel Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2004.
- STICCHI DAMIANI S. 2009, *Dalla tutela del consumatore alla rete SOLVIT: è possibile enucleare una nozione comunitaria di ADR?*
- TACCOLA C. 2007, *Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie in Italia e in Europa*, in *Le tutele procedurali Profili di diritto comparato*, a cura di A. MASSERA, Napoli, 2007, 253 e ss.
- TARUFFO M. 2009, *Cultura e processo*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 63 e ss.
- TESAURO G. 2003, *Globalizzazione e diritto della concorrenza*, in *Antitrust fra diritto nazionale e comunitario*, Milano 2003, 3 e ss.
- TRIMARCHI BANFI F. 2005, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, *Dir. amm.* 2005, 843 e ss.
- VENEZIANI B. 1976, *Mediazione nelle controversie collettive di lavoro*, *Enc. dir.*, XXVI, Milano 1976, 50 e ss.
- VACCARI M. 2006, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie tra utenti e soggetti autorizzati o destinatari di licenze per l'esercizio di attività di telecomunicazione*, *Giur. merito*, 2006, 1669 e ss.
- VALSECCHI E. 1986, *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, Milano 1986.
- VERDE G. 2007, *Nuove riflessioni su arbitrato e pubblica amministrazione*, *Riv. Arb.*, 2007, 1 e ss.
- VINTI S. 2007, *Limiti alla soluzione stragiudiziale delle controversie nelle procedure di evidenza pubblica. Discrezionalità e conservazione dell'atto illegittimo*, *RTA*, 2007, 189 e ss.