SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCXXXVI

MICHELE GIOVANNINI

**AMMINISTRAZIONI
PUBBLICHE E RISOLUZIONE
ALTERNATIVA
DELLE CONTROVERSIE**

Bononia University Press

Opera realizzata con il contributo di

FONDAZIONE
CASSA DI RISPARMIO
IN BOLOGNA

1473
Fondazione
del Monte
DI BOLOGNA E RAVENNA

Bononia University Press
Via Zamboni 25, 40126 Bologna
tel. (+39) 051 232 882
fax (+39) 051 221 019

www.buonline.com
e-mail: info@buonline.com

© 2007 Bononia University Press
Tutti i diritti riservati

ISBN 978-88-7395-252-7

Impaginazione: Milena Giovannini

Stampa: Aslay Fotocomposizione srl

Prima edizione: agosto 2007

ad A. che deve stare in porta

RINGRAZIAMENTI

Questo libro è il risultato di uno studio sul tema dell'amministrazione giustiziale e degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie. Tale studio, che si è in parte svolto presso l'Università di Bologna nel corso di un dottorato di ricerca in Diritto Pubblico e presso la London School of Economics and Political Science, a Londra, rappresenta una realtà che da un lato si è poco evoluta dal punto di vista normativo, ma dall'altro si rivela oggi profondamente diversa, in termini di consapevolezza della gravità dei problemi e delle implicazioni derivanti dalla loro mancata soluzione, rispetto ai primi mesi del nuovo secolo.

Le persone che desidero ringraziare sono molte. Di certo, questo lavoro non avrebbe mai visto la luce senza la guida autorevole e paziente del prof. Marco Cammelli, cui sono profondamente grato per i preziosi insegnamenti e per le critiche, sempre rispettose dell'altrui autonomia di pensiero e di giudizio.

Un ringraziamento particolare al cons. Alessandro Pajno, il cui contributo si è rivelato fondamentale nell'ispirare il lavoro e nel tracciarne le linee essenziali, e al prof. Aldo Travi, per i molti suggerimenti che spero di aver saputo utilizzare al meglio.

Un sentito ringraziamento va inoltre alla prof. Carol Harlow per il tempo che ha voluto dedicarmi, regalandomi l'opportunità di comprendere meglio una realtà giuridica che, pur diversa dalla nostra sotto molteplici e significativi profili, condivide con gli ordinamenti continentali i problemi e le incongruenze di sistemi di tutela prevalentemente incentrati sulla giurisdizione. Rivolgo poi un ringraziamento altrettanto sentito al prof. Giacinto della Cananea, che ha contribuito in maniera decisiva al soggiorno inglese incoraggiandomi ad ampliare gli orizzonti culturali, ancor prima che giuridici, della mia ricerca.

Ringrazio sinceramente anche il prof. Franco Mastragostino, per avere letto pazientemente il mio lavoro e per le molte indicazioni che ne hanno senz'altro arricchito lo spessore, oltre che il prof. Giuseppe Caia per l'interesse dimostrato e l'attenzione usatami fin dai tempi del dottorato.

Grazie infine al prof. Marco Dugato, per gli spunti preziosi e per avermi sempre incoraggiato.

ELENCO DEI PERIODICI ABBREVIATI

Arch. dir. pubbl.	Archivio di diritto pubblico
Cons. St.	Il Consiglio di Stato
Corr. giur.	Il Corriere giuridico
Dig. Disc. Priv., sez. civ.	Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile
Dig. Disc. Pubbl.	Digesto delle discipline pubblicistiche
Dir. amm.	Diritto amministrativo
Dir. proc. amm.	Diritto processuale amministrativo
Dir. pubbl.	Diritto pubblico
Enc. Dir.	Enciclopedia del diritto
Enc. Giur. Treccani	Enciclopedia giuridica Treccani
Foro amm.	Il foro amministrativo
Foro it.	Il foro italiano
G.d.a.	Giornale di diritto amministrativo
Giur. cost.	Giurisprudenza costituzionale
Giur. it.	Giurisprudenza italiana
Giust. amm.	Giustizia amministrativa
Giust. civ.	Giustizia civile
Noviss. Dig. Ital.	Novissimo digesto italiano
Riv. arb.	Rivista dell'arbitrato
Riv. Corte conti	Rivista della Corte dei conti
Riv. dir. proc.	Rivista di diritto processuale
Riv. it. dir. pubbl. comunit.	Rivista italiana di diritto pubblico comunitario
Riv. trim. dir. e proc. civ.	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
Riv. trim. dir. pubbl.	Rivista trimestrale di diritto pubblico
TAR	Tribunali amministrativi regionali

INTRODUZIONE

Questo studio nasce dalla esigenza di approfondire due lacune esistenti all'interno del nostro ordinamento.

La prima consiste nel mancato esercizio, a livello amministrativo, di una funzione di garanzia e di composizione stragiudiziale dei conflitti. L'amministrazione italiana infatti, ad eccezione di alcune rare ipotesi, non ha saputo caratterizzarsi in termini giustiziali e, con la complicità del legislatore, ha preferito "appaltare" alla giurisdizione ogni questione relativa alla tutela dei diritti.

Si intende qui verificare le cause di tale atteggiamento e, soprattutto, capire in che termini e con quali vantaggi per il singolo, la collettività e la stessa amministrazione, sia possibile valorizzare il ruolo del pubblico nel garantire e tutelare la sfera dei diritti riconosciuti dall'ordinamento giuridico. In via diretta, risolvendo un conflitto attraverso l'esercizio di un potere decisorio "analogo" a quello di matrice giudiziaria; oppure in via indiretta, attraverso la gestione di una procedura finalizzata al raggiungimento di un accordo destinato a comporre il contrasto.

La seconda lacuna consiste nell'assenza di un piano generale e organico di sviluppo e diffusione degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie. La nostra esperienza giuridica, che pur attraversa una forte crisi della giustizia la cui dimensione (non unica ma) più evidente è rappresentata dalla eccessiva durata dei procedimenti giurisdizionali, è ancora fortemente legata all'idea secondo la quale la tutela effettiva degli interessi e la giurisdizione sono concetti pienamente sovrapponibili.

Al contrario, non solo gli ordinamenti di *common law*, ma anche esperienze giuridiche più simili alla nostra conoscono da tempo la tutela stragiudiziale e ne applicano i principi per risolvere il più ampio ventaglio di controversie. Sia quelle tra privati, cui da ulti-

mo sembra essersi indirizzata – si pensi al settore del consumo o al diritto societario – l’attenzione del nostro legislatore; sia quelle tra privati e amministrazioni pubbliche, la cui composizione in chiave stragiudiziale resta, nel nostro ordinamento, prevalentemente affidata al ricorso amministrativo, istituto che mostra sempre più evidenti i segni del tempo.

Ciò induce a domandarsi se vi siano margini per un’inversione di tendenza, che porti ad un ripensamento dell’istituto del ricorso amministrativo e ad un utilizzo più frequente da parte delle amministrazioni pubbliche di alcuni strumenti di composizione stragiudiziale delle liti, in particolare la conciliazione. La cui difficoltà principale, consistente nella indisponibilità delle situazioni giuridiche soggettive concernenti rapporti a carattere pubblicistico, potrebbe essere ridimensionata anche alla luce delle più moderne letture del rapporto tra amministrazione e cittadini.

Queste due lacune scandiscono la partizione del lavoro. La prima si concentra sull’analisi dei caratteri dell’attività di tipo giustiziale, svolta cioè da un soggetto pubblico e diretta alla composizione di un conflitto tra due o più parti, siano esse pubbliche o private. Tale attività può estrinsecarsi nella gestione di un procedimento di conciliazione ma potrà altresì configurarsi nell’emanazione di un lodo arbitrale o nella decisione di un ricorso amministrativo. Qui, tra l’altro, si cercheranno di evidenziare, anche attraverso l’analisi dell’esperienza passata, le potenzialità dello svolgimento di compiti giustiziali a livello amministrativo, per lo più prescindendo dalla natura delle parti che danno origine alla controversia. D’altro canto, la natura pubblica di una di esse influisce sulla possibilità di utilizzo dei diversi strumenti di tutela stragiudiziale, oltre che sullo specifico regime giuridico. Ciò costituisce l’oggetto della seconda parte del lavoro, che in prevalenza indaga le vie giustiziali di tutela utilizzabili ogniqualevolta nel conflitto sia coinvolta un’amministrazione pubblica.

Questa partizione, tuttavia, non deve essere rigidamente intesa. Per esempio, le due lacune sopra indicate si intrecciano tra loro tutte le volte in cui l’amministrazione che gestisce un procedimento giustiziale deve risolvere una controversia di cui è parte una diversa amministrazione. Ciò significa che alla generica necessità di garantirne l’indipendenza nei confronti dei soggetti in lite, si aggiunge la

necessità specifica di separare gli interessi giustiziali da quelli di cui è portatrice la sola amministrazione coinvolta. Il che presuppone una tendenziale distinzione tra le due amministrazioni, a cominciare dal profilo organizzativo e strutturale.

Nel dare conto del percorso seguito e rinviando alla trattazione il compito di motivare le affermazioni che seguono, si ritiene innanzitutto opportuno un chiarimento terminologico.

Con l'espressione "risoluzione alternativa delle controversie" si fa normalmente riferimento ad un'attività di composizione dei conflitti esercitata al di fuori del circuito giudiziario.

L'espressione è tuttavia ambigua. Questa attività nasce infatti per differenziarsi significativamente da quella giurisdizionale ma il concetto di alternatività, di per sé, non chiarisce quale sia l'elemento della giurisdizione cui, ricorrendo appunto ad una via alternativa, si intende rinunciare. Esso evoca innanzitutto una diversità concernente il soggetto al quale viene sottoposta la controversia; destinatario della domanda non è dunque il giudice ma un diverso soggetto che, a seconda dello strumento prescelto, sarà incaricato di risolvere la disputa o di agevolarne una composizione negoziata.

Si potrebbe dunque pensare che l'alternatività investa esclusivamente il profilo soggettivo ed esaurisca la sua funzione nell'affidamento della disputa ad un soggetto in grado di gestirla ed eventualmente di sostituire la decisione giurisdizionale con una propria determinazione. In realtà, l'elemento soggettivo ha carattere strumentale: l'alternatività infatti investe prevalentemente il procedimento attraverso il quale il giudice definisce la controversia; ciò significa che il concetto ha una valenza di tipo procedurale ed indica (appunto) una procedura di risoluzione dei conflitti che si discosta in misura più o meno intensa dal rito processuale.

Questo aspetto è centrale e soltanto dalla sua piena comprensione si arriva a cogliere la filosofia di fondo della tutela alternativa, le sue ragioni e il difficile rapporto con la giurisdizione, nonché a valutarne le principali declinazioni emerse dapprima a livello europeo e, molto più faticosamente, all'interno del nostro ordinamento. In sostanza, quando si parla di risoluzione alternativa delle controversie, non si può mai prescindere dal concetto di alternatività, perché in esso si cela il significato più profondo del tema.

Il presente lavoro muove anche da questa consapevolezza, cui vanno dunque imputate molte delle scelte interpretative effettuate.

Per esempio, l'analisi della nascita della tutela alternativa all'interno degli ordinamenti di *common law* e del passaggio dalla cultura della semplice informalità a quella dei veri e propri strumenti alternativi, consente di comprenderne le ragioni ma anche il limite principale, che consiste nel rapporto mai definitivamente risolto con le garanzie e la giurisdizione. E in effetti la storia delle *Adr* può anche essere definita come l'incessante tentativo di individuare un punto di equilibrio tra la semplicità della procedura (da cui la rapidità del rimedio ed il contenimento dei costi) e il rispetto delle garanzie di base proprie dei procedimenti giudiziari.

Anche questo è un aspetto centrale, nel senso che uno strumento introdotto allo scopo di ampliare le *chance* di tutela del singolo, non può poi in concreto tradursi nell'abbattimento delle soglie minime di garanzia riconosciute a livello processuale. Tanto è vero che nel nostro ordinamento, ove le *Adr* non hanno ancora trovato organica diffusione, trova discreto seguito l'opinione di chi connota l'esperienza della tutela alternativa in termini di inaccettabile inferiorità qualitativa rispetto a quella garantita dal processo.

Orbene, l'analisi di quanto è accaduto negli ordinamenti di *common law* dimostra l'indole pregiudiziale di queste considerazioni. In particolare, l'esperienza anglo-americana insegna che non bisogna pretendere l'assoluta perfezione degli strumenti alternativi, né tanto meno la loro sovrapposibilità al processo, ma individuare un punto di equilibrio, un confine entro il quale i limiti intrinseci degli strumenti alternativi risultano essere un costo accettabile se rapportato ai vantaggi connessi ad una risoluzione rapida e informale della controversia.

La ricerca di questo equilibrio si è giocata sul terreno delle garanzie e il risultato raggiunto è rappresentato dalla cosiddetta "amministrativizzazione" della tutela alternativa, cioè dalla istituzione di organismi che offrono servizi e programmi di risoluzione alternativa delle controversie da una posizione di indipendenza rispetto agli interessi in gioco. In sostanza, l'inevitabile rinuncia ad alcune garanzie tipiche del processo è stata bilanciata dalla istituzione di strutture stabili, la cui attività è agevolmente e costantemente monitorata.

Si tratta dunque di un modello compromissorio, tuttavia destinato ad avere particolare fortuna in termini di capacità diffusiva. E infatti a tale modello si è ispirata l'Unione Europea nel momento in cui, a partire dall'inizio degli anni Novanta, si è in più occasioni occupata di risoluzione alternativa delle controversie; sia per promuovere un innalzamento dei livelli di accesso alla giustizia (*rectius*, alla tutela) intesa in senso ampio, cioè non solo giurisdizionale; sia per migliorare la qualità stessa della tutela, offrendo una via in più ai conflitti per la cui composizione il processo, in ragione della sua complessità e dei suoi costi, non è lo strumento più adeguato.

Di grande rilievo i principi dettati a livello comunitario in materia di risoluzione alternativa delle controversie, tra i quali spiccano quello relativo all'indipendenza dell'organo che gestisce il procedimento, la trasparenza della procedura, la completezza del contraddittorio e così via.

L'azione europea, in definitiva, si segnala per aver conferito, da un lato, centralità al tema della risoluzione alternativa, dall'altro, forza e uniformità al quadro generale di riferimento entro il quale dovranno inserirsi le esperienze settoriali degli Stati membri. Ma il profilo di maggior rilievo emerso in sede comunitaria consiste nella sistemazione dei rapporti tra tutela alternativa e giurisdizionale in termini affatto antagonistici, bensì di complementare diversità, secondo un'idea innovatrice diretta a promuovere un'ampia differenziazione dell'offerta di giustizia.

Senza che ovviamente tale differenziazione si traduca nella soluzione incostituzionale dello sbarramento definitivo della via giurisdizionale, la quale tuttavia dovrebbe essere configurata in chiave sussidiaria rispetto all'esperimento delle altre vie di tutela. Questa, del resto, sembra l'ottica con la quale la Corte costituzionale affronta il problema della giurisdizione condizionata, dichiarando l'illegittimità delle condizioni di proponibilità ed aprendo invece alle condizioni di procedibilità dell'azione giurisdizionale. Esse finiscono quindi per delimitare lo spazio della tutela stragiudiziale, marcando il confine tra ciò che amplia le vie della tutela e ciò che invece le comprime illegittimamente.

Da queste considerazioni emerge altresì la necessità di considerare la risoluzione alternativa delle controversie come un fenomeno

tendenzialmente unitario, regolato dai medesimi principi a livello europeo e caratterizzato da *standard* qualitativi omogenei. Non rileva dunque il tipo di controversia che bisogna risolvere, né tanto meno la sua natura, privatistica o pubblicistica. Ciò che conta è che il risultato complessivo non si discosti, in termini di garanzia, indipendenza ed effettività, dalla soglia fissata dal legislatore comunitario.

Questa soglia consente in un certo senso di prescindere dalla individuazione o tipizzazione dei singoli strumenti di *Adr*; ma, al tempo stesso, costituisce un utile parametro alla luce del quale verificare ciò che effettivamente appartiene al mondo ed alla filosofia dell'*Adr* e ciò che invece – pur arricchendo il panorama complessivo degli strumenti di tutela – ne resta sostanzialmente estraneo. Come ad esempio la tutela offerta dal difensore civico, dalle carte dei servizi, dagli indennizzi automatici o dalle molteplici forme di reclami previste dal nostro ordinamento.

In quest'ottica deve essere ri-studiata la tutela amministrativa. Essa nasce come unica forma di protezione nei confronti degli atti amministrativi. Successivamente viene affiancata dalla tutela giurisdizionale per poi essere quasi completamente marginalizzata dalla storia, oltre che dal diritto. Ciò, a causa dell'incapacità dell'amministrazione di pronunciarsi con imparzialità sulla legittimità delle scelte effettuate.

Questa è la ragione per la quale, nel riproporre oggi il tema dell'amministrazione giustiziale, non è più possibile prescindere dal profilo della imparzialità della sua azione; quindi, qualunque sia lo strumento in concreto utilizzato, non è più possibile rinunciare all'indipendenza del soggetto che gestisce il procedimento contenzioso. Ed è qui che, data l'incertezza del quadro costituzionale, giocano un ruolo fondamentale i principi comunitari ora richiamati, la cui pervasività consente di ovviare al prolungato silenzio del legislatore.

Collocare la tutela amministrativa nell'ambito della risoluzione alternativa delle controversie significa conformarne la disciplina al regime giuridico condiviso a livello europeo e applicato da altri Stati membri. Con tutto ciò che ne deriva, compresa la possibilità che parte di ciò che vige attualmente non appaia più compatibile con il nuovo quadro giustiziale e debba pertanto essere definitivamente archiviato.

Tra i profili di possibile incompatibilità, un posto centrale è occupato dall'imparzialità e indipendenza del soggetto che gestisce o

“amministra” la procedura contenziosa. Come noto, questi caratteri si prestano a diverse interpretazioni. E in effetti è opportuno che vengano declinati in base allo strumento e alla procedura utilizzati, secondo gradazioni differenti che tuttavia non incidono sul risultato finale. In questi termini si ritiene paradigmatica l’esperienza delle autorità amministrative indipendenti: non già nella convinzione che ogni manifestazione giustiziale debba rispecchiarne i caratteri e i presupposti strutturali, cosa che evidentemente restringerebbe oltremodo le potenzialità diffusive dell’area giustiziale; ma, piuttosto, nel tentativo di marcare un confine più chiaro con l’esperienza passata, caratterizzata da una forte contiguità tra le esigenze e le ragioni del potere e quelle della tutela.

Questa esperienza rende dunque manifesta la necessità di tenere il più possibile separata l’area giustiziale da quella di amministrazione attiva; cioè l’area in cui si tutelano gli interessi e il diritto in quanto tale, da quella in cui lo si plasma alla luce dell’interesse pubblico da perseguire. Solo in questo modo si persegue una tutela effettiva, rispettando i vincoli del diritto comunitario ed ampliando i diritti del singolo.

Tale ampliamento, peraltro, non si realizza senza sacrificio. Non può infatti dubitarsi che, quando l’amministrazione è parte della controversia da risolvere, semplificare e rendere più rapido l’utilizzo di uno strumento di tutela le complica enormemente la vita. Tuttavia, anche l’amministrazione sembra poterne trarre vantaggio e non soltanto in forza del proprio ruolo sul territorio e della legittimazione all’esercizio del potere che da esso deriva. Questo profilo è senz’altro significativo ma, in quanto attinente più alla scienza politica che al diritto, ad esso sarà dedicato soltanto un accenno.

Piuttosto, ciò che sembra maggiormente rilevante ai presenti fini, è il fatto che il procedimento giustiziale consente di riportare la vicenda entro la sfera amministrativa, se del caso di reconsiderarla nel merito, prima che essa sfugga definitivamente alla disponibilità delle autorità pubbliche ed acquisti rilievo esclusivamente giurisdizionale. Con evidenti benefici in termini di miglioramento qualitativo dell’azione amministrativa, il cui “buon andamento” imposto a livello costituzionale potrebbe essere giuridicamente valutato anche in base alla capacità dell’amministrazione di rimeditare le scelte effettuate e di perseguire una politica diretta ad evitare il ricorso al giudice se non stretta-

mente necessario o quantomeno nel caso in cui sussistano precedenti giurisprudenziali sufficientemente consolidati.

Effetti analoghi potrebbero in realtà essere perseguiti anche in altro modo, per esempio perfezionando il sistema dei controlli interni. Ma, anche a prescindere dalle difficoltà che tale sistema incontra nell'attuazione concreta del disposto normativo, si tratta di un momento tutto interno all'amministrazione che attiene al profilo attivo dell'azione amministrativa e al quale pertanto la tutela dei diritti resta sostanzialmente estranea. In buona sostanza, questo tema non rientra nelle finalità del presente lavoro perché i controlli si collocano a monte della vicenda giustiziale ed attengono più all'ambito del buon amministrare che non a quello della stretta tutela.

Come si è detto, invece, l'approccio qui adottato presuppone la tendenziale separazione tra questi due ambiti. Appartengono a logiche diverse e la loro contaminazione ha già prodotto risultati insoddisfacenti; basti pensare alla vicenda del ricorso amministrativo.

Ciò non implica una rinuncia a tutte le forme di ricorso amministrativo. Per esempio, vi sono ampi margini per riconsiderarne la forma "impropria" in tutte le ipotesi in cui la controversia da risolvere concerne un rapporto di natura pubblicistica, fondato sulla esistenza di un atto amministrativo. Così come, del resto, particolare attenzione meritano la conciliazione e l'arbitrato, cioè strumenti che condividono le logiche dei rapporti a carattere privatistico e sono governati dal consenso tra le parti e da atti variamente riconducibili alla loro autonomia negoziale.

In realtà, questa separazione – centrale nell'economia complessiva del lavoro – può anche rappresentarne un limite. Infatti, ipotizzare non già la creazione di un nuovo apparato ma l'attivazione di una funzione che, presupponendo la distinzione dal nucleo centrale dell'attività ordinaria, è comunque destinata a ripercuotersi sull'assetto strutturale dell'amministrazione, può rivelarsi non in linea con le esigenze di un momento storico caratterizzato da una costante contrazione delle risorse destinate alle amministrazioni pubbliche. In altri termini, potrebbe non esservi alcuno spazio per l'attività giustiziale, dal momento che il necessario rispetto dei vincoli di bilancio spesso compromette, già di per sé, lo svolgimento della parte attiva dell'azione amministrativa.

D'altro canto, l'ammontare dei costi giustiziali non è agevolmente quantificabile, così come appare astratto e generico cercare di capire in che misura tali costi possano risultare compensati da un diverso e più oculato approccio al contenzioso da parte dell'amministrazione. Comunque sia, il profilo è a tal punto incerto che si è preferito escluderlo dalla trattazione o, meglio, segnalarlo soltanto come elemento di sfondo.

Questa scelta consente di sottolineare un aspetto centrale del tema, dal quale in parte deriva il taglio prospettico del lavoro: l'ampliamento della tutela dei diritti del cittadino derivante dall'affermazione di una consapevolezza di tipo giustiziale nell'amministrazione pubblica. Tale ampliamento rileva in sé e consente di prescindere, quantomeno ai presenti fini, da ogni considerazione e valutazione in termini di realizzabilità e di costi. Esso infatti appare strumentale all'aumento degli indici di democraticità dell'ordinamento, realizzato attraverso un più stretto coinvolgimento del cittadino nella gestione degli interessi collettivi¹, seppur soltanto attraverso la prospettiva del singolo episodio conflittuale.

La stessa selezione, tra le molte ipotesi esistenti, delle fattispecie cui dedicare maggior attenzione risponde in parte a questa esigenza; senza per questo voler trascurare l'ottica amministrativa, ma nella convinzione che tale ottica non possa più sottrarsi legittimamente alla considerazione dei diritti e degli interessi del cittadino.

Anche per questa ragione il lavoro non cerca di rispondere alla eterogeneità del quadro esistente inseguendo i volti, mutevoli e spesso ingannevoli, che il diritto positivo assume nella realtà dei rapporti giuridici quando è assente una disciplina generale di riferimento. Al contrario, si è ritenuto più utile concentrare l'attenzione sugli esempi maggiormente significativi e qualificanti, nell'auspicio che essi possano in futuro orientare l'azione di un legislatore il cui intervento in proposito appare ogni giorno più urgente.

¹ F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, Venezia, Marsilio, 1994, nonché più di recente e secondo la prospettiva del principio di sussidiarietà, G. ARENA, *Cittadini attivi*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

PARTE PRIMA

**RISOLUZIONE ALTERNATIVA DELLE CONTROVERSIE
E FUNZIONE GIUSTIZIALE**

CAPITOLO I

LA RISOLUZIONE ALTERNATIVA
DELLE CONTROVERSIE

1. *La “Informal Justice” tra informalità e alternatività*

Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie nascono e si diffondono rapidamente negli ordinamenti di *common law* a partire dagli anni Settanta¹.

Il lungo dibattito che ne ha accompagnato dapprima l'introduzione e poi il progressivo consolidamento ha preso avvio da una serie di argomentazioni fortemente critiche nei confronti del processo; meglio, nei confronti delle complessità formali che lo caratterizzano, rendendolo spesso inadeguato alla tutela di un numero considerevole di interessi giuridici.

Questo movimento critico ha inizialmente indotto la dottrina angloamericana² a concentrare la propria attenzione sull'individuazione, ad ampio raggio e non sorretta da un disegno unitario, di un insieme del tutto eterogeneo di rimedi che consentissero al cittadino la tutela delle proprie situazioni giuridiche soggettive senza il coinvolgimento della giurisdizione.

Se fino a quel momento i problemi della giustizia e della effettività della tutela erano stati osservati nell'ottica di un rinnovamento

¹ Sulla nascita e lo sviluppo della tutela alternativa si veda il contributo di uno dei suoi più autorevoli studiosi, F.E.A. SANDER, *Alternative Methods of Dispute Resolution: an overview*, in «University of Florida Law Review», 1985, p. 1 e ss.

² Con questa espressione si fa riferimento congiunto alle analisi condotte dagli studiosi inglesi e statunitensi, sebbene la prima affermazione di una vera e propria “cultura dell'alternatività” debba essere attribuita soprattutto a questi ultimi.

della struttura dell'ordinamento giudiziario e della disciplina processuale, a partire dagli anni Settanta, l'attenzione, in conformità alle esigenze richiamate, si sposta sulla possibilità di valorizzare gli istituti tipici della cosiddetta *informal justice*, accomunati tra loro quasi esclusivamente dall'essere "altro" rispetto ai procedimenti giurisdizionali.

Si tratta di rimedi molto semplificati sotto il profilo procedurale. Ciò determina importanti conseguenze, per esempio, sul profilo della durata. Ma l'effetto che ha suscitato maggior interesse di studiosi e operatori giuridici è il fatto che la semplicità delle forme rende non necessario il ricorso all'ausilio dell'avvocato, che viene di frequente considerato tra i maggiori responsabili non tanto delle complessità procedurali, quanto del loro utilizzo, nonché delle degenerazioni (non ultime, per esempio, quelle relative ai costi complessivi sopportati dalle parti) indotte dalla sua centralità all'interno del procedimento giurisdizionale.

Su questi ed altri aspetti si tornerà, non senza aver anticipato un punto spesso in ombra nelle trattazioni in materia: la connessione tra le prime manifestazioni, per così dire embrionali, di *alternative dispute resolution procedures* e le procedure alternative informali. Rispetto alle quali è opportuno un chiarimento posto che, mentre con l'utilizzo dell'acronimo *Adr* – ormai entrato a far parte del patrimonio giuridico comune – ci si riferisce principalmente alle tecniche di risoluzione alternativa delle controversie conosciute con il nome di negoziazione, conciliazione ed arbitrato, le altre procedure informali sono meno conosciute perché la loro operatività è rimasta più che altro circoscritta all'interno degli ordinamenti di *common law*.

Tuttavia, un cenno ad esse è importante per due ragioni: perché sia chiaro che quando si parla di risoluzione alternativa delle controversie restringere il campo di indagine alle sole *Adr* in senso stretto è limitativo, stante la presenza negli ordinamenti giuridici contemporanei di strumenti alternativi di tutela non riconducibili soltanto a queste; e perché le *Adr* in senso stretto nascono e si sviluppano anche grazie alle analisi concernenti i vizi e le virtù delle altre procedure informali, nei confronti delle quali, dunque, si pongono in rapporto di specie a genere.

Si pensi, per esempio, alla tutela offerta dai *Magistrates* del sistema inglese³ o dai membri dei *Community Boards* statunitensi (celebre quello di San Francisco, istituito nel 1977) i quali, benché non qualificati dal punto di vista legale e senza ricevere alcun corrispettivo, ascoltano e risolvono talune controversie (aventi ad oggetto piccole somme di denaro, rapporti familiari o di vicinato e così via) pertinenti alla località cui anch'essi appartengono. In questi casi l'accento è posto più che sul singolo strumento di risoluzione della controversia – che potrebbe anche essere, in ipotesi, una negoziazione o una conciliazione – sul soggetto e soprattutto sul procedimento attraverso il quale si giunge alla composizione del conflitto. Si tratta, cioè, di forme non professionali di tutela, territorialmente caratterizzate e dirette a favorire il coinvolgimento e la responsabilizzazione dei componenti della comunità nell'amministrazione della giustizia⁴.

Si pensi ancora, sempre a titolo esemplificativo, agli *Administrative Tribunals* inglesi che oggi rappresentano, nonostante l'informalità (progressivamente diminuita nel corso degli anni) che ne contraddistingue il funzionamento, la principale forma di tutela nell'ambito delle controversie amministrative tanto tra privati quanto tra privati ed amministrazioni pubbliche⁵.

³ Secondo le più recenti rilevazioni sono all'incirca 29.000 ed esercitano funzioni volontarie più o meno per un periodo di trenta giorni all'anno. Vengono nominati dal *Lord Chancellor* e, di norma, operano in collegi composti da tre membri.

⁴ Per una lettura problematica di queste forme di tutela, definite oltre che informali anche popolari, S.E. MERRY, *Popular Justice and the Ideology of Social Transformation*, in «Social & Legal Studies», 1992, p. 161 e ss., in cui l'Autrice si domanda in particolare se l'allocazione di tale potere alle comunità locali favorisca ed assecondi il cambiamento sociale oppure – come dall'analisi sembra alla fine emergere – sia in realtà un mezzo per rafforzare soltanto le *elites* locali e, dunque, il controllo dello Stato.

⁵ Istituiti con legge dal Parlamento in settori per lo più corrispondenti alle aree di intervento pubblico nel sociale, nell'economia, nella pianificazione territoriale e così via, gli *Administrative Tribunals* sono oggi disciplinati dal *Tribunals and Inquiries Act* del 1992. Secondo dati recenti sono dislocati su tutto il territorio in un numero che varia all'incirca dalle 70 alle 80 unità (ad esempio, *Industrial Tribunals*, *Immigration Tribunals*, *Mental health review Tribunals*, *Social security Tribunals*) e decidono più o meno 300.000 controversie all'anno. Sono composti da soggetti dotati di competenze specifiche proprie del settore di riferimento ed offrono una tutela di legittimità e di merito che costa meno ed è più rapida di quella

Questi rimedi sono tra loro radicalmente diversi; tuttavia, per quanto qui rileva, tale diversità può essere ricondotta ad unità nel momento in cui si coglie il tratto essenziale di ognuno di essi, rappresentato dall'estrema semplicità procedurale che si estrinseca, per esempio: nella non necessarietà di alcuna forma di rappresentazione legale; nell'audizione prima separata poi congiunta delle parti, spesso realizzata sedendo attorno al medesimo tavolo, nel tentativo di favorire ove possibile una composizione amichevole; nella massima libertà delle forme quanto all'assunzione – cui può autonomamente procedere il collegio rimediando in tal modo a eventuali disattenzioni degli interessati – degli elementi di fatto e di diritto determinanti per la soluzione della controversia.

Quelli richiamati sono soltanto alcuni degli aspetti che caratterizzano la risoluzione informale delle controversie; ciononostante, va sottolineato che tali aspetti sono particolarmente sentiti e diffusi in procedimenti informali molto diversi tra loro; ciò significa che negli ordinamenti di *common law* l'informalità o, meglio, la cultura dell'informalità⁶ ha assunto un ruolo centrale nell'ambito delle politiche pubbliche in tema di giustizia ed è stata perseguita con una determinazione che non ha eguali all'interno del panorama giuridico degli ordinamenti di *civil law*.

2. *I vantaggi della risoluzione informale nel dibattito all'interno degli ordinamenti di "common law"*

Negli anni sono progressivamente emersi sempre più numerosi i vantaggi che derivano dall'utilizzo di procedure in qualche modo ri-

processuale. Sugli *Administrative Tribunals* la letteratura è sterminata. Per una lettura problematica degli aspetti qui trattati H. GENN, *Tribunals and Informal Justice*, in «The Modern Law Review», 1993, p. 393 e ss. Con riferimento alla dottrina italiana, risulta ancora fondamentale E. BALBONI, *Amministrazione giustiziale*, Padova, Cedam, 1986.

⁶ Anche definita "ideologia" da chi ha sottoposto la risoluzione informale delle controversie ad una serrata critica. Sul punto si rinvia alle autorevoli considerazioni di R.L. ABEL, *Conservative Conflict and the Reproduction of Capitalism: The Role of Informal Justice*, in «International Journal of the Sociology of Law», 1981, p. 244 e ss.

conducibili all'*informal justice*. Alcuni sono in parte già stati evidenziati; sembra ora opportuno richiamarli in maniera più dettagliata.

Vi è innanzitutto il profilo relativo ai tempi e soprattutto ai costi complessivi del procedimento, decisamente inferiori rispetto a quelli necessari per intraprendere un'azione giurisdizionale, se non altro per l'assenza o, laddove presente, il diverso coinvolgimento del rappresentante legale; a ciò si aggiunga che tale profilo non riguarda soltanto le parti del procedimento ma presenta risvolti di tipo "istituzionale", nel senso che è ragionevole ritenere – anche se il punto non risulta essere stato mai quantificato – che lo stesso ordinamento tragga indirettamente un vantaggio economico da una risoluzione più rapida della controversia, dato che questa va ad incidere in misura minore sulle risorse, in genere insufficienti, che lo Stato stanzia per l'amministrazione ed il funzionamento della giustizia.

Vi è poi il profilo dell'accesso alla giustizia, sul quale si avrà occasione di tornare, strettamente connesso a quello dei costi del procedimento. I procedimenti informali di tutela infatti non rappresentano solo un ampliamento delle possibilità di tutela per le parti economicamente svantaggiate ma consentono ad esse di minimizzare l'abilità delle parti privilegiate (*the "haves"*) nel manipolare il complesso meccanismo processuale a proprio ed esclusivo vantaggio⁷.

Un altro importante punto a favore dell'introduzione di meccanismi informali di tutela attiene alla natura non professionale o, il che è analogo, non strettamente giuridica dei collegi giudicanti, di norma composti anche da soggetti "laici", a volte semplici cittadini espressi dalla comunità locale, altre, veri e propri esperti dotati di elevate competenze tecniche a seconda della materia cui inerisce la controversia da risolvere. Ciò determina importanti conseguenze per quanto riguarda la determinazione finale che risulta in questo modo doppiamente legittimata (e dunque più idonea a chiudere la disputa in via definitiva); da un lato perché è adottata con il contributo di soggetti la cui credibilità a livello locale è agevolmente verificabile, divenendo così uno dei parametri di valutazione della credibilità del-

⁷ Per esempio B. GARTH, *The Movement toward Procedural Informalism*, in R.L. ABEL (a cura di), *The Politics of Informal Justice, Comparative studies*, II, New York, Academic Press, 1982, p. 200.

la decisione stessa; dall'altro perché è il frutto di ponderazioni potenzialmente qualificate, nelle quali entrambi i profili, tecnico e giuridico, sono tenuti in considerazione⁸.

Altri vantaggi sono stati evidenziati da chi ha approfondito lo studio della *informal justice*.

Così, vi è chi ha posto l'accento, in generale, sull'aspetto relativo alla deflazione del contenzioso giurisdizionale conseguente alla diffusione di strumenti alternativi ed alla riduzione, da questa indotta, dei normali tempi processuali. In realtà, se è incontestabile che la diminuzione quantitativa del contenzioso in entrata incida direttamente sulla durata dei procedimenti pendenti, è ancora tutto da dimostrare l'assunto in base al quale l'adozione di un sistematico programma di informalizzazione nell'attività di risoluzione delle controversie produrrebbe l'effetto di deviare parte della conflittualità dalla sede giurisdizionale.

È possibile che questo avvenga e, comunque, l'esistenza di incertezza al riguardo non dovrebbe di per sé frenare il legislatore dal perseguire politiche pubbliche in questa direzione. Tuttavia, se si osserva quanto è accaduto in particolare in Gran Bretagna e Stati Uniti, si nota che il problema del sovraffollamento delle aule di tribunale, seppur non comparabile con la situazione in cui versa il nostro paese, è ancora lontano dall'essere risolto. Ecco perché – nell'ambito dell'individuazione dei vantaggi tradizionalmente attribuiti alla giustizia informale – si ritiene più opportuno collocare l'aspetto deflattivo soltanto in secondo piano o comunque privarlo della centralità che talvolta viene ad esso riconosciuta in sede dottrinale.

Al contrario, l'analisi dei benefici indotti dalla diffusione di strumenti informali di tutela deve restare saldamente ancorata ad un

⁸ Il problema dell'utilizzo di figure equiparabili al concetto di giudice "laico" non ha trovato significativi riscontri all'interno del nostro ordinamento ed è comunque stato sempre analizzato in rapporto all'inserimento di non giuristi all'interno di collegi giurisdizionali; ciò è probabilmente dovuto al fatto che, come emerge dagli studi comparatistici in materia, la figura dei laici nell'amministrazione della giustizia è favorita in particolare nei sistemi di *common law*, ove è molto alto il livello di creatività giurisprudenziale. Sul punto già M. CAPPELLETTI, *Giudici laici. Alcune ragioni attuali per una loro maggiore utilizzazione in Italia*, in «Riv. dir. proc.», 1979, p. 698 e ss. (in part. p. 706) al quale si rimanda per i numerosi riferimenti bibliografici.

aspetto essenziale che, in un certo senso, rappresenta il punto di arrivo cui tendono – ciascuno secondo le proprie caratteristiche strutturali e a volte solo in via indiretta (per esempio il fattore costi) – i singoli vantaggi appena segnalati: il miglioramento complessivo della qualità della tutela che l'ordinamento riconosce all'individuo.

Pertanto, l'interrogativo di fondo che accompagna la risoluzione informale delle controversie è il seguente: posto che l'introduzione di mezzi informali genericamente accresce le *chance* di tutela del cittadino, a tale aumento di tipo quantitativo corrisponde anche un aumento di tipo qualitativo? In altri termini, se si prescinde, per esempio, dai fattori tempo e costi (cosa peraltro possibile soltanto in astratto), la via informale risulta intrinsecamente migliore o più soddisfacente rispetto all'ordinaria via giurisdizionale?

A questa domanda, cui non è ovviamente possibile rispondere in termini assoluti se non prezzo di radicali banalizzazioni, la dottrina non ha fornito risposte univoche. Accanto a letture dichiaratamente negative, infatti, vi sono prese di posizione dirette ad evidenziare come in alcuni casi la tutela informale risulti più efficace rispetto a quella giurisdizionale.

A sostegno di queste tesi si trovano a volte argomentazioni che richiamano i vantaggi in precedenza segnalati, altre, considerazioni che più in generale sottolineano il fatto che mentre la tutela giudiziaria è incentrata sul torto subito ed è quindi rivolta al passato, la tutela informale è essenzialmente rivolta al futuro, risultando dunque meno traumatica e più adeguata nei casi in cui sia opportuno, oltre che comporre una disputa in atto, prevenire l'insorgere di una eventuale ed ulteriore controversia⁹. Ciò è particolarmente vero in tutti i rapporti di tipo continuativo sia tra privati, sia tra privati ed

⁹ Oltre ad alcune opere in precedenza segnalate (ad esempio, M. CAPPELLETTI, *Giudici laici...*, cit., p. 710) si veda anche S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute Resolution. Negotiation, Mediation and Other Processes*, New York, Aspen Law & Business, 1999, p. 8 e ss., M. PALMER, S. ROBERTS, *Dispute Processes. ADR and the Primary Forms of Decision Making*, London, Butterworths, 1998, p. 44 e ss., G. DE PALO, G. GUIDI, *Risoluzione alternativa delle controversie. ADR nelle corti federali degli Stati Uniti*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 12 e ss., S. ROBERTS, *Alternative Dispute Resolution and Civil Justice: An Unresolved Relationship*, in «The Modern Law Review», 1993, p. 452 e ss.

amministrazioni pubbliche, dai quali possono nascere innumerevoli occasioni di conflitto.

La tutela informale, in altre parole, garantirebbe con più efficienza rispetto alla tutela di matrice giudiziaria l'integrità dei rapporti che vedono le parti contrapporsi di frequente secondo lo schema conflittuale del "*repeat-player litigant*", opposto a quello del "*one-shot litigant*", cioè del ricorrente occasionale. Come si vedrà questo punto è fondamentale e ha influenzato pesantemente gli studi sulle *adr* in senso proprio.

3. *Il movimento di critica*

Se questi sono i vantaggi evidenziati nel corso degli anni dai sostenitori dell'*informal justice*, due, in particolare, risultano i filoni di indagine seguiti dai detrattori della giustizia informale. Peraltro, è interessante notare come, pur partendo da premesse ideologiche profondamente diverse tra loro ed analizzando aspetti differenti del medesimo problema, queste ricerche abbiano alla fine raggiunto risultati analoghi, accomunati da una severa condanna nei confronti dell'informalità e da una contestuale valorizzazione della tutela giurisdizionale.

Il primo filone ruota attorno al tema del potere dello Stato e, soffermandosi sugli aspetti di tipo politico-istituzionale, analizza le conseguenze indotte sul sistema dalla diffusione di mezzi informali di tutela. In quest'ottica la tutela informale viene descritta come uno strumento attraverso il quale lo Stato espande e rinnova il proprio controllo sulla società. L'istituzione di nuovi soggetti, alternativi ed estranei al potere giurisdizionale, con il compito di dispensare giustizia in forma semplificata, comporta apparentemente una riduzione dell'influenza statale ma, in realtà, produce una forte estensione delle capacità dello Stato di governare il cambiamento e di imporre la volontà del gruppo sociale dominante¹⁰.

¹⁰ Così si esprime uno dei critici più autorevoli B. de SOUSA SANTOS, *Law and Community: The Changing Nature of State Power in Late Capitalism*, in R.L. ABEL (a cura di), *The Politics of Informal Justice, The American Experience*, I, New York, Academic Press, 1982, p. 262.

La creazione di forme di tutela informale consente, dunque, allo Stato di “bypassare” la giurisdizione e, ciò che più importa, il ruolo che essa ha avuto nel controbilanciare il potere statale, individuando nuove situazioni giuridiche da tutelare o garantendo la tutela di situazioni giuridiche costituzionalmente protette¹¹. Il conflitto viene dunque visto non soltanto come luogo di composizione di interessi individuali tra loro contrapposti ma come strumento di tutela degli interessi della minoranza. Neutralizzando il singolo momento conflittuale, pertanto, lo Stato rafforza l’ideologia prevalente consentendole di penetrare la società senza la mediazione costituzionalmente garantita della giurisdizione¹².

La prospettiva richiamata, non priva di suggestione, mette in luce la relazione tra il ruolo dello Stato e il sistema di giustizia cui esso affida la risoluzione dei conflitti e appare un’interessante anticipazione dell’archetipo ideale teorizzato da Damaška. Secondo questo Autore infatti, negli ordinamenti giuridici contemporanei la funzione del processo subisce oscillanti variazioni a seconda del mutare della concezione dominante del ruolo dello Stato in un determinato momento storico. Così, al prevalere di elementi diretti ad accrescere l’interventismo dello Stato, corrisponde una dilatazione del ruolo del processo che diviene in tal modo strumento di attuazione di scelte politiche; laddove invece, nel caso in cui lo Stato si limiti a sostenere la dinamica sociale esistente, il processo è per lo più inteso come mero strumento di risoluzione dei conflitti¹³.

Orbene, gli istituti di giustizia informale si prestano ad alterare l’equilibrio tra i modelli ora richiamati. Lo Stato, in altri termini, pur senza vedere formalmente modificato il rapporto con un potere giurisdizionale dotato di particolare forza e legittimazione, è in gra-

¹¹ Sottolinea il rischio che la diffusione di strumenti alternativi arresti lo sviluppo del diritto cui le corti hanno contribuito in maniera determinante per esempio in tema di diritti civili, H.T. EDWARDS, *Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema?*, in «Harvard Law Review», 1986, p. 679.

¹² R.L. ABEL, *The Contradictions of Informal Justice*, in R.L. ABEL (a cura di), *The Politics...*, cit., p. 280, nonché, più di recente, P. FITZPATRICK, *The Impossibility of Popular Justice*, in «Social & Legal Studies», 1992, p. 199 e ss.

¹³ M.R. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere*, Bologna, Il Mulino, 1991, che definisce interventista o attiva la prima concezione, del *laissez-faire* o reattiva la seconda.

do – tramite la diffusione dell’informalità – di aggirare il confronto con la giurisdizione e di imporre a livello sociale (e soprattutto al di fuori del circuito costituzionale politica-giurisdizione) l’affermazione di valori e ideologie propri della classe politica dominante.

La nostra esperienza, del resto, presenta svariate analogie con quanto ora affermato.

Da un lato, la crescita dell’ambito di influenza della giurisdizione e il ruolo di supplenza¹⁴ cui il giudice non si è sottratto nell’interpretare il diritto in relazione alle singole fattispecie¹⁵, hanno

¹⁴ La letteratura sul punto è sterminata ma le prospettive e le interpretazioni del fenomeno sono spesso differenti. Per esempio, S. RODOTÀ, *Magistratura e politica in Italia*, in E. BRUTI LIBERATI, A. CERETTI, A. GIASANTI (a cura di), *Governo dei giudici*, Milano, Feltrinelli, 1996, p. 28, e M. CAMMELLI, *Crisi dei meccanismi regolativi e supplenza giudiziale*, in *Storia d’Italia. Annali*, Torino, Einaudi, 1998, p. 555, ne valorizzano la stretta relazione con la perdita di coerenza sistematica della produzione normativa, perdita che rende imprescindibile l’intervento chiarificatore del giudice; la prospettiva sociologica è invece approfondita da S. COTTA, *La litigiosità odierna. Considerazioni giuridico-culturali*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1983, p. 772, il quale riconduce alla incertezza della regola l’aumento delle trasgressioni e dei conflitti. Questo fenomeno, peraltro, si inserisce all’interno del processo di “superamento dello Stato di diritto legislativo” che investe la maggior parte degli ordinamenti giuridici contemporanei ad impronta giuspositivistica e sposta l’attenzione dell’interprete dal concetto di regola a quello di principio. La distinzione tra regole (*legal rights based on settled rules*) e principi (*natural rights based on principles*) e la valorizzazione di questi è uno dei capisaldi sui quali si fonda il celebre “*attack on positivism*” condotto alla fine degli anni Settanta da R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il Mulino, 1982, in particolare, pp. 93-99. Per una contestualizzazione dell’insegnamento di Dworkin, più di recente, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, in particolare p. 45.

¹⁵ Ampiamente noto è infatti il tema del superamento dell’impostazione sintetizzata da Montesquieu nella celebre frase secondo la quale i giudici non sono altro che “*la bouche qui prononce les paroles de la loi*”. Partendo dal presupposto secondo il quale la creatività è connaturata al processo interpretativo che il giudice compie nel risolvere il caso (sul punto S. GAMBINO, *Magistratura e potere politico*, consultabile alla sezione “Dibattiti” del sito www.associazionedicostituzionalisti.it), ribadisce che “non si dà attività giurisdizionale senza interpretazione delle norme” e che “non si dà interpretazione [...] che non sia, tecnicamente, creazione di norma giuridica”, il punto centrale è in realtà costituito dalla difficoltà di determinare il livello accettabile di creatività (e quindi di politicità) del potere giudiziario che, a fronte delle consistenti modifiche concernenti l’aspetto funzionale, vede tuttora invariato il suo assetto organizzativo. Il problema è già stato posto principalmente in termini di quantità da M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 10 e ss. e 81. Più di recente, sottolinea il rischio che l’inevitabile e spesso opportuna discrezionalità giurisprudenziale possa degenerare in arbitrio M. TARUFFO,

modificato il significato stesso del giudizio che trascende la singola occasione di tutela e diviene strumento di partecipazione al processo politico¹⁶; con inevitabili implicazioni sul rapporto tra politica e giurisdizione, divenuto particolarmente conflittuale proprio in ragione delle esigenze di riequilibrio più volte manifestate a livello politico¹⁷.

Dall'altro, per il fatto che nel nostro ordinamento le forme alternative di tutela nei confronti dell'amministrazione hanno addirittura anticipato la nascita della giurisdizione. Al punto che può non apparire corretto qualificarle come alternative dato che, per un lasso di tempo non indifferente, hanno rappresentato l'unica forma possibile di tutela e – anche grazie alla particolare configurazione istitu-

Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 2001, p. 11 e ss., richiamando l'attenzione sulla necessità che l'attività del giudice nell'interpretare la norma soddisfi i due requisiti della coerenza interna della decisione e dell'“universalizzabilità” del criterio decisorio. Senza poter ulteriormente diffondersi sul punto, è interessante tuttavia ricordare come le oscillazioni giurisprudenziali derivanti da una eccessiva discrezionalità possano pregiudicare il principio di certezza giuridica in ordine al reale significato da attribuire alle norme. Sembra cioè smentita – oggi e da questo punto di vista – la prospettiva con la quale G. FASSÒ, *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1972, p. 897 e ss., manifestava più che il convincimento l'auspicio che, attraverso il superamento dell'identificazione del diritto con la legge, sarebbe aumentata la certezza giuridica. Basti pensare alla giurisprudenza della Corte di cassazione la cui funzione nomofilattica è di frequente messa in discussione da un atteggiamento che F. GALGANO, *Giustizia civile e litigiosità*, in «Contratto e Impresa», 1993, p. 329, non esita a definire “volubile”, auspicando che il Supremo Collegio – nel contrastare la crescita della litigiosità – riesca a tenere fermi i propri orientamenti per un lasso perlomeno apprezzabile di tempo. L'illustre Autore più di recente (*L'efficacia vincolante del precedente di Cassazione*, in «Contratto e Impresa», 1999, p. 894) sembra tuttavia riconoscere che la Cassazione sta progressivamente acquistando “piena consapevolezza della propria extraprocedurale funzione di nomofilachia”. In termini tuttora critici, invece, S. CHIARLONI, *Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 2002, in part. p. 5 e ss.

¹⁶ Tema approfondito, in tutti i suoi aspetti più problematici, da C. GUARNIERI, P. PEDERZOLI, *La democrazia giudiziaria*, Bologna, Il Mulino, 1997, p. 17, inducendo gli Autori ad esprimersi senza mezzi termini in favore di un ripensamento complessivo dei caratteri organizzativi e funzionali della giurisdizione.

¹⁷ Evidenza la persistente debolezza politica delle istituzioni deputate a rappresentare la volontà della collettività M. CAMMELLI, *Istituzioni deboli e domande forti*, in «Il Mulino», 2002, p. 6.

zionale del massimo organo di giustizia amministrativa¹⁸ – sono state utilizzate, a dispetto dell'indole più strettamente giustiziale, quali strumenti di controllo e di governo dell'evoluzione del sistema amministrativo.

Su questo aspetto si avrà occasione di tornare. Per ora è sufficiente limitarsi a rilevare come l'ipotesi che segnala la possibilità che gli strumenti alternativi vengano utilizzati per finalità non necessariamente connesse alla mera risoluzione di un conflitto non è priva di fondamento ed anzi, seppure oggi attenuata, già appartiene all'esperienza giuridica del nostro ordinamento.

A livello tendenziale, comunque, può essere che la diffusione di strumenti informali di tutela si presti a quanto sopra rilevato; tuttavia, ciò presuppone pur sempre la riappropriazione, in capo ai soggetti incaricati di risolvere la controversia o al più alle parti (pubbliche o private) che optano per una soluzione negoziata della vertenza, di un potere decisionale che le tendenze più consolidate della giustizia amministrativa hanno attribuito al potere giurisdizionale¹⁹.

Ebbene, se questo è uno degli esiti possibili, non è detto che gli interessi del singolo ricorrente non risultino alla fine tutelati e garantiti in maniera più efficace. Infatti, il procedimento informale valorizza al massimo il coinvolgimento soggettivo delle parti, restituendo loro quella centralità nell'ambito del percorso decisionale che, vi-

¹⁸ La bibliografia sulla commistione tra funzioni consultive e giurisdizionali è naturalmente assai copiosa. Per un'indagine recente diretta ad analizzare ad ampio raggio la contiguità tra le istituzioni governative e il Consiglio di Stato, si veda M.S. RIGHETTINI, *Il giudice amministratore*, Bologna, Il Mulino, 1998. Di grande interesse anche il lavoro di Y. MENY (a cura di), *I Consigli di Stato in Francia e in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1994. Per un'analisi di come da questa commistione possano derivare al Consiglio di Stato non soltanto critiche astratte ma imbarazzi interpretativi nella "gestione" di istituti di matrice giustiziale, si consenta il rinvio a M. GIOVANNINI, *Il ricorso straordinario come strumento alternativo alla giurisdizione amministrativa: il difficile percorso di un rimedio efficace*, in «Dir. amm.», 2002, in part. p. 100 e ss..

¹⁹ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 1994, p. 312, non esita a parlare di "bruta normazione giurisprudenziale" a proposito del riconoscimento della possibilità di esperire il giudizio di ottemperanza per ottenere l'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo ma la vocazione schiettamente pretoria della giustizia amministrativa è fenomeno ampiamente noto.

ceversa, oggi ruota principalmente attorno alla figura del giudice. A ciò si aggiunga che da questa centralità possono scaturire effetti positivi sul profilo dell'efficienza dell'azione amministrativa, in tal modo "alleggerita" non soltanto dell'intervento vincolante del giudice, estraneo alle logiche dell'amministrazione e alle sue responsabilità, ma anche della prolungata situazione di incertezza che di norma accompagna questo intervento.

Il secondo filone di indagine concentra invece i propri rilievi critici sulla concreta operatività dei rimedi informali.

Tra i diversi profili emersi, uno in particolare è stato intensamente criticato: l'informalità della procedura provocherebbe una forte diminuzione delle garanzie in capo alle parti, a tutto svantaggio, naturalmente, di quella economicamente più debole. Anzi, la risoluzione informale delle controversie non farebbe che accentuare le differenze in termini di forza economica tra le parti, motivo per il quale risulterebbe del tutto inadeguata laddove tali differenze siano, fin dall'origine, consistenti.

Si pensi per esempio alle difficoltà della parte debole e dunque non adeguatamente assistita nel rappresentare correttamente a sé stessa, seppure soltanto in termini probabilistici, quale potrebbe essere l'esito di un'eventuale azione giurisdizionale in ordine all'individuazione di un'equa base di trattativa da cui partire; nel reperire e comprendere in profondità le informazioni necessarie per impostare efficacemente la propria strategia difensiva; o, ancora, si pensi al caso in cui una delle parti sia indotta ad accettare una soluzione non propriamente soddisfattoria della controversia soltanto perché in condizioni di grave disagio economico o perché comunque impossibilitata, dal punto di vista finanziario, a far fronte ad un'azione giurisdizionale²⁰.

²⁰ Queste argomentazioni, in parte già sostenute da L. NADER, *Disputing Without the Force of Law*, in «The Yale Law Journal», 1979, p. 998 e ss., sono state poi riprese e sviluppate da O.M. FISS, *Against Settlement*, in «The Yale Law Journal», 1984, p. 1076, il quale al proposito sottolinea, coerentemente rispetto alla propria impostazione, che il ricorrente debole è comunque una "vittima" degli alti costi processuali, anche nel momento in cui ricorre ad uno strumento informale di tutela, quale, per esempio, un accordo transattivo. Con ciò verrebbe meno, secondo l'Autore, una delle ragioni principali della giustizia informale.

Si tratta di considerazioni importanti che di certo toccano un aspetto concreto e particolarmente problematico dell'informalità: quello del rapporto tra qualità della tutela informale – la scelta in merito alla quale non può essere motivata soltanto da esigenze di tipo economico, pena la sua inevitabile declassazione a “giustizia di seconda classe” – e rispetto delle garanzie più elementari nell'attività, pur informale, di composizione del conflitto; la cui capacità attrattiva presuppone l'esistenza di un consenso libero ed effettivo, non riguardante necessariamente il momento iniziale di opzione per la via non giurisdizionale ma il momento finale di accettazione della soluzione “emersa” a conclusione del procedimento.

Questi problemi sono normalmente accentuati nel caso in cui i rapporti di forza tra le parti risultano economicamente squilibrati, come spesso accade quando una delle parti è una pubblica amministrazione, la cui disponibilità in termini di risorse economiche e organizzative, capacità di attesa e livello di coinvolgimento soggettivo oltre a tutti gli altri aspetti cruciali per poter impostare una efficace strategia difensiva, non possono certo competere con quelli a disposizione del singolo individuo.

4. *Problemi veri e falsi dell'informalità*

Se questo è vero, l'orientamento di critica sopra segnalato merita di essere ulteriormente valutato ai presenti fini. Infatti, il *deficit* denunciato in termini di garanzie ha influenzato in maniera decisiva il dibattito sviluppatosi negli ultimi anni sulle procedure informali di tutela e sulle *Adr* in generale²¹.

A ben guardare, tuttavia, focalizzare l'attenzione sui rischi connessi all'utilizzo delle procedure informali senza porsi il problema di contribuire al miglioramento della disciplina, si traduce fatalmente in una valorizzazione della tutela giurisdizionale rispetto a quella infor-

²¹ Ed è questa la ragione per la quale a queste, più che ad aggiornamenti di queste, si ritiene qui opportuno dedicare maggior attenzione.

male²². E questo non consente di apportare molta carne al fuoco del dibattito incentrato sull'individuazione di strumenti di tutela che mettano il cittadino in condizione di poter scegliere, laddove se ne presenti la necessità, la via informale rispetto a quella di matrice giudiziaria.

In definitiva, il movimento di critica finisce per negare il rilievo stesso delle premesse da cui è partita la ricerca di tecniche alternative. Da un lato infatti, mette a confronto due tipologie differenti di tutela, l'una alternativa all'altra, ed imputa a quella informale la mancanza dei tratti propri di quella giurisdizionale, da ciò deducendone l'intrinseca inferiorità qualitativa. Come dire, in altri termini, che l'unica tutela possibile è quella giurisdizionale e che la tutela informale non offre sufficienti garanzie semplicemente perché non è giurisdizionale.

Dall'altro, attribuisce alla tutela giurisdizionale *atout* che essa ha sulla carta ma che, in concreto, ha ampiamente perduto in ragione delle alterazioni provocate dalla crisi in termini di tempi e di costi dei procedimenti; crisi che incide – come insegna Jeremy Bentham nell'affermare che *justice delayed is justice denied* – sul livello di utilità del meccanismo processuale, dunque sulla sua concreta effettività²³.

²² Risulta interessante al proposito tradurre liberamente le considerazioni di M. PALMER, S. ROBERTS, *Dispute Processes...*, cit., p. 36, i quali, riferendosi al già citato pensiero di Abel, sottolineano il fatto che “la sua impostazione risulta, non senza ironia, un eroico tentativo di salvataggio, se non di vera e propria celebrazione, del giudizio in senso stretto”.

²³ S. GIACCHETTI, *Giustizia amministrativa: alla ricerca dell'effettività smarrita*, in «Dir. proc. amm.», 1996, p. 460, per esempio, si esprime senza perifrasi in termini di inutilità, mentre F. PATRONI GRIFFI, *L'effettività della giustizia amministrativa in Italia*, in G. PALEOLOGO (a cura di), *I Consigli di Stato di Francia e Italia*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 286 ha approfondito in particolare la relazione tra durata del procedimento ed effettività della tutela. Che il livello di guardia sia stato ampiamente superato è peraltro dimostrato dalla vicenda dei risarcimenti che la Corte Europea dei diritti dell'uomo accorda in seguito alla violazione dell'art. 6 della Convenzione europea e, in particolare, del principio della durata ragionevole del processo (sul concetto di “termine ragionevole” nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo I. IAI, *La durata ragionevole del procedimento nella giurisprudenza della Corte Europea sino al 31 ottobre 1998*, in «Riv. dir. proc.», 1999, p. 549 e ss. evidenzia come si intenda per “ragionevole” un tempo complessivamente non superiore a tre anni per il primo grado, a cinque aggiungendo l'appello e a sei comprendendo anche il ricorso in Cassazione). L'Italia, peraltro, è stata condannata dalla Corte a risarcire somme di un certo rilievo. Secondo A. SACCUCCI, *In tema di durata ragionevole dei processi (a margine di una delibera del Consiglio Superiore della Magistratura)* in «Riv. dir. proc.», 2000, p. 212, si tratterebbe di circa tre milioni di

Del resto, come di norma accade quando l'asimmetria deriva da una condizione di squilibrio economico, anche in sede giurisdizionale la presenza della controparte pubblica può indurre la parte più debole ad accogliere una soluzione transattiva non pienamente satisfattoria, soprattutto in ragione dell'attitudine dell'amministrazione a speculare sui tempi del procedimento (e sui suoi costi), sia presentando un ricorso a fini esclusivamente dilatori, sia imponendo – libera dalla necessità più immediata – una base di trattativa per così dire “blindata”²⁴. Ciò significa che, sotto questo profilo, la tutela giurisdizionale presenta gli stessi svantaggi di quella informale; ma non potrebbe essere altrimenti perché lo squilibrio tra le parti di una controversia è una costante dei rapporti giuridici ed economici del mondo contemporaneo e la sua eliminazione secondo schemi perequativi non rientra tra le finalità di uno strumento di tutela.

Il singolo istituto, per dirla altrimenti, deve essere concepito e valutato non in base a quanto è in grado di livellare uno squilibrio esistente ma in base alla sua capacità di neutralizzare il più possibile gli effetti negativi che tale squilibrio produce, condizionando le *chance* di tutela del soggetto debole. Ecco il motivo per il quale la critica all'informalità fondata sulla sua inidoneità alla eliminazione dei disagi determinati dagli squilibri economici non può essere condivisa.

Al contrario, una volta accolto lo squilibrio nei rapporti economici come premessa di fondo, sarebbe necessario chiedersi se gli strumenti informali rappresentano, grazie alla procedura semplificata che li contraddistingue, una *chance* in più di tutela riconosciuta dall'ordinamento e se tale *chance* è in grado di ampliare la sfera de-

euro nel 1998, sei milioni di euro nel 1999 e poco meno di dodici milioni di euro nel 2000, con un incremento annuale pari a quasi il 100%. Si segnala infine che di recente l'art. 1, c. 1224 della l. n. 296 del 2006 ha stabilito che i ricorsi per l'indennizzo conseguente a violazione della durata ragionevole del processo devono essere semplicemente presentati al Ministro delle finanze.

²⁴ Il tema dell'abuso del processo non risulta particolarmente approfondito in dottrina. Si veda comunque S. CHIARLONI, *La domanda di giustizia: deflazione e/o risposte differenziate?*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1988, p. 760, che sembra suggerire l'introduzione di metodi alternativi anche per contrastare l'abuso del processo, nonché, più di recente, M.F. GHIRGA, *Conciliazione giudiziale e abuso del processo*, in «Riv. dir. proc.», 1998, p. 196 e ss.

gli individui tutelati; non solo cioè coloro che avrebbero potuto intraprendere comunque un'azione giurisdizionale ma anche coloro ai quali la via giurisdizionale, per i suoi elevati costi, è comunque e fin dall'origine preclusa²⁵.

Analogamente, pare eccessivo attribuire alla maggior semplicità procedurale e all'allentamento delle garanzie che questa comporta esiti insoddisfacenti o giuridicamente contraddittori in relazione a profili specifici e singolarmente perfettibili. È vero infatti che la sfida e al tempo stesso il problema principale dell'informalità risiede nel dover temperare garanzia e risultato, data la stretta connessione esistente tra la procedura seguita e l'esito del procedimento, specialmente laddove sussista un rapporto squilibrato. Ma la tutela informale nasce proprio dalla esigenza specifica di affrancare il concetto stesso di tutela dalle rigidità delle garanzie che caratterizzano la giurisdizione. Condannare *tout court* l'abbassamento del livello delle garanzie equivale dunque a privare gli strumenti informali della loro specificità, rendendone così ingiustificata la stessa presenza all'interno dell'ordinamento.

Anche da questo punto di vista l'esperienza angloamericana offre alcuni spunti interessanti. I più recenti interventi legislativi²⁶ risultano infatti accomunati da un dato: la consapevolezza che il pro-

²⁵ A quanto risulta questo studio non è ancora stato fatto in modo sistematico. Pur condividendo l'impostazione generale, manifesta qualche dubbio al proposito M. SHAPIRO, *Access to the Legal System and the Modern Welfare State: American Continuities*, in M. CAPPELLETTI (a cura di), *Access to Justice and the Modern Welfare State*, Firenze, European University Institute, 1981, p. 285.

²⁶ In proposito, oltre alle già segnalate opere di riforma del sistema inglese (sulle quali, di recente, A. FUSARO, *Costi e benefici nella scelta delle tecniche di risoluzione alternativa delle controversie civili: la prospettiva del Lord Chancellor's Department*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 2001, p. 771 e ss.), si veda A. LEGGATT, *Tribunals for Users: Report to the Lord Chancellor on the Review of Tribunals*, 2001, consultabile al sito www.tribunals-review.org.uk, cui ha fatto seguito, nel luglio 2004, la pubblicazione del Libro bianco "*Transforming Public Services: Complaints, Redress and Tribunals*" consultabile al sito www.dca.gov.uk e, con riferimento agli Stati Uniti, si veda l'*Alternative Dispute Resolution Act (ADRA)* del 1998. Dalla lettura di questi testi emerge la necessità, particolarmente sentita negli ordinamenti di *common law*, di tenere sotto costante osservazione l'attività delle sedi di tutela alternativa, non già per metterne in discussione l'esistenza ma per migliorare costantemente il livello del servizio, in funzione dell'interesse del cittadino.

blema reale non è incentrato sull'esistenza di imperfezioni connaturate alla semplificazione formale del procedimento ma sulla necessità di individuare il confine entro il quale tali imperfezioni rientrano nell'ambito del fisiologico e sono quindi un costo accettabile della tutela informale²⁷.

Pragmatismo tipico degli ordinamenti di *common law*; oppure atteggiamento permeato da una "logica minimalista", come è stato sostenuto in dottrina con accenti evidentemente critici²⁸.

L'uno e l'altro, a dire il vero, ma non solo. Questo approccio infatti sembra il risultato di due differenti linee ispiratrici che si intrecciano tra loro. La prima si fonda su una definitiva presa di coscienza dei danni provocati dal prolungato "inattivismo" del legislatore in tema di gestione dei tempi della giustizia e di ineffettività della tutela, nella convinzione che i modi per frenare la riforma e conservare l'assetto esistente sono sostanzialmente due: assumere un atteggiamento di chiusura verso qualunque tipo di modifica, oppure pretendere l'immediata perfezione delle riforme intraprese, secondo quello che Mauro Cappelletti definisce "*the all or nothing approach*"²⁹.

La seconda linea ispiratrice è invece più complessa e affonda le proprie radici negli studi sociologici relativi al significato che il conflitto ha assunto nelle società contemporanee e alla centralità che al suo interno è stata attribuita alla figura del giudice. Ed è proprio tale centralità che questi studi intendono mettere in discussione, spostando l'attenzione dal momento del rimedio a quello del conflitto ed affrancando entrambi questi momenti dal ruolo monopolistico che il sistema giudiziario ha al loro interno esercitato³⁰.

Questa operazione è in sé difficile, in quanto in netta controtendenza rispetto all'impostazione culturale, ancor prima che giuridica, propria dei paesi occidentali, prevalentemente sbilanciati verso l'analisi del rimedio e delle possibili modifiche che a questo debbono

²⁷ Per tutti, si veda l'approfondita analisi di H. GENN, *Tribunals and Informal Justice...*, cit., p. 411.

²⁸ E. SILVESTRI, *Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1999, p. 333.

²⁹ M. CAPPELLETI, *Alternative Dispute Resolution Processes...*, cit., p. 288.

³⁰ Operazione condotta di recente da E. RESTA, *Giudicare, conciliare, mediare*, in «Politica del diritto», 1999, p. 543.

essere apportate; ma è necessaria, perché soltanto l'approfondimento della tematica del conflitto conduce alla individuazione del giusto rimedio. In altre parole, questo approccio consente l'emersione di realtà conflittuali per la cui composizione il giudizio, con i suoi inevitabili momenti di rottura, di tensione e di netta contrapposizione tra le parti, non costituisce la soluzione più adeguata.

Tali realtà manifestano al contrario un'esigenza profonda e largamente insoddisfatta che inerisce l'aspetto qualitativo del rimedio, la cui gestione ed il cui controllo può in alcuni casi tornare all'interno della sfera di influenza degli attori stessi del conflitto. Si tratta quindi di favorire ed incoraggiare un rapporto cooperativistico tra le parti di una controversia, che restituisca loro quella centralità nella regolazione dei propri interessi che oggi è invece quasi completamente addossata sulle spalle del giudice³¹.

Questa impostazione è apprezzabile non solo perché focalizza l'attenzione su un punto spesso sottovalutato in dottrina ma anche perché, contrariamente a quanto talvolta si teme³², evidenzia che il ricorso agli strumenti informali di tutela e la valorizzazione dell'apporto individuale delle parti non passa necessariamente attraverso il ridimensionamento del sistema giudiziario o delle garanzie fondamentali sulle quali tale sistema obbligatoriamente si fonda.

Al contrario, esso rappresenta più semplicemente una possibilità che al cittadino viene riconosciuta in aggiunta alle tradizionali forme di tutela, secondo un'ottica di differenziazione dell'offerta di giustizia che i singoli ordinamenti – come in seguito si vedrà – sono incoraggiati a realizzare secondo i più recenti impulsi di derivazione comunitaria³³.

³¹ In questi termini, per esempio, A.W. Mc THENIA, T.L. SHAFFER, *For Reconciliation*, in «The Yale Law Journal», 1985, p. 1665, nonché M. CAPPELLETTI, *Appunti su conciliatore e conciliazione*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1981, p. 64, che parla al proposito di “giustizia conciliativa o coesistenziale”.

³² Leggendo per esempio quanto scrive ancora O.M. FISS, *Out of Eden*, in «The Yale Law Journal», 1985, p. 1669.

³³ Benché si tratti di “un'ottica” non ancora traducibile in ciò che M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 180, definisce “principio generale amministrativo”, il cammino verso l'acquisizione di tale *status* sembra ormai segnato.

Si tratta, dunque, di ragionare non già in termini di esclusione ma di concorrenza tra le diverse forme di tutela, mantenendo salda la facoltà in capo alle parti di rivolgersi in ultima istanza alla sede giurisdizionale, secondo modalità differenti e rapportate allo specifico strumento informale in concreto utilizzato³⁴.

È quindi corretto porre il problema delle garanzie e stimolare il dibattito sul punto; ma, tenute a mente le ragioni e le finalità complessive della tutela informale, la pretesa di una completa trasposizione in questa sede delle garanzie tipiche del processo appare scorretta³⁵ e sembra tradire più che altro un problema di mentalità e di “ritardo culturale”³⁶ rispetto alle elaborazioni di esperienze giuridiche che hanno da tempo abbandonato l’idea in base alla quale soltanto le aule di tribunale sono in grado di dispensare giustizia.

Qualche esempio, per concludere: è opportuno garantire la conoscibilità e la partecipazione al procedimento di tutti gli interessati, il diritto di comparire, di difendersi o, eventualmente, di farsi assistere senza al contempo perdere la facoltà di controllo sull’attività del rappresentante legale; ancora, il diritto di dedurre prove a sostegno delle proprie pretese o per contestare le pretese altrui o altre garanzie minimali necessarie per poter tutelare efficacemente i propri interessi. Ebbene, laddove ciò sia garantito, non dovrebbe più sussistere alcuna remora né culturale né tantomeno giuridica nell’assecondare e nel “governare” – secondo l’esempio di altri ordinamenti giuridici – la diffusione e la pratica degli strumenti informali di tutela.

³⁴ Questo punto riguarda, tra l’altro, il concreto atteggiarsi del rapporto tra tutela alternativa e tutela giurisdizionale e sarà in seguito approfondito nelle sue variabili principali.

³⁵ Secondo M. CAMMELLI, *Alcune cose da condividere a proposito di giustizia*, in «Il Mulino», 2002, p. 850, “funzionalità e garanzie vanno declinate in modo diverso a seconda dell’oggetto (e, forse, anche dell’entità) del conflitto”; ciò consente di evitare “affermazioni indifferenziate che costituiscono la premessa per non risolvere nulla”.

³⁶ Le parole sono di G. ALPA, *Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie in diritto civile*, in «Politica del diritto», 1997, p. 406.

5. *Le principali forme di ADR nella loro configurazione di base*

Se fino ad ora si è preferito analizzare la tutela informale nel suo insieme, cercando di coglierne i tratti che la contraddistinguono in ragione delle finalità, è a questo punto opportuno restringere il campo di indagine alla categoria degli strumenti informali che vengono di norma evocati mediante l'utilizzo dell'acronimo *ADR*. È opportuno precisare, peraltro, che tale categoria sfugge ad una classificazione unitaria.

Sebbene infatti il comune denominatore sia individuato dai requisiti dell'informalità procedurale e dell'alternatività rispetto al coinvolgimento del giudice, esistono tuttavia consistenti variazioni in ordine non soltanto al livello di concretizzazione specifica di tali requisiti ma anche alla collocazione "temporale" del singolo strumento rispetto alla controversia; nel senso che, a fronte di procedure alternative utilizzabili nei casi in cui la controversia tra le parti è già insorta o è addirittura in fase avanzata, vi sono anche procedure che, viceversa, sono principalmente indirizzate ad evitare l'insorgere della controversia stessa o, comunque, ad evitare che questa – già formalmente instaurata mediante la presentazione di un qualunque atto introduttivo del giudizio – prosegua il suo *iter* in sede giurisdizionale. Ciò che differenzia le tecniche di quest'ultimo tipo dalle altre procedure *ADR* è il fatto che esse attengono più che altro all'ambito delle trattative che le parti intraprendono nell'attività di determinazione dei propri interessi.

È il caso, per esempio, della negoziazione la quale, a prescindere dall'avvenuto coinvolgimento del giudice (spesso effettuato, più che altro, per dare un impulso concreto al raggiungimento di un accordo), è caratterizzata dall'assenza di un terzo soggetto dotato anche solo del potere di suggerire un possibile punto di incontro tra le diverse volontà delle parti³⁷. In altri termini, la negoziazione vede enfatizzati il ruolo e l'autonomia delle parti che, direttamente oppure tramite l'ausilio del rappresentante legale, si fanno "reciproche con-

³⁷ Ad esempio, P.H. GULLIVER, *Disputes and Negotiations: A Cross-Cultural Perspective*, New York-London, Academic Press, 1979, p. 4.

cessioni” secondo lo schema sinallagmatico del contratto transattivo previsto dall’art. 1965, c. 1, c.c.³⁸. La cui utilizzabilità non è in astratto preclusa laddove una delle parti sia una pubblica amministrazione, stante la facoltà ormai indiscussa in capo ai soggetti pubblici che si trovino a far parte di rapporti giuridici di diritto privato di comporre una lite in via transattiva³⁹.

Il rapido cenno alla struttura di base dei procedimenti di negoziazione induce a non procedere oltre nell’analisi di questa tecnica alternativa. E la ragione principale di questa scelta risiede essenzialmente nel fatto che nella negoziazione le parti restano in qualunque momento libere di avviare un programma più o meno esteso di trattative con le quali giungere alla composizione di un contrasto, non ancora verificatosi o, proprio perché già in atto, potenzialmente idoneo a trasformarsi in un vero e proprio conflitto; senza però la necessità di coinvolgere all’interno di questo procedimento alcun soggetto terzo che abbia il compito di favorire o tantomeno di imporre una soluzione definitiva della questione.

³⁸ L’accostamento tra la procedura di negoziazione ed il contratto di transazione è in questa sede effettuato soltanto a livello generico. Infatti, mentre con il termine di negoziazione si fa riferimento ad una procedura particolarmente utilizzata negli ordinamenti di *common law* che attiene al progredire in senso diacronico delle trattative tra le parti, la transazione, nel nostro ordinamento, è un contratto tipico che segue la disciplina codicistica con i suoi limiti e i suoi presupposti, come per esempio la necessaria sussistenza di una lite, intesa, secondo l’orientamento dominante, non già soltanto come un teorico e futuro conflitto ma come “divergenza tra due soggetti circa l’esistenza o inesistenza di un determinato diritto soggettivo” (L.V. MOSCARINI, N. CORBO, *Transazione, I) Diritto Civile*, voce in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1994, p. 2). Il nostro ordinamento pertanto non prende in considerazione il procedimento con il quale le parti instaurano trattative tra loro ma si preoccupa solo di definire il momento in cui esse conferiscono veste giuridica al risultato prodotto a seguito di tali trattative. Da qui la maggior specificità contenutistica dell’atto di transazione rispetto alla più generica procedura di negoziazione. Sulla transazione si veda anche A. PALAZZO, *Transazione*, voce in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, Torino, UTET, 1999, p. 386 e ss..

³⁹ Ovviamente, come in seguito si vedrà, con una serie di complessità maggiori dovute al vincolo che grava in capo all’amministrazione di non pregiudicare l’interesse pubblico. Decisamente più discussa è invece la possibilità che l’amministrazione utilizzi il contratto transattivo con riferimento a rapporti di diritto pubblico, anche se tale possibilità – ancora secondo l’orientamento prevalente – non può in astratto essere esclusa. Sul punto C. FERRARI, *Transazione, II) Transazione della pubblica amministrazione*, voce in *Enc. Giur. Treccani*, Roma.

Secondo l'ottica prescelta in questa sede, pertanto, lo schema della negoziazione resta estraneo all'ambito proprio degli strumenti di risoluzione delle controversie alternativi alla giurisdizione ed attiene viceversa ad un momento anteriore alla controversia stessa, caratterizzato dalla massima libertà delle parti nel conferire un assetto concreto ed armonico ai propri interessi⁴⁰. Si tratta cioè di una procedura il cui scopo principale consiste nel mettere a disposizione di ogni parte il maggior numero di informazioni necessarie per poter contestualizzare le proprie pretese, parametrando sulle pretese altrui in ordine al raggiungimento di una soluzione da entrambe pienamente condivisa⁴¹.

Discorso per certi versi analogo anche se per ragioni opposte a quelle appena evidenziate deve essere fatto in relazione all'arbitrato, tradizionalmente indicato come il primo e più diffuso metodo alternativo di risoluzione delle controversie, tanto nei paesi di *common law* quanto in quelli di *civil law*.

Se infatti in origine non vi era alcun dubbio sulla caratterizzazione schiettamente stragiudiziale dell'arbitrato, oggi la situazione sembra sotto questo profilo profondamente cambiata, nel senso che la disciplina dell'arbitrato rituale – e questo a prescindere dall'ordinamento cui si fa riferimento – tende ad assumere in maniera sem-

⁴⁰ M.P. CHITI, *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*, in «Riv. ital. dir. pubbl. comunit.», 2000, p. 8, non fa alcun riferimento alla negoziazione; l'approccio risulta condivisibile anche se l'Autore annovera la transazione tra le diverse procedure alternative. A proposito, invece, sembra più corretto ribadire il fatto che la transazione non è tanto una tecnica o procedura alternativa, bensì un contratto che trova la propria disciplina tipica all'interno del codice civile. Ciò significa che la transazione non appartiene alla categoria delle *Adr* ma costituisce una delle modalità possibili attraverso cui viene conferito valore giuridico all'atto che pone termine al conflitto a prescindere dalla procedura utilizzata (per esempio, al termine della conciliazione se questa presenta l'elemento causale tipico delle reciproche concessioni tra le parti). In questo senso M. FRANZONI, *La transazione*, Padova, Cedam, 2001, p. 164, e A. PIZZOFRATO, *Giustizia privata del lavoro (Conciliazione e arbitrato)*, Padova, Cedam, 2003, p. 17.

⁴¹ Ecco perché per esempio M. PALMER, S. ROBERTS, *Dispute Processes...*, cit., p. 67, definiscono la negoziazione più un "*primary, universal and bilateral process of decision making*" che non un vero e proprio strumento di risoluzione dei conflitti.

pre più vistosa i tratti del giudizio ordinario⁴². Il che non è di per sé negativo nella misura in cui tale assimilazione comporta un aumento delle garanzie all'interno del procedimento; il che, tuttavia, da un punto di vista sistemico, presenta alcune incognite legate allo stemperarsi dei tratti che maggiormente qualificano il requisito dell'alternatività, con il rischio, in definitiva, di una potenziale sovrapposizione tra giudizio arbitrale e giudizio ordinario. Sul punto si tornerà tra breve; ciò che ora è opportuno sottolineare è il fatto che la progressiva giuridicizzazione del procedimento arbitrale ha portato una parte della dottrina a non considerare l'arbitrato come un metodo di *Adr* in senso proprio⁴³.

Tuttavia, seppur condivisibile in linea teorica, tale orientamento contrasta da un lato con una constatazione eminentemente pratica e cioè con il fatto che l'arbitrato ancora oggi è un utile strumento di composizione dei conflitti in alternativa al giudizio; e questo sia nei rapporti tra privati, sia nei rapporti tra privati ed amministrazioni pubbliche, ove, addirittura, sono state di recente smentite a livello legislativo le perplessità che ne avevano sempre accompagnato l'utilizzazione⁴⁴.

⁴² La letteratura sull'arbitrato nel nostro ordinamento è naturalmente sterminata ed il punto specifico ormai indiscusso. Si veda comunque, a titolo esemplificativo, C. PUNZI, *Arbitrato (rituale e irrituale)*, voce in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1995, C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Torino, Giappichelli, 2000, III, p. 431 e ss., G. ALPA (a cura di), *L'arbitrato. Profili sostanziali*, Torino, Utet, 1999. Anche nell'ordinamento inglese si parla sempre più spesso di "giuridicizzazione" delle tecniche alternative di risoluzione delle controversie pensando in particolare all'arbitrato, come per esempio J. FLOOD, A. CAIGER, *Lawyers and Arbitration: The Juridification of Construction Disputes*, in «The Modern Law Review», 1993, p. 412 e ss.

⁴³ M.P. CHITI, *Le forme di risoluzione...*, cit., p. 5.

⁴⁴ Si fa riferimento all'art. 6 della l. 21 luglio 2000, n. 205, che al comma 2 stabilisce che "le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto". Disposizione a lungo invocata in dottrina che peraltro positivizza una prassi ormai consolidata. Si vedano, tra gli altri, gli studi di G. CAIA, *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1989, L. ACQUARONE, C. MIGNONE, *Arbitrato nel diritto amministrativo*, voce in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1987, p. 367 e ss., S. CASSESE, *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 1996, p. 311 e ss., nonché più di recente, con riferimento ai profili problematici sollevati dalla disposizione della l. 205, G. CAIA, *Gli arbitrati e la giurisdizione del giudice amministrativo* (nota a Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2002, n. 1902), in «G.d.a.», 2002, p. 247 e ss.

Dall'altro, con il fatto che – come in seguito sarà evidenziato – osservando gli ordinamenti ove i metodi alternativi sono ormai divenuti una realtà concreta si ha la sensazione che sia avvenuta una trasformazione nel modo stesso di intendere il concetto di alternative e, dunque, le tecniche di *Adr* in generale, con la conseguenza che appare oggi velleitario non soltanto ridurre ad unità i singoli strumenti alternativi (cosa peraltro già abbastanza evidente) ma soprattutto pretenderne una netta separazione, dal punto di vista culturale e giuridico, dall'ambito giurisdizionale. Per questi motivi, contrariamente a quanto sopra rilevato con riferimento ai procedimenti di negoziazione, l'arbitrato mantiene una posizione di un certo rilievo nell'ambito della problematica esaminata e ad esso o, meglio, ad alcuni modelli attraverso i quali l'arbitrato in concreto si manifesta (in particolare nella sua forma "amministrata"), sarà dedicato uno spazio autonomo nel presente lavoro.

Diverso è il caso della conciliazione cui sarà dato ampio rilievo. In realtà il termine è assai generico e si riferisce a fattispecie diverse tra loro, alcune disciplinate dal codice di procedura civile, altre da leggi speciali; vi sono poi differenze riguardo all'organo che presiede l'attività conciliativa che potrà essere il giudice, nell'ipotesi di conciliazione giudiziale, o un altro soggetto terzo, di norma definito conciliatore, nell'ipotesi di conciliazione stragiudiziale; ma anche riguardo al momento in cui si colloca il procedimento di conciliazione, che sarà così preventiva o successiva, rispetto al processo, o ancora riguardo all'obbligatorietà o meno del suo esperimento, nel qual caso si parlerà di conciliazione obbligatoria o facoltativa⁴⁵.

Ciò non significa che non sia in assoluto possibile individuare i tratti essenziali che queste diverse forme di conciliazione hanno in comune tra loro; tale sforzo non risulta tuttavia utile ai presenti fini per il fatto che, a fronte di tale genericità, è fin d'ora necessaria una scelta che evidenzi con un discreto livello di approssimazione il tipo di conciliazione che sarà in particolare analizzata. Ebbene, in questa sede si farà riferimento alla conciliazione nella sua manifestazione stragiudi-

⁴⁵ Secondo la classificazione di F. SANTAGADA, *Conciliazione giudiziale ed extra-giudiziale*, voce in *Dig. Disc. Priv., sez. civ., aggiorn.*, Torino, Utet, 2000, p. 180.

ziale e, specialmente, ai procedimenti di conciliazione amministrati da enti pubblici ed autonomi, cui l'ordinamento affida il compito di dirimere controversie di natura pubblicistica e privatistica.

A questo punto è possibile fornire una sommaria definizione del tipo di conciliazione che sarà esaminata, intesa come quella procedura volontaria e cooperativa di risoluzione delle controversie in cui un soggetto imparziale, il conciliatore, assiste le parti in conflitto e, facilitando la comunicazione tra loro, fa emergere gli interessi alla base delle rispettive pretese in ordine alla individuazione di un accordo per entrambe soddisfacente⁴⁶.

6. *I molteplici significati dell'alternatività e il progressivo "ritorno" della giurisdizione negli ordinamenti di "common law": un modello da seguire?*

Dopo aver individuato gli istituti principali cui si riferisce l'acronimo in oggetto, è bene tornare a quanto in precedenza rilevato a proposito delle modalità con le quali gli strumenti alternativi si sono definitivamente consolidati nel panorama giuridico contemporaneo. Si è infatti affermato che le tecniche di *Adr* rappresentano soltanto una *species* del più ampio genere inerente la risoluzione informale delle controversie. È dunque possibile individuare un filo conduttore che lega le prime, embrionali, forme di giustizia informale alle *Adr* in senso stretto. Le finalità e le caratteristiche essenziali sono infatti comuni; tuttavia, le tecniche alternative in senso proprio rappresentano nello specifico il tentativo di superare le imperfezioni delle altre procedure informali, così aumentando l'effettività della tutela ed offrendo strumenti più sicuri al cittadino.

Questo punto, benché spesso sottovalutato dalle trattazioni in materia, consente di comprendere il cammino delle *Adr* e il significato di alcune recenti tendenze emerse negli ordinamenti di *common law*.

Come già rilevato, le tecniche alternative nascono e si sviluppano negli Stati Uniti a partire dagli anni Ottanta quando – in seguito ai pri-

⁴⁶ In termini analoghi A. UZQUEDA, P. FREDIANI, *La conciliazione. Guida per la soluzione negoziale delle controversie*, Milano, Giuffrè, 2002.

mi bilanci sui risultati della risoluzione informale – si concretizzano alcuni timori in merito agli svantaggi, per la parte più debole del rapporto, derivanti dalla “de-formalizzazione” del procedimento.

L'*Adr movement* quindi reca nel suo dna l'esigenza di non rinunciare all'individuazione di forme di tutela più semplici rispetto alla tutela giurisdizionale, fissando alcune garanzie minime a tutela del soggetto debole e a presidio della effettività dell'intera procedura. Questo movimento muove dalla consapevolezza che nelle controversie instaurate innanzi al giudice l'aumento della tensione emotiva costringe le parti ad ancorarsi alla loro personale versione dei fatti, del diritto applicabile e dell'esito che ciascuna si prefigura in relazione alle proprie esigenze; viceversa, l'elasticità delle tecniche di *Adr* consente di cambiare *in itinere* i termini della controversia, destrutturandone i confini e rendendone più agevole una composizione negoziata.

Due sono le direzioni che vengono seguite in quest'ottica: da un lato, si cerca di perfezionare il regime giuridico di strumenti alternativi già in uso (e questo è il caso, per esempio, delle procedure di negoziazione o di conciliazione) oppure si introducono tecniche nuove che spesso ripropongono, con variazioni più o meno evidenti, la struttura elementare di tali procedure. Dall'altro, si procede al riconoscimento o alla istituzione di soggetti (a volte pubblici, altre privati con o senza scopo di lucro) del tutto slegati dall'ordinario circuito giurisdizionale, con il compito di offrire servizi per la risoluzione delle controversie. Tra questi, per esempio, l'*American Arbitration Association* o il *Center for Public Resources* o il *National Institute of Dispute Resolution's* che offrono programmi di arbitrato, di conciliazione, *mini-trials*, *early neutral evaluation* e così via⁴⁷. Più

⁴⁷ Sul punto I. TOTH, *Metodi alternativi di risoluzione delle controversie nell'esperienza nord-americana*, in «Quaderni dell'Avvocatura», 1995, II, p. 107 e ss., che al proposito segnala anche l'esistenza di istituzioni i cui servizi replicano la struttura e i meccanismi del sistema giudiziario ordinario come *Judicata*, una società a partecipazione pubblica che gestisce un sistema di giustizia privata che copre quasi tutto il territorio statunitense; anche se in realtà in quest'ipotesi si ha una sorta di quasi-giudizio, presieduto da giudici a riposo e disciplinato dalle medesime norme che regolano la vera e propria attività giurisdizionale, con evidente riduzione del livello di differenziazione da tale attività.

spesso, si assiste alla spontanea proliferazione di istituzioni incaricate di offrire un servizio di tutela alternativo alle aule di tribunale.

Questo processo segna il passaggio dalla cultura della semplice informalità alla vera e propria cultura dell'alternatività. Ciò comporta un affievolimento degli aspetti che maggiormente avevano caratterizzato gli strumenti informali di tutela e, pur senza rinunciare alla filosofia di fondo dell'informalità, una progressiva ed autonoma valorizzazione del concetto di alternatività. Non più riferito prevalentemente all'aspetto procedurale, ma considerato in rapporto all'effettività concreta del rimedio. Dunque partendo dall'assunto in base al quale l'effettività di uno strumento di tutela non passa necessariamente attraverso il rifiuto netto delle forme più tipiche della giurisdizione, specie di quelle a valenza maggiormente garantistica.

L'alternatività perde quindi la propria connotazione procedurale ed acquisisce invece una nuova dimensione che può essere riassunta con il generico concetto di "diversità". In quest'ottica, diviene più corretto parlare di strumenti non già alternativi ma diversi e complementari al processo, che ad esso si aggiungono e del quale condividono alcune garanzie, completando la gamma delle "leve" a disposizione del cittadino per la tutela effettiva dei propri diritti.

Questo mutamento di prospettiva si traduce da un lato nella "istituzionalizzazione" di soggetti o strutture che offrono servizi e programmi di tutela alternativa; dall'altro, nella progressiva "complessificazione" dei singoli strumenti di risoluzione alternativa che, dal punto di vista procedimentale, tendono a ridurre progressivamente le differenze con il giudizio. Così, se la conciliazione, pur acquisendo alcune garanzie tipicamente processuali, mantiene pressoché inalterata la propria ontologica caratterizzazione informale, la parabola dell'arbitrato, come già visto, costituisce un esempio paradigmatico di tale riduzione.

Qui si spiega in parte la ragione del primo fenomeno evolutivo sopra segnalato, cioè la creazione di un circuito di sedi e soggetti diversi dalle corti ordinarie con il compito di amministrare le procedure stragiudiziali, monitorandone gli esiti in termini di reale effettività. Si può dire, in un certo senso, che la diminuzione delle garanzie offerta da parametri procedimentali più blandi rispetto a quelli del processo, viene bilanciata dall'attribuzione del compito di

amministrare la relativa procedura ad organismi stabili, strutturati e di comprovata indipendenza. In altre parole, “l’amministrativizzazione” della risoluzione alternativa delle controversie costituisce il punto di equilibrio tra le lacune della tutela informale e gli eccessi di quella giurisdizionale.

Questo modello ha avuto ampia diffusione all’interno del nostro ordinamento e, come si vedrà, presenta indubbi vantaggi. Ma ha creato anche svariati problemi, per esempio in termini di eccessiva diversificazione tra le sedi che offrono servizi di risoluzione delle controversie non sempre operando in maniera trasparente e a livelli accettabili di indipendenza; o ancora, di disomogeneità della qualità della tutela offerta, anche in ragione del fatto che la funzione di *mediator* non sempre viene esercitata da professionisti specializzati ma da avvocati prestati temporaneamente all’attività stragiudiziale. Si badi, il problema del coinvolgimento degli avvocati nei programmi di risoluzione alternativa delle controversie è tuttora aperto e tocca profili delicati che riguardano la stessa possibilità di valorizzare l’alternatività (*rectius*, la specificità) delle nuove forme di tutela⁴⁸. Ciò che però interessa rilevare in questo momento è più che altro la stretta connessione tra tale coinvolgimento e quello che viene normalmente definito il processo di “giuridicizzazione” delle tecniche alternative, cioè di acquisizione da parte delle *Adr* dei tratti più tipici dei procedimenti giurisdizionali. In sostanza, lo sviluppo delle *Adr* ha seguito un duplice percorso, comune a tutti i principali ordinamenti di *common law*: innanzitutto, la valorizzazione di nuovi soggetti, pubblici e privati, estremamente eterogenei tra loro, con il compito di promuovere e gestire i programmi di risoluzione alternativa; a questa differenziazione e per bilanciarne gli effetti, è poi seguita la controriforma consistente nell’introduzione in sede alternativa di svariate garanzie di natura processuale.

⁴⁸ Ci si riferisce al rischio che tale coinvolgimento comporta in termini di pieno sfruttamento delle potenzialità offerte dai metodi alternativi, non ultima la possibilità che il controllo della disputa finisca nuovamente per sfuggire all’ambito di influenza delle parti e torni, contrariamente alle finalità stesse della tutela alternativa, sotto l’influenza dominante del rappresentante legale. Sul punto, C. MENKEL-MEADOW, *Lawyer Negotiations: Theories and Realities. What We Learn From Mediation*, in «The Modern Law Review», 1993, p. 361 e ss.

Molta strada è stata dunque percorsa dal momento in cui i primi rudimentali procedimenti di tutela informale si sono affacciati nel panorama giuridico contemporaneo. Gli strumenti informali sono cioè gradualmente confluiti nell'ambito della cultura propria della giurisdizione. Miglioramento della disciplina e maggior rispetto delle garanzie di difesa; istituzione di soggetti responsabilizzati della loro attuazione e delle verifiche in termini di effettività; aumento del coinvolgimento degli avvocati che sempre più vedono nelle nuove procedure una sorta di *marketing salvation*.

Pertanto, diversamente da quanto in precedenza segnalato, il concetto di alternatività perde la sua valenza procedurale e va inteso oggi, soprattutto, come diversità del soggetto o del luogo al quale la composizione della lite viene in concreto affidata; diversità, come è ovvio, rispetto al giudice e alla funzione che di norma egli esercita; dunque, diversità rispetto al rito processuale ma soltanto nella misura in cui ciò non comporti una ingiustificata compressione delle più elementari garanzie delle parti ⁴⁹.

A questo punto però si è verificato un fenomeno singolare. A cosa tale fenomeno debba essere attribuito è difficile dirlo: forse il timore di perdere quella centralità che il potere giurisdizionale ha sempre avuto nel controllare lo sviluppo del diritto; forse il processo di "giuridicizzazione" delle procedure alternative ha semplicemente trovato nella giurisdizione il suo referente principale, in ragione, per esempio, delle affinità di linguaggio che tale processo ha finito per esaltare; forse, in particolare negli Stati Uniti, la collocazione istituzionale del potere giudiziario e la sua peculiare "derivazione" politica (con tutto quel che ne deriva in termini di responsabilizzazione del potere medesimo) lo hanno spinto a farsi carico senza intermediazioni dei programmi di *Adr*; forse ancora, l'estrema eterogeneità dei soggetti che amministrano i programmi di risoluzione alternativa e la conseguente frammentazione – dal punto di vista qualitativo – della tutela da questi offerta ha favorito un ritorno all'unica sede

⁴⁹ Ciò induce una parte della dottrina a parlare di "strumenti appropriati" anziché alternativi. Per esempio, N. GOULD, M. COHEN, *ADR: Appropriate Dispute Resolution in the U.K. Construction Industry*, in «Civil Justice Quarterly», 1998, p. 103 e ss.

istituzionalmente neutra ed indipendente e perciò in grado di controbilanciare le rinnovate pressioni del corporativismo legale. Forse tutti questi fattori messi assieme.

Fatto sta che negli ultimi anni si è verificato un coinvolgimento diretto delle corti ordinarie che oggi sembrano avere letteralmente invaso il campo della tutela alternativa con una serie di programmi che spesso contemplano un arresto forzato del procedimento giurisdizionale in attesa che si concluda una fase preliminare esclusivamente dedicata all'esperimento di procedure alternative⁵⁰. Questo fenomeno è esteso al punto tale che non è più possibile parlare di *Adr* senza distinguere, all'interno della categoria generale, le *Adr* giudiziali o *inside courts* (spesso definite anche *court-annexed* o *related*) dalle *Adr* stragiudiziali o *outside courts*⁵¹; senza dimenticare che, secondo la dottrina più recente, i programmi di *Adr* del primo tipo risultano essere di gran lunga più diffusi ed utilizzati degli altri⁵².

Ciò non significa che il potere giurisdizionale si sia in concreto appropriato dei metodi alternativi, il cui svolgimento resta affida-

⁵⁰ J. RESNICK, *Many Doors? Closing Doors? Alternative Dispute Resolution and Adjudication*, in «Ohio State Journal on Dispute Resolution», 1995, p. 230, preferisce invece descrivere il fenomeno in senso opposto affermando che ad un certo punto le «*Adr... moved inside the Courts...*». A prescindere dalla descrizione che si ritenga preferibile, la sostanza non cambia ed è rappresentata da un utilizzo massiccio dei metodi alternativi da parte delle corti ordinarie. La «tendenza a ricondurre i procedimenti alternativi all'interno delle strutture del *judiciary...*» era comunque già evidente alla fine degli anni Ottanta; in proposito E. SILVESTRI, *Le alternative al processo civile nell'esperienza statunitense*, in «Foro it.», 1987, V, p. 314.

⁵¹ Secondo una classificazione, peraltro, già proposta tempo addietro da H.T. EDWARDS, *Alternative Dispute Resolution: Panacea...*, cit., p. 671, ma che soltanto di recente ha acquisito importanza fondamentale.

⁵² Negli Stati Uniti, l'*Alternative Dispute Resolution Act* del 1998 dispone che ogni corte a livello federale è obbligata a dotarsi di un programma di risoluzione alternativa. Sulla diffusione di tali programmi S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute resolution...*, cit., p. 372, nonché G. DE PALO, G. GUIDI, *Risoluzione alternativa...*, cit. In termini analoghi si veda la recente riforma del sistema processuale civile inglese (*Civil Procedures Rules* del 1999) su cui M. BRAMLEY, A. GOUGE, *The Civil Justice Reforms One Year On*, London, Butterworths, 2000, in part. p. 20 e ss., ove si sottolinea che in seguito all'introduzione del CPR vi è stato un incremento significativo del ricorso alle tecniche alternative; sul punto specifico si veda inoltre W.M. REES, P. HOWELL-RICHARDSON, *Update on the Impact of the Civil Procedure Rules on ADR in Practice*, in «Journal of ADR, Mediation & Negotiation», 2002, p. 8 e ss., nonché A. FUSARO, *Costi e benefici...*, cit., in part. p. 773.

to a soggetti estranei alle normali dinamiche processuali ma non si può non rilevare l'influenza che il controllo del giudice sul corretto svolgimento del procedimento alternativo finisce per esercitare sulla stessa disciplina delle diverse tecniche. Con ulteriori impulsi verso la loro "giuridicizzazione" ed evidenti ricadute sul concetto di alternatività, la cui connotazione sembra ancora una volta stemperarsi e perdere di specificità.

Ma non solo. La forte contaminazione, tutta interna al momento giurisdizionale, tra istituti processuali ed istituti alternativi al processo non esplica effetti soltanto verso questi ultimi, ma produce alterazioni anche nei confronti dei primi; nel senso che ha innestato un percorso di progressiva "alternativizzazione" del processo e di alcuni suoi istituti tipici, i cui tratti – non ancora approfonditi a livello scientifico – destano tuttavia seria preoccupazione e sono perciò costantemente monitorati⁵³.

Per concludere sul punto, due ordini di perplessità devono essere segnalati soprattutto in ragione dell'influenza che questi sviluppi potranno avere all'interno degli ordinamenti in cui l'affermazione delle *Adr* non è ancora stata completata.

Il primo è, per così dire, di tipo istituzionale e riguarda la riacquisita centralità del potere giurisdizionale nell'ambito del sistema. Se infatti l'iniziale affermazione delle *Adr* era stata in grado di incrinare la tradizionale ottica "panprocessualistica" che esauriva la tutela degli interessi del singolo all'interno del solo momento processuale, le recenti trasformazioni sembrano evidenziare una versione all'apparenza modificata di tale ottica, ma sostanzialmente invariata. Nel senso che l'arricchimento degli strumenti di tutela, oltre ad essere annacquato dalle contaminazioni di cui sopra, passa attraverso la conferma della centralità del potere giurisdizionale, secondo un'ottica che, se non "panprocessualistica", resta quantomeno "pangiudiziaria".

Ma vi è un altro ordine di perplessità che riguarda nello specifico la tutela invocabile dal singolo. La tendenza appena richiamata

⁵³ Cfr. per esempio Av.Vv., *The Paths of Civil Litigation*, in «Harvard Law Review», 2000, p. 1752 e ss.

sembra evidenziare un fenomeno, per così dire, di convergenza reciproca tra forme giudiziali e stragiudiziali di tutela. Se questo è vero, è necessario rilevare come tale convergenza non si pone a vantaggio del cittadino, nel senso che rappresenta un arresto, se non addirittura un passo indietro, sulla via della differenziazione dell'offerta di giustizia. Cioè sulla via dell'affermazione di un principio che comporta l'individuazione di strumenti di tutela che siano in grado, in quanto sufficientemente differenziati tra loro, di operare su binari paralleli rispetto a quelli giurisdizionali; di un principio, in definitiva, che non solo è alla base della nascita stessa dei metodi alternativi di tutela⁵⁴ ma che – come subito si vedrà – rappresenta ormai una costante delle politiche europee in tema di giustizia.

7. *La risoluzione alternativa delle controversie secondo la prospettiva comunitaria*

Fin dall'inizio degli anni Novanta l'Unione europea si è interessata con intensità crescente ai problemi riguardanti il funzionamento in generale della giustizia. Particolare attenzione è stata in proposito dedicata al miglioramento del livello di effettività della tutela offerta dagli Stati membri alle situazioni soggettive di derivazione comunitaria; in altri termini, constatata l'insufficienza dei sistemi di tutela incentrati quasi esclusivamente sul circuito giurisdizionale classico e riscontrata la necessità di svincolare dalle "secche" della ineffettività di tale circuito la concretizzazione di un numero sempre più consistente di "nuovi diritti", le istituzioni comunitarie hanno progressivamente indirizzato le proprie politiche verso la valorizzazione dei meccanismi alternativi di tutela⁵⁵.

⁵⁴ Già R.L. ABEL, *Conservative Conflict...*, cit., p. 248, seppur in termini critici, individuava nell'esigenza di differenziare l'offerta di giustizia uno dei tratti caratterizzanti la giustizia informale.

⁵⁵ Esiste in realtà un'ulteriore indicazione del mutamento di prospettiva a livello di politica comunitaria in tema di tutela degli interessi del cittadino. Si fa riferimento, anticipando quanto in seguito sarà approfondito, all'orientamento della giurisprudenza comunitaria in tema di ampliamento della nozione di "giurisdizione dello Stato membro" ai sensi dell'art. 234 del Trattato; nozione che deve essere

Il settore che può essere considerato “pilota” in tal senso (a dire il vero anche l’unico in cui a tutt’oggi è possibile ravvisare una disciplina in un certo senso organica) è rappresentato – come spesso è avvenuto nell’ambito del diritto comunitario – dalle controversie concernenti i diritti del consumatore.

Ebbene, già dal 1993, la Commissione europea, con la pubblicazione del Libro verde riguardante “l’accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell’ambito del mercato unico”⁵⁶, ha adottato un approccio che non è ancora stato compiutamente sperimentato da alcuno Stato membro in base al quale l’aumento del livello di effettività della tutela è incentrato sul tema dell’accesso alla giustizia e sulla relazione strumentale sussistente tra tale tema e le alternative al processo⁵⁷.

intesa oggi non più in senso formale ma in senso sostanziale, con la conseguente possibilità, riconosciuta anche a soggetti non strettamente giurisdizionali, di richiedere un intervento interpretativo della Corte di giustizia. Si tratta, in effetti, di una circostanza diversa da quelle finora trattate; tuttavia, nel momento in cui la Corte, non senza dettare alcuni requisiti minimi che i soggetti incaricati di risolvere la controversia devono possedere, li legittima al rinvio *ex art. 234*, dimostra di accogliere un’accezione del concetto di tutela non limitata alle tradizionali forme giurisdizionali e quindi, implicitamente, di ritenere le forme alternative perfettamente adeguate allo svolgimento della funzione di tutela degli interessi di matrice comunitaria. Si veda per esempio, la giurisprudenza in tema di ricorso straordinario al Capo dello Stato, sulla quale M. PROTTO, *Giurisdizione nazionale ed effettività della tutela delle situazioni di matrice comunitaria*, nota a Corte giust. CE, 16 ottobre 1997, C-69/96 e 79/96, in «Urbanistica e appalti», 1998, p. 459 e ss., nonché E. CHITI, *Nuovi sviluppi del concetto di giurisdizione ex art. 177 del Trattato*, nota a Corte giust. CE, 17 settembre 1997, C-54/96, in «G.d.a.», 1998, p. 140 e ss.

⁵⁶ COM (93) 576, cui ha fatto seguito l’adozione di un altro Libro verde (COM [2000] 51), dal contenuto questa volta più specifico benché riferito in generale alle controversie di natura civile, relativo all’assistenza giudiziaria del contendente transfrontaliero. Sul punto, R. DANOVI, *Le ADR (Alternative Dispute Resolutions) e le iniziative dell’Unione Europea*, in «Giur. it.», 1997, IV, p. 326 e ss.

⁵⁷ A dire il vero devono essere segnalate anche alcune iniziative europee relative al diritto di famiglia (controversie transfrontaliere aventi ad oggetto, per esempio, l’affidamento dei figli, il diritto di visita e così via, su cui vedasi la proposta di regolamento del Consiglio adottata dalla Commissione il 6 settembre 2001 [Bruxelles II bis, COM (2001) 505]) e al diritto del lavoro (si veda la comunicazione della Commissione del 28 giugno 2000 [COM (2000) 379]), le quali tuttavia – se confrontate con quelle intraprese all’interno del settore del consumo – restano relativamente marginali.

7.1. *L'accesso alla giustizia nella sua duplice dimensione*

Quando si parla di accesso alla giustizia ci si riferisce al problema dell'accessibilità delle aule di tribunale da parte di chi non dispone di mezzi economici sufficienti per intraprendere un'azione a tutela dei propri diritti; non solo dunque da parte di chi effettua una ponderazione sulla effettiva convenienza dell'azione in rapporto alla durata e ai costi del procedimento, ma anche da parte di chi, in assoluto, cioè a prescindere da ogni altra considerazione, fin dall'inizio non è economicamente in grado di sostenerne l'onere.

Il problema è dunque cruciale ai presenti fini. Ora, già dalla lettura congiunta degli artt. 3 e 24 della Costituzione si evince che l'accesso alla giustizia è uno dei diritti fondamentali su cui si fonda il carattere democratico dell'ordinamento; questo implica che la sua realizzazione non può restare affidata a logiche di tipo "darwiniano" fondate sulla capacità economica del soggetto. Del resto, il comma 3 dell'art. 24 si fa carico di questo problema assicurando ai non abbienti – in conformità con l'ispirazione sociale che pervade il testo costituzionale – "i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione". Tuttavia, questo principio è rimasto a lungo inattuato nel nostro come in altri ordinamenti europei e questo rende ancor più meritevole la rinnovata attenzione che ad esso è stata data a livello comunitario, ribadendone la centralità nell'ambito degli istituti tipici del *welfare state*.

Non è tuttavia possibile comprendere l'ottica che ha ispirato l'azione comunitaria senza un rapido cenno a quel vasto movimento ideologico e culturale iniziato verso la fine degli anni Sessanta, il cui scopo dichiarato era quello di contribuire ad assicurare a tutti gli individui il godimento paritario dei diritti umani fondamentali e dei diritti sociali.

Di respiro internazionale e in aperta critica verso le impostazioni tipiche del formalismo e del dogmatismo giuridico, il movimento per l'accesso – cui hanno contribuito un centinaio tra giuristi, sociologi, economisti e politologi – annovera, tra i suoi massimi esponenti, illustri studiosi come Mauro Cappelletti, Bryant Garth, Martin Shapiro e Lawrence Friedman. A quest'ultimo, probabilmente, si deve la miglior definizione sul significato da attribuire al movimento stesso, inteso quale "luogo" di studio degli strumenti attraverso i quali garan-

tire la piena effettività dei diritti come condizione necessaria di uguaglianza tra i cittadini⁵⁸. Figlio della corrente di pensiero che ha individuato tre “dimensioni” del diritto e della giustizia nel mondo contemporaneo, il movimento per l’accesso si prefigge di sviluppare in particolare la terza, quella sociale⁵⁹. Il movimento ha individuato nei fattori economico, organizzativo e processuale gli ostacoli di maggior peso nella realizzazione della dimensione sociale della giustizia, ed ha articolato la propria azione in tre differenti “ondate riformatrici” destinate ad influenzare significativamente le politiche dell’Unione in tema di giustizia e di tutela. A conferma di ciò, è sufficiente verificarne gli oggetti: la prima ondata riguarda lo studio di meccanismi idonei a consentire l’accesso alla giurisdizione alle fasce sociali economicamente deboli; la seconda, la valorizzazione di categorie giuridiche che consentano l’accesso alla tutela giurisdizionale di diritti e interessi appartenenti ad una pluralità indeterminata di soggetti; la terza, l’individuazione di strumenti alternativi al processo.

Volgendo lo sguardo al nostro ordinamento per verificare, oggi in particolare, il livello di (in)attuazione della prima “ondata” di riforma⁶⁰, si registra, a partire dagli anni Novanta, un certo attivismo da parte del legislatore.

⁵⁸ Così L.M. FRIEDMAN, *Claims, Disputes, Conflicts and the Modern Welfare State*, in M. CAPPELLETTI (a cura di), *Access to Justice and the Modern Welfare State*, Firenze, European University Institute, 1981, p. 252. In realtà, quello che può essere considerato il vero e proprio manifesto del movimento risale a qualche anno prima ed è diviso in sei tomi; si fa riferimento a M. CAPPELLETTI (a cura di), *The Florence Access to Justice Project*, Milano, Giuffrè, 1978-1979. Non bisogna tuttavia dimenticare che un’anticipazione culturale e giuridica delle problematiche affrontate dal movimento in esame si trova già in P. CALAMANDREI, *Il rispetto della personalità nel processo*, ora in *Opere giuridiche*, I, Napoli, Morano, 1965, p. 690 e ss.

⁵⁹ Alla quale si aggiungono quella “costituzionale”, indirizzata alla ricerca e alla valorizzazione dei valori fondamentali che caratterizzano i singoli ordinamenti, vincolando l’azione del legislatore stesso e quella “transnazionale”, diretta al superamento del concetto di sovranità nazionale in ordine all’individuazione di una sorta di *lex universalis*, capace di imporsi al di là delle rigide barriere rappresentate dai singoli confini nazionali. Sul tema si veda ancora M. CAPPELLETTI, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, Bologna, Il Mulino, 1994.

⁶⁰ L.P. COMOGLIO, *Le garanzie costituzionali*, in L.P. COMOGLIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, Il Mulino, 1999, pp. 77-78, il quale, dopo aver esposto e criticato il sistema precedente, sottolinea che ancora sussistono “nel sistema positivo [...] aree alquanto vaste di denegata giustizia”.

Il primo intervento in materia è costituito dall'emanazione della l. 30 luglio 1990, n. 217, recante istituzione del patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti, di recente modificata dalla l. 29 marzo 2001, n. 134, la quale ha inserito al suo interno – facendo salve le disposizioni settoriali in materia – il capo II, dedicato espressamente alla disciplina del patrocinio a spese dello Stato nei giudizi civili e amministrativi. L'intera disciplina è stata infine accorpata nel “Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia”, emanato con d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115, il cui art. 13 è stato di recente novellato dall'art. 21, c. 4, della l. 4 agosto 2006, n. 248 (conversione in legge del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, recante disposizioni per il rilancio economico e sociale “cd. Decreto Bersani”) che ha abbassato il contributo previsto per i ricorsi al giudice amministrativo e individuato alcune nuove esenzioni⁶¹.

Seppure si tratti di significativi passi avanti verso l'attuazione del disposto costituzionale, la risposta che l'ordinamento ha finora fornito al problema dell'accesso è ancora insufficiente.

Innanzitutto, perché il limite di reddito imponibile (determinato dall'art. 76 del Testo Unico) da non superare per ottenere l'accesso al patrocinio è probabilmente il solo sopportabile dal bilancio dello Stato ed è indicativo di un'effettiva condizione di povertà; ma non

⁶¹ Per quanto qui rileva la norma aggiunge all'articolo 13 del d.p.r. 115/2002 il comma 6 bis ai sensi del quale: “per i ricorsi proposti davanti ai Tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato il contributo dovuto è di euro 500; per i ricorsi previsti dall'articolo 21-bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, per quelli previsti dall'articolo 25, comma 5, della legge 7 agosto 1990, n. 241, per i ricorsi aventi ad oggetto il diritto di cittadinanza, di residenza, di soggiorno e di ingresso nel territorio dello Stato e per i ricorsi di esecuzione della sentenza o di ottemperanza del giudicato il contributo dovuto è di euro 250. L'onere relativo al pagamento dei suddetti contributi è dovuto in ogni caso dalla parte soccombente, anche nel caso di compensazione giudiziale delle spese e anche se essa non si è costituita in giudizio. Ai fini predetti, la soccombenza si determina con il passaggio in giudicato della sentenza. Non è dovuto alcun contributo per i ricorsi previsti dall'articolo 25 della citata legge n. 241 del 1990 avverso il diniego di accesso alle informazioni di cui al decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 195, di attuazione della direttiva 2003/4/CE sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale”. A ciò si aggiunga quanto introdotto di recente dall'art. 1 della l. n. 296 del 2006 che aumenta il contributo ad euro 2000 nel caso in cui il ricorso sia in materia di affidamento di lavori servizi e forniture, nonché di provvedimenti delle autorità indipendenti.

arriva neppure a raggiungere la soglia di povertà relativa così come individuata in base alle ultime rilevazioni Istat⁶². Ciò significa che, in assoluto, è troppo basso e non consente l'accesso al patrocinio a chi, pur al di sopra del limite, vive in condizioni, se non di povertà, perlomeno di grave disagio economico. Poi perché il patrocinio a spese dello Stato resta, con riferimento ai giudizi civili e amministrativi, l'unica forma di assistenza ai non abbienti; ebbene, vista l'improbabilità di un innalzamento del limite sopra richiamato, rimane sempre attuale l'esigenza più volte manifestata in dottrina di una riforma definitiva, diretta all'adozione di cosiddetti modelli misti, con un patrocinio a carico di uffici pubblici di assistenza che sia però integrato da un patrocinio garantito dalle stesse professioni forensi.

In definitiva, per anticipare considerazioni che saranno in seguito approfondite, l'approccio del legislatore italiano tradisce un limite ancora una volta culturale prima che giuridico. La prospettiva che esaurisce l'accesso alla giustizia nell'assistenza giudiziaria ai non abbienti è incompleta e non contempla le ipotesi in cui il giudizio non rappresenta il mezzo più adeguato per la composizione di un conflitto⁶³. Gli stessi promotori del movimento, del resto, ne erano consapevoli avendo dedicato una parte importante del progetto all'individuazione di meccanismi alternativi al processo.

Il Libro verde del 1993 rappresenta dunque il primo dei passi che l'Unione europea ha scelto di compiere sulle orme tracciate negli anni Settanta e fino ad oggi seguite soltanto dall'ordinamento inglese⁶⁴. L'accesso alla giustizia viene per la prima volta affrontato in

⁶² Stimata, secondo le rilevazioni riferite all'anno 2005, in euro 936,58 per una famiglia di due componenti.

⁶³ L'accesso alla giustizia è in realtà facilitato anche dall'introduzione di modifiche di tipo più strettamente procedurale come, per esempio, dall'adozione di modelli processuali a rito differenziato o informalizzati e/o defiscalizzati a seconda del tipo di controversia; non sembra tuttavia opportuno in questa sede andare oltre la mera segnalazione di tali ulteriori elementi, stante la loro incidenza di tipo soltanto indiretto sul problema generale.

⁶⁴ Secondo le considerazioni di M. CAPPELLETTI, *Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access to Justice Movement*, in «The Modern Law Review», 1993, p. 287, l'essenza stessa del movimento per l'accesso è oggi rappresentata dalle alternative al processo. Sembra questa, peraltro, la prospettiva con la quale – per esempio in Gran Bretagna – è stata intrapresa la via

entrambe le sue dimensioni: come diritto (concreto) di accesso alla giurisdizione e come diritto, altrettanto concreto, di accesso ad un sistema di tutela organizzato e ad essa alternativo. Affatto trascurabili le implicazioni che la prospettiva comunitaria porta con sé: l'introduzione degli strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie cessa di appartenere alla sfera delle opzioni perseguibili in sede di fissazione delle priorità politiche di uno Stato sociale; al contrario, essa è una scelta obbligata⁶⁵, cui il legislatore non può più sottrarsi se intende – per dirla con Friedman – colmare quel vuoto che tuttora esiste tra i cittadini e le loro leggi⁶⁶.

7.2. Risoluzione alternativa e principi comunitari

Di fondamentale rilievo ai fini che interessano in questa sede sono le due Raccomandazioni con le quali la Commissione ha dettato i principi generali applicabili agli organi responsabili per la risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di consumo⁶⁷, principi oggi definitivamente recepiti dagli artt. 140 e soprattutto 141 del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo). Tuttavia, pri-

di una vasta riforma della giustizia civile che prevede, tra le altre cose, un utilizzo massiccio e a volte imposto di strumenti alternativi di tipo latamente conciliativo. In proposito, Lord H. WOOLF, *Access to Justice: The Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice*, London, HMSO, 1996; questo studio è di particolare rilievo in quanto ha posto le basi per la successiva attività riformatrice culminata nel 1998 con l'emanazione di una nuova disciplina della procedura civile (*Civil Procedure Rules*) e, nel 1999, con la sistematizzazione degli istituti idonei ad assicurare un equo accesso alla giustizia (*Access to Justice Act*).

⁶⁵ Come insegna M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 1986, p. 98, secondo il quale l'utilizzo della locuzione Stato sociale implica un dover essere, cioè il fatto che lo Stato debba occuparsi di un determinato servizio.

⁶⁶ L.M. FRIEDMAN, *Access to Justice: Social and Historical Context*, in M. CAPPELLETTI (a cura di), *The Florence Access...*, cit., II, p. 15. È interessante notare che il termine inglese "law" può essere utilizzato – a differenza che in italiano ove ha un significato più preciso e, per certi versi, più limitante – quale sinonimo di tribunale, legge, istituzioni, sistema giuridico e così via. La precisazione è dunque importante perché, a parere di chi scrive, contribuisce a chiarire il pensiero dell'Autore.

⁶⁷ Raccomandazioni n. 257 del 30 marzo 1998 (98/257/CE) e n. 310 del 4 aprile 2001 (2001/310/CE).

ma di procedere alla indicazione di tali principi (peraltro destinati – *de jure condendo* – a trovare applicazione anche al di fuori dello specifico settore per il quale sono stati pensati) è opportuno soffermarsi sull'approccio che il legislatore comunitario sembra aver adottato in tema di risoluzione alternativa.

Orbene, da un rapido sguardo ai considerando che introducono le suddette Raccomandazioni, emergono alcuni elementi importanti, due dei quali di respiro particolarmente ampio.

Vi è in primo luogo l'affermazione della strumentalità dei metodi alternativi non soltanto rispetto alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive, come invece si potrebbe essere indotti a ritenere, ma rispetto alla fiducia da parte dei consumatori nel funzionamento complessivo del mercato unico; i metodi alternativi, dunque, come strumenti in grado di aumentare il coinvolgimento diretto del singolo cittadino (inteso quindi quale anello necessario della catena) nel processo di sviluppo e di integrazione del diritto europeo. E questa è, in effetti, una prospettiva del tutto nuova, che trascende l'ambito tradizionale dei meccanismi di tutela ed offre ai metodi alternativi una connotazione diversa, propria prevalentemente degli ordinamenti di *common law*, ove si registra maggiore consapevolezza in merito alle implicazioni dello specifico episodio conflittuale e ai riflessi giuridici che esso produce sull'intera collettività.

In secondo luogo si afferma, esplicitamente nella prima Raccomandazione, che per procedure alternative non devono intendersi soltanto le *Adr* in senso stretto ma anche tutte le altre procedure stragiudiziali che, a prescindere dalla loro denominazione ed eventualmente già operanti all'interno dei singoli Stati membri, siano ad esse equiparabili e che al contempo rispettino i principi di cui ora si tratterà.

Quanto ai principi enunciati, sebbene ampiamente noti, si ritiene comunque opportuno farne un breve richiamo⁶⁸.

⁶⁸ Ci si limiterà pertanto ad una breve descrizione. Si tenga comunque presente che le due Raccomandazioni non sono perfettamente sovrapponibili dal punto di vista contenutistico. Infatti, mentre la prima detta i principi applicabili alle procedure stragiudiziali che vedono la partecipazione attiva di un terzo soggetto dotato del potere di proporre o di imporre una soluzione della controversia, la seconda è

Ve ne sono alcuni comuni ad entrambe le Raccomandazioni, come l'indipendenza dell'organo che "presiede" la risoluzione della controversia; in questo caso ciò che si vuole garantire – come è evidente – è che i responsabili della procedura alternativa svolgano il proprio compito in maniera imparziale, senza cioè subire pressioni idonee ad influenzarne l'operato; il mandato irrevocabile senza giusto motivo per un periodo quantomeno sufficiente all'astratta soluzione del conflitto, così come le capacità e la competenza professionale del soggetto terzo e l'assenza di situazioni potenziali di interesse confliggente, vengono ritenuti elementi adeguati a scongiurare pericoli in tal senso. Come la trasparenza della procedura, realizzata attraverso la possibilità di accedere agevolmente alle informazioni riguardanti il suo svolgimento, i suoi eventuali costi, il valore giuridico dell'atto finale e così via; o come l'efficacia, ancora, della procedura intesa prevalentemente in termini di tendenziale gratuità della stessa o di possibilità per la parte di non farsi rappresentare da altri soggetti.

Gli altri principi dettati in sede comunitaria comportano, in breve, la necessità che tutte le parti siano messe in grado di rendere noto il proprio punto di vista e di venire a conoscenza del punto di vista e dei fatti addotti dalla parte avversa (contraddittorio/equità); che la "decisione" del soggetto terzo non finisca per privare il consumatore della tutela offertagli dalle norme imperative del Paese ove risiede abitualmente (legalità); che il soggetto mantenga sempre il

invece diretta alla disciplina dei principi applicabili alle procedure stragiudiziali in cui il terzo soggetto non prende formalmente una posizione sulla soluzione che ritiene più adatta ma si limita, al contrario, ad assistere le parti nella ricerca di un accordo. Ciò detto, è bene rilevare che, a dispetto della formale distinzione, i principi applicabili all'una e all'altra procedura non presentano differenze degne di rilievo, eccetto quelle che appaiono meramente terminologiche (si parla per esempio di indipendenza nella prima Raccomandazione, di imparzialità nella seconda) o quelle strettamente connesse alla ontologica diversità procedurale (nella seconda Raccomandazione si ritiene, per esempio, più opportuno parlare genericamente di equità, ma si attribuiscono a tale principio alcuni contenuti che nella prima Raccomandazione hanno invece il rango di principi autonomi); anzi, a dire il vero, sembrano sostanzialmente analoghi, ragion per cui appare utile una loro trattazione congiunta. Per una interessante analisi di questi principi si rinvia a S. CADEDDU, *Strumenti alternativi di soluzione delle controversie fra erogatori e utenti di servizi pubblici*, in «Riv. ital. dir. pubbl. comunit.», 2001, p. 685.

diritto di recedere dalla procedura stragiudiziale e di adire il sistema giudiziario o altri e diversi meccanismi stragiudiziali, a meno che non dichiarì, una volta insorta la controversia, esplicitamente ed in piena consapevolezza, di rinunciare a tale diritto (libertà/equità).

È dunque evidente l'importanza che queste Raccomandazioni rivestono con riferimento alla problematica in esame. Infatti, benché ad oggetto specifico, è ragionevole ritenere che i principi ora richiamati finiranno per condizionare l'intero sviluppo dei metodi alternativi, anche laddove si tratti di risolvere controversie non strettamente attinenti l'ambito del consumo⁶⁹.

Del resto, se è vero che secondo la prospettiva comunitaria l'introduzione di forme non giurisdizionali di tutela rappresenta un ampliamento della gamma degli strumenti a disposizione del cittadino per far valere i diritti di cui risulti titolare, limitare l'operatività degli strumenti alternativi alle sole controversie che vedano coinvolto il consumatore porrebbe un problema di contrasto con il principio di uguaglianza.

Non è un caso quindi se, il 19 aprile 2002, la Commissione ha adottato il Libro verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie non più soltanto appartenenti al settore del consumo ma, più in generale, in materia civile e commerciale⁷⁰. Lo scopo immediato di questo documento consiste, secondo le indicazioni del Consiglio, nel "fare il punto sulla situazione esistente" e promuovere

⁶⁹ Raccomandazione 9 (2001) *on alternative to litigation between administrative authorities and private parties*, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa e nata con l'intento di incoraggiare l'utilizzo degli strumenti alternativi per risolvere le controversie tra cittadini e amministrazioni degli Stati membri. L'esperimento tuttavia si è rivelato azzardato in parte perché non tutti gli stati hanno un vero e proprio sistema a diritto amministrativo, e in parte perché – anche laddove tale sistema sussiste – vi è pur sempre una forte disomogeneità nelle diverse discipline. Ciò del resto è dimostrato dalla elencazione – da intendersi peraltro in termini non esaustivi – degli ambiti cui applicare le procedure alternative (atti amministrativi, contratti, responsabilità civile), il cui intento chiarificatore risulta alla fine ampiamente frustrato dalla impossibilità stessa di ricondurre i singoli istituti a fattispecie dai tratti comuni. Sul punto S. STICCHI DAMIANI, *Sistemi alternativi alla giurisdizione (Adr) nel Diritto dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 176, il quale attribuisce alla Raccomandazione in esame una funzione di legittimazione all'utilizzo delle procedure stragiudiziali da parte delle singole amministrazioni, anche nei casi di esercizio di un pubblico potere.

⁷⁰ COM (2002) 196.

un'ampia consultazione tra i diversi Stati membri “per individuare e definire le linee politiche di sviluppo che la Commissione seguirà nei prossimi anni” con riguardo alla tutela alternativa. Ciononostante, il Libro verde si spinge oltre e rappresenta molto di più di una mera sintesi a fini ricognitivi.

Vi è innanzitutto la scelta di delimitare il campo di indagine alle procedure alternative condotte da un parte terza e neutrale, ad esclusione dell'arbitrato. Ciò, probabilmente, non perché l'arbitrato non possa essere considerato una tecnica di *Adr* in senso proprio ma più che altro per la sua specificità rispetto alle altre procedure, a causa della quale risulta arduo qualunque tentativo assimilatorio. In altri termini, l'inclusione dell'arbitrato, avrebbe affievolito l'incisività di un intervento il cui scopo finale sembra essere quello di conferire un ordine sistematico all'attuale configurazione, assai eterogenea e variegata, degli strumenti di tutela alternativa, contribuendo al tempo stesso ad una definizione il più possibile unitaria del loro *status* giuridico.

Così, la scelta di effettuare una netta distinzione tra *Adr* operanti nell'ambito di procedimenti giudiziari e *Adr* operanti al di fuori di tale ambito, perciò definite convenzionali e suddivise al proprio interno in base alla distinzione già recepita nelle due Raccomandazioni in precedenza esaminate, in cui assume rilievo discriminante il profilo dei poteri attribuiti in concreto al soggetto terzo⁷¹. Ma anche la scelta di ribadire la finalità principale della tutela alternativa, cioè il miglioramento dell'accesso alla giustizia e l'ampliamento delle possibilità di tutela. Con tutto quel che ne deriva, per esempio, in termini di rapporto tra strumenti alternativi e tutela giurisdizionale, ricostruito più in chiave di complementarietà che non di alternatività (intesa nel significato letterale del termine); nel senso che la scelta di utilizzare un metodo alternativo deve essere tendenzialmente consensuale e comunque non può privare il soggetto della possibilità di adire – una volta fallita la via alternativa – le ordinarie vie giurisdizionali.

⁷¹ È comunque necessario prestare attenzione al fatto che le Raccomandazioni e il Libro verde non sono sovrapponibili e mantengono quindi diversi campi di applicazione; infatti, da un lato la prima Raccomandazione si riferisce anche all'arbitrato, escluso – come già visto – dal Libro verde, dall'altro il Libro verde si riferisce anche alle *Adr* cosiddette giudiziali, non comprese invece dalle Raccomandazioni.

Questo introduce il problema del rapporto o, meglio, dei rapporti possibili tra tutela alternativa e tutela giurisdizionale. Sul problema si avrà occasione di tornare nel corso della trattazione; per ora è sufficiente segnalare quella che, a livello generale, sembra essere la risposta caldeggiata a livello comunitario: la sussistenza di una “relazione integrata”⁷² tra le due diverse forme di tutela, cioè di necessaria coesistenza, realizzata, per fare solo un esempio, attraverso l’introduzione – nelle more dello svolgimento della procedura alternativa – della sospensione automatica del decorso dei termini di prescrizione per l’esercizio dell’azione giurisdizionale, così come eventualmente previsti all’interno dei singoli ordinamenti. Questo passaggio sancisce il definitivo superamento dell’idea secondo la quale vi è coincidenza tra il concetto di tutela delle situazioni giuridiche e quello di giurisdizione, a favore di un approccio più pragmatico che presuppone l’introduzione di forme di tutela diverse, non necessariamente private ma al tempo stesso non necessariamente inadeguate laddove private⁷³, in

⁷² Per dirla con T. MASSA, “*Adr*”: dentro o fuori dal processo?, in «Questione giustizia», 1994, p. 513, la quale sembra comunque preferire l’idea di una tutela alternativa che, benché formalmente estranea al processo, sia ad esso strettamente collegata per esempio secondo il già richiamato modello statunitense dei *court-annexed* (finanziati e spesso amministrati dalle corti) o dei *court-linked* (soltanto collegati alle corti) *programs*.

⁷³ Smentendo peraltro l’ottica che riconduce i metodi di *Adr* nell’ambito del fenomeno della cosiddetta “privatizzazione” della giustizia, frutto dell’universalmente criticato “*Spirit of the 80s*”, ferocemente osteggiato in particolare da certa dottrina statunitense. Oltre agli studi degli Autori in precedenza segnalati si veda sul punto anche P.H. LINDBLOM, *La privatizzazione della giustizia: osservazioni circa alcuni recenti sviluppi nel diritto processuale americano e svedese*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1995, p. 1385 e ss., nonché G. NORI, *Giurisdizione pubblica e “giurisdizioni private”*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 2000, p. 415. L’aspetto che di tale orientamento non sembra condivisibile è rappresentato dalla presunta contrapposizione esistente tra le forme di tutela giurisdizionale (perciò pubbliche) e quelle alternative (e perciò private); infatti, ammesso e non concesso che in alcuni casi l’esistenza di forme di tutela di tipo privatistico possa non costituire un’adeguata forma di garanzia per le parti (in particolare per quelle più deboli), ciò che sembra sfuggire all’orientamento qui criticato è la possibilità di affiancare alla tutela alternativa di tipo privatistico un sistema di tutela alternativa di tipo pubblicistico, cosa che peraltro sta già accadendo in molti ordinamenti. In altri termini, per “giustizia statuale” non dovrebbe più intendersi necessariamente la sola giustizia dispensata dal giudice ma anche la giustizia da quest’ultima diversa dispensata da soggetti pubblici. Così sembra esprimersi M.P. CHITTI, *Le forme di risoluzione...*, cit., p. 6.

grado di condurre ad un esito proporzionato alle caratteristiche del conflitto e conforme alle reciproche aspirazioni delle parti, senza però precludere la via processuale.

In conclusione, il legislatore europeo afferma la necessità di differenziare l'offerta di giustizia, mostrando la centralità che questo tema occupa nell'ambito delle politiche dell'Unione. Non è ancora possibile inferire da tale centralità la sussistenza di obblighi specifici in capo agli Stati membri, che restano pur tuttavia vincolati ad orientare le politiche nazionali verso un più ampio utilizzo degli strumenti alternativi, nell'auspicio che ciò possa progressivamente invertire il rapporto regola-eccezione tra tutela giurisdizionale e alternativa.

Questa prospettiva sembra indirettamente confermata dai più recenti sviluppi della legislazione in materia di procedure di appalto, settore che da tempo conosce le forme di tutela stragiudiziale⁷⁴. La proposta di Direttiva COM (2006) 195 def., presentata il 4 maggio 2006 ed in attesa di approvazione finale, si accinge ad abrogare gli artt. da 9 a 11 della Direttiva 92/13/CEE in tema di procedimento di conciliazione. In base a quanto si legge al n. (17) dei considerando, “il meccanismo di conciliazione non ha suscitato un reale interesse da parte degli operatori economici” in quanto non in grado di “impedire la conclusione illegittima di un contratto”, o in ragione delle sue “caratteristiche difficilmente compatibili con il rispetto dei termini particolarmente brevi dei ricorsi ai fini dei provvedimenti provvisori e di annullamento delle decisioni illegittime”; oppure ancora, a causa delle “difficoltà incontrate nella composizione di un elenco completo e sufficientemente esteso di conciliatori indipendenti di ogni Stato membro, disponibili in qualsiasi momento e in grado di trattare le domande di conciliazione a brevissima scadenza”.

Ora, se a prima vista questo passaggio potrebbe essere interpretato come una battuta d'arresto in tema di sviluppo e diffusione della tutela stragiudiziale (*rectius*, di quella conciliativa, posto che,

⁷⁴ Il riferimento è alle Direttive 89/665/CEE e soprattutto 92/13/CEE (“norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni”).

come in seguito si vedrà, in questo settore risulta particolarmente utilizzato lo strumento arbitrale), a ben guardare, le argomentazioni utilizzate sembrano suggerire una diversa conclusione.

Il profilo del merito è, in primo luogo, fortemente caratterizzato dalle specificità del settore, delle relative controversie e dunque del rimedio a cui (esclusivamente) si riferisce la volontà abrogatrice⁷⁵. In altri termini, il legislatore sottolinea l'inadeguatezza strutturale della procedura conciliativa in rapporto alle normali dinamiche delle controversie nel settore degli appalti. Ciò rende difficile trarre dalla singola vicenda conclusioni di carattere generale. Si deve poi notare l'attenzione che il legislatore dedica alla spiegazione della propria decisione; tale attenzione sembra indice della consapevolezza di operare una scelta in netta controtendenza rispetto al precedente orientamento, la quale deve pertanto essere ampiamente riscontrabile e giustificata. In sostanza, se da un lato non si sente il bisogno di evidenziare alcuna particolare giustificazione nel momento in cui si introduce un meccanismo di tutela stragiudiziale, al contrario, ogni qualvolta il legislatore torna sui suoi passi percepisce la necessità di renderne conto, fornendo la più ampia ed articolata spiegazione delle ragioni a fondamento della propria scelta. Questo aspetto, in definitiva, sembra confermare l'immutata centralità degli strumenti alternativi di tutela nell'ambito delle politiche comunitarie.

⁷⁵ La specificità è confermata anche nella versione successiva 2006/0066 (COD) del 14 giugno 2006, non ancora tradotta, secondo la quale "this conciliation mechanism should therefore be abolished".

CAPITOLO II

LA FUNZIONE GIUSTIZIALE DELL'AMMINISTRAZIONE

1. *La tutela amministrativa nel quadro della risoluzione alternativa delle controversie*

Dalle considerazioni effettuate emerge che lo studio della risoluzione alternativa delle controversie è ispirato dalla crisi di effettività dei rimedi giurisdizionali e dalla esigenza di completare la gamma degli strumenti di tutela offrendo al cittadino la possibilità di percorrere una via più rapida, economica e flessibile di quella giudiziaria.

Prima di procedere oltre, tuttavia, è opportuno segnalare un aspetto al quale fino ad ora non si è dato adeguato rilievo. Gli studi più approfonditi sulla risoluzione alternativa delle controversie, così come i principali interventi normativi di derivazione interna e comunitaria, hanno ad oggetto la soluzione di conflitti che, stante la natura privata dei soggetti coinvolti, sono di norma devoluti alla giurisdizione del giudice ordinario. Del resto, le tecniche di *Adr* fino a questo momento “importate” all’interno del nostro ordinamento sono state prevalentemente utilizzate per la composizione di controversie commerciali derivanti da rapporti di tipo privatistico, con la conseguenza che, di tali rapporti, hanno acquisito la logica. Questo ha portato ad inferire la possibilità di sovrapporre due ambiti che sono caratterizzati da un rapporto di mezzo a fine ma che per il resto sono profondamente diversi tra loro.

In altre parole, il tema della risoluzione alternativa è stato sovrapposto a quello degli strumenti che si pongono in termini di alternatività rispetto alla (sola) giurisdizione ordinaria. La causa di ciò è dovuta al fatto che le *Adr* sono nate negli ordinamenti di *common*

law che – come noto – non conoscono la distinzione tra controversie di tipo privatistico e pubblicistico. In questi ordinamenti, infatti, il regime giuridico dei conflitti tra amministrazioni e privati prescinde dalla natura pubblica di una delle parti e coincide pertanto con quello dei conflitti tra soli soggetti privati¹. Ciò spiega il motivo per il quale in questi casi è privo di utilità pratica il tentativo di isolare il tema generale della risoluzione alternativa delle controversie rispetto al tema, più specifico ed in un certo senso ad esso strumentale, dell'individuazione del regime giuridico dei singoli strumenti alternativi.

Diverso discorso deve essere fatto con riferimento al nostro ordinamento giuridico (nonché in genere agli ordinamenti appartenenti all'area di *civil law*), ove la sovraordinazione istituzionale del pubblico potere rispetto all'autonomia privata si è riflessa sul regime giuridico del rapporto tra amministrazione e amministrato, conferendo ad esso tratti di specialità a tal punto manifesti da rendere necessaria l'istituzione di un giudice diverso dal giudice ordinario, con il compito esclusivo di esercitare il proprio sindacato soltanto sulle controversie aventi ad oggetto l'esercizio di quello specifico potere.

Questa circostanza complica la trasposizione delle tecniche *Adr* all'interno del nostro sistema, dato che rende necessario mettere in relazione tali tecniche non soltanto con il concetto di giurisdizione in senso lato ma anche con le differenti tipologie di giurisdizione esi-

¹ Quest'affermazione deve essere intesa a livello del tutto generale ed è riferita, nella sua dimensione tendenziale, esclusivamente alla disciplina degli strumenti di tutela degli interessi del cittadino. Discorso parzialmente diverso deve essere fatto, quantomeno con riferimento all'ordinamento inglese, riguardo all'assetto giuridico sostanziale ove le differenze tra sistemi di *common law* e *civil law* si sono negli anni radicalmente attenuate. Sul punto, che non può comunque essere approfondito in questa sede, si rinvia a C. HARLOW, R. RAWLINGS, *Law and Administration*, London, Butterworths, 1997. Su come tale attenuazione abbia finito per riflettersi sul regime giuridico degli strumenti di tutela, si veda quanto già scriveva M.S. GIANNINI, *Presentazione*, in H.W.R. WADE, *Diritto amministrativo inglese*, Milano, Giuffrè, 1969, oltre che M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, Il Mulino, 1992, e L. MOCCIA, *Modelli di tutela dei privati verso le pubbliche amministrazioni nella comparazione "civil law-common law": l'esperienza inglese*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1999, p. 1020 e ss. Sulle modificazioni sostanziali nell'esercizio del sindacato giurisdizionale da parte della High Court indotte dall'espansione del diritto pubblico si veda Lord. H. WOOLF, *Droit Public-English Style*, in «Public Law», 1995, p. 57 e ss.

stenti e, in definitiva, con le diverse discipline processuali proprie di ognuna di esse.

Pertanto, a fronte di una situazione già diversificata a livello giurisdizionale in ragione della natura (di una delle parti, tendenzialmente) della controversia, le opzioni sono sostanzialmente due: o la trasposizione di cui sopra viene limitata alle sole controversie tra privati o di natura privatistica o, ancora, affidate in generale alla giurisdizione del giudice ordinario; oppure si risponde alla complessità circoscrivendo ad alcune tipologie di controversie l'utilizzabilità di determinate tecniche alternative ma cercando al tempo stesso di non lasciare altre controversie prive di adeguati sbocchi stragiudiziali.

Ed è proprio nello scegliere tra queste due opzioni che assume rilievo decisivo la distinzione sopra proposta; in quest'ottica, il tema della risoluzione alternativa delle controversie non coincide con quello degli strumenti di *Adr* in senso stretto, dato che tali strumenti rappresentano soltanto una delle possibili modalità di declinazione del tema medesimo. Se è così, non appare corretto indagare i soli strumenti alternativi ad una cerchia ristretta di controversie, magari delimitata a seconda del tipo di giurisdizione cui tali controversie sono in concreto affidate. Perché i problemi della tutela alternativa e della differenziazione dell'offerta di giustizia sussistono senz'altro con riferimento alle controversie tra privati affidate alla giurisdizione del giudice ordinario, ma sussistono in misura altrettanto urgente in riferimento alle controversie affidate alla giurisdizione del giudice amministrativo, siano esse tra soli privati oppure tra privati ed amministrazioni pubbliche.

Da ciò ne consegue che il tema della risoluzione alternativa ha una connotazione di ordine sostanziale e rappresenta l'esigenza di offrire al cittadino la possibilità di risolvere un conflitto, qualunque tipo di conflitto, senza dover necessariamente bussare alla porta del giudice. Esso pertanto riguarda tutte le controversie, a prescindere dal tipo di giurisdizione cui è in concreto demandato il compito di risolverle.

Ciò premesso, ancor prima di verificare la possibilità di estendere alle controversie appartenenti alla giurisdizione amministrativa l'utilizzo delle tecniche di *Adr* in senso stretto – cioè, secondo la semplificazione in precedenza effettuata, conciliazione ed arbitrato – è necessario chiedersi se il nostro ordinamento non preveda già al-

tre vie di risoluzione stragiudiziale. Il pensiero non può che andare alle svariate forme di tutela amministrativa che hanno addirittura anticipato l'introduzione della tutela giurisdizionale. Questo ha peraltro indotto alcuni autori a qualificare la storia dell'intero sistema di giustizia amministrativa in termini di evoluzione verso la giurisdizione di forme di tutela ad essa alternative².

La lettura è suggestiva nella misura in cui sottolinea il rilievo, specie in chiave storica, che la tutela affidata ad un apparato diverso da quello giurisdizionale ha avuto nell'ambito del diritto amministrativo; al tempo stesso, tuttavia, al di là della mera suggestione non appare condivisibile, in quanto omette di sottolineare adeguatamente il fatto che fino al 1889 (cioè fino alla istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato) la tutela amministrativa era configurata in termini di unicità e non di alternatività rispetto a quella giurisdizionale³. Con evidente svalutazione del momento relazionale che necessariamente deve sussistere tra il concetto di alternatività e quello di giurisdizione.

Sul punto si tornerà più approfonditamente in seguito. Per ora va aggiunto che, collocare le forme di tutela amministrativa nell'ambito generale della risoluzione alternativa delle controversie non soltanto contribuisce a chiarire un rapporto di specie a genere, ma consente di "agganciare" il piano dei principi generali già recepiti in altri ordinamenti e stabiliti a livello europeo. A cominciare dal concetto di alternatività dello strumento di tutela, che assume significato solo a patto che la tutela cui fa riferimento sia in astratto in grado di garantire quel livello minimo di effettività che l'individuo potrebbe (sulla carta) ottenere rivolgendosi al giudice. Questa operazione consente altresì di concentrare l'analisi sui soli strumenti amministrativi di tutela che appaiono in linea con i suddetti principi, tralasciando quelli che invece, concepiti in epoche non più recenti, sembrano ormai aver esaurito la loro missione giuridica.

² Così L. COCCHI, *Tecniche alternative di risoluzione delle controversie: il ruolo delle Autorità amministrative indipendenti*, in «Politica del diritto», 1997, p. 437 e ss.

³ Sottolinea correttamente quest'aspetto A. PAJNO, *Amministrazione giustiziale*, voce in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2000.

2. *L'incerto cammino della tutela amministrativa: l'orientamento tradizionale e le esigenze di "governo" del sistema*

Per comprendere appieno quanto affermato, è opportuno a questo punto restringere il discorso.

Il richiamo al concetto di tutela amministrativa è stato infatti effettuato in termini del tutto generali, cioè facendo riferimento agli strumenti di tutela che operano all'interno dell'amministrazione e che sono predisposti dall'ordinamento sia per assicurare la conformità dell'azione amministrativa alla legge, sia per tutelare gli interessi del cittadino. Si tenga presente, per inciso, che questa duplice finalizzazione costituisce il criterio principale – ormai consolidato in dottrina – attraverso il quale è possibile separare l'ambito cosiddetto di amministrazione attiva da quello di amministrazione giustiziale; separazione che, come in seguito si vedrà, è oggi percepita dall'orientamento dominante come essenziale ai fini di una tutela effettiva del cittadino. Il concetto di tutela amministrativa è comunque ancora molto esteso e comprende alcuni degli istituti che, seppur secondo un'ottica parzialmente diversa, Feliciano Benvenuti ritenne corretto collocare nell'ambito del fenomeno dell'autotutela amministrativa.

L'illustre Autore, infatti, nel definire tale fenomeno come “quella parte di attività amministrativa con la quale la stessa pubblica amministrazione provvede a risolvere i conflitti, potenziali o attuali, insorgenti con gli altri soggetti in relazione ai suoi provvedimenti”⁴, intese riferirsi soprattutto a due categorie specifiche, entrambe appartenenti alla categoria generale dell'autotutela decisoria⁵. Alla prima, definita

⁴ F. BENVENUTI, *Autotutela (diritto amministrativo)*, voce in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1959, p. 539.

⁵ Che si distingue da quella esecutiva e si esplica mediante l'utilizzo di atti tipici, definiti decisioni amministrative. Sul punto si tornerà ma si tenga fin d'ora presente che la nozione di decisione amministrativa utilizzata da Benvenuti è molto più ampia di quella utilizzata (e in linea di massima ancora oggi accolta, seppur con sfumature in parte diverse, dalla dottrina prevalente) da M. NIGRO, *Le decisioni amministrative*, Napoli, Jovene, 1953, p. 49, secondo il quale esse devono restare circoscritte agli atti amministrativi emanati in funzione di accertamento a seguito di un procedimento in contraddittorio con l'interessato.

diretta o non contenziosa, appartiene l'attività nella quale l'amministrazione esercita i suoi poteri spontaneamente, come nel caso dell'annullamento d'ufficio o della revoca, oppure in seguito all'esistenza di un preciso dovere, come nel caso dei controlli. Alla seconda, definita indiretta o contenziosa, appartiene invece l'attività che l'amministrazione pone in essere in seguito ad un ricorso amministrativo, ordinario o straordinario che esso sia, presentato dall'interessato⁶.

Secondo Benvenuti inoltre, le categorie di autotutela, seppur dirette – sotto il profilo teleologico e ciascuna in rapporto alle sue caratteristiche – anche alla tutela degli interessi dei destinatari del provvedimento, restano in via principale finalizzate alla realizzazione dell'interesse dell'amministrazione, che consiste essenzialmente nella corretta attuazione di un precetto. Ciò significa che l'attività di autotutela, anche nella sua forma contenziosa⁷ (che più si avvicina all'esercizio della funzione giurisdizionale ma della quale non ripropone altro che un contraddittorio definito “rudimentale” o imperfetto⁸), si concretizza nell'esercizio di una funzione amministrativa in senso proprio; questo fatto è ritenuto di per sé sufficiente ad escludere che il destinatario del provvedimento agisca esclusivamente nel proprio interesse, con la conseguenza che i procedimenti di autotutela decisoria restano attratti nell'ambito proprio dell'amministrazione attiva.

⁶ F. BENVENUTI, *Giustizia...*, cit., p. 541 e ss. Si noti tuttavia che già allora l'Autore esprimeva perplessità in relazione alla possibilità di includere il ricorso straordinario al Capo dello Stato all'interno della categoria sopra individuata.

⁷ Si tenga presente che le considerazioni che seguono hanno ad oggetto principalmente la forma contenziosa di tutela amministrativa e, tra gli strumenti a questa riferibili, in particolare il ricorso amministrativo ordinario.

⁸ Sulla possibilità che la stessa funzione amministrativa sia esercitata nelle forme del processo e su come il ricorso amministrativo non dia luogo ad un mero procedimento bensì ad un qualcosa che si avvicina, seppur nella sua imperfezione, al processo si veda lo studio ancora fondamentale di F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 1952, p. 139, il quale, tuttavia, nell'affermare che i destinatari del provvedimento partecipano con atti posti in essere nel proprio ed esclusivo interesse, si trova a dubitare del fatto che la presentazione del ricorso soddisfi principalmente l'interesse dell'amministrazione. Come in seguito si vedrà, l'esistenza di un dubbio simile nel pensiero dell'illustre Autore sembra aprire la strada, seppur a livello embrionale, alle ragioni poste alla base degli orientamenti dottrinali successivi, caratterizzati dal tentativo di separare progressivamente l'ambito strettamente amministrativo da quello più propriamente giustiziale.

Rispetto ai fini prefissati in questa sede, il pensiero di Benvenuti acquista un valore determinante. Esso infatti rappresenta la massima sintesi dell'orientamento tradizionale che affonda le proprie radici, culturali e giuridiche, all'epoca della nascita della giustizia amministrativa; al tempo stesso, tuttavia, ne mette in discussione alcuni capisaldi, finendo così per spianare la strada agli studi diretti ad offrire della tutela amministrativa una lettura costituzionalmente orientata.

La riconduzione dell'autotutela, soprattutto di quella contenziosa, nell'ambito della funzione amministrativa ha infatti il merito di evidenziarne le innegabili e profonde differenze rispetto all'esercizio della funzione giurisdizionale in un momento in cui (le implicazioni di) tali differenze non erano ancora del tutto emerse.

Innanzitutto, con riferimento alla finalizzazione dell'attività svolta in sede di autotutela. Il riconoscimento della natura amministrativa di questa attività è infatti ritenuto elemento sufficiente per affermare la parziale coincidenza tra l'interesse dell'amministrazione che decide e quello del soggetto che presenta il ricorso; nel senso che entrambi sono finalizzati, seppur in misura diversa, alla realizzazione dell'interesse generale cui è preposta l'azione del pubblico potere, cioè a che i suoi atti siano "legali, giusti, convenienti"⁹. E non poteva essere altrimenti, visto che gli studi più importanti sul concetto stesso di giustizia amministrativa e sul ruolo esercitato al suo interno dal processo innanzi al giudice amministrativo sono ancora fortemente caratterizzati da un'impostazione di matrice dichiaratamente oggettivistica¹⁰.

⁹ L'espressione è di V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo*, III, Milano, Società Editrice Libreria, 1901, p. 659, il quale all'inizio del secolo scorso, pur rilevando che l'obbligo sussistente in capo all'amministrazione di pronunciarsi sul ricorso presentato dal cittadino dispiega i propri effetti sulla generale configurazione dell'istituto, afferma al tempo stesso che il privato "il quale metta l'amministrazione in grado di rimediare a un errore o a un torto commesso, non fa che concorrere al conseguimento di un fine che è proprio dell'amministrazione stessa; ed è del tutto indifferente che la spinta a ciò fare provenga da persona interessata alla revoca o modificazione dell'atto".

¹⁰ E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1942, p. 60, con riferimento alla giurisdizione amministrativa, definisce "erroneo concepire tale giurisdizione come strumento rivolto direttamente alla tutela degli interessi individuali" trovando essa la sua ragione prevalentemente "nella tutela dell'interesse pubblico e nella necessità di assicurare la conformità ad esso degli atti dell'Amministrazione".

Se, dunque, neppure la tutela giurisdizionale è rivolta in via diretta alla tutela degli interessi del destinatario del provvedimento, non può destare stupore il fatto che nei medesimi termini sia configurata la tutela amministrativa.

Ma la medesima finalizzazione degli istituti di tutela amministrativa e giurisdizionale è determinata, più in generale, dalle ambiguità che hanno accompagnato la nascita e l'affermazione della giustizia amministrativa, ambiguità che evidenziano la forte contaminazione tra l'ambito amministrativo e quello giurisdizionale. Dalla quale non poteva che derivare la impossibilità di distinguere, all'interno della sfera amministrativa, l'ambito funzionale dell'amministrazione attiva da quello che, pur restando amministrativo, è oggi comunemente definito "giustiziale".

In altri termini, la difficoltà di concepire, prima di tutto a livello teorico, un'amministrazione in grado di risolvere i conflitti con gli amministrati secondo parametri di indipendenza ed imparzialità (rispetto ai quali l'attenzione ad esigenze di tipo strettamente amministrativo cede il passo alla necessità di valorizzare l'interesse individuale dei soggetti che chiedono tutela), non può essere adeguatamente compresa se non si tiene a mente il dibattito che ha accompagnato la fase antecedente e le prime attuazioni delle "riforme crispine"¹¹.

Il tema è stato ampiamente studiato in dottrina; ci si limiterà pertanto ad un rapido richiamo.

Come noto, la l. 20 marzo 1865, n. 2248, All. E soppresse i tribunali speciali all'epoca investiti delle competenze giurisdizionali in materia di contenzioso con le pubbliche amministrazioni¹². Il contenzioso amministrativo fu in altre parole smembrato e affidato da un lato alla competenza giurisdizionale del giudice ordinario, nel caso di lesione di diritti "civili o politici"; dall'altro, e cioè nel caso

¹¹ Su cui Archivio ISAP (a cura di), *Le riforme crispine, Giustizia amministrativa*, II, Milano, Giuffrè, 1990.

¹² Sulla situazione normativa antecedente l'emanazione della legge abolitrice del contenzioso amministrativo e sugli sviluppi successivi è fondamentale il contributo di M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, voce in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 231, nonché quello di E. CANNADA BARTOLI, *Giustizia amministrativa*, voce in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, Utet, 1992, p. 510.

di "affari"¹³ non rientranti nell'ipotesi precedente, alla competenza delle autorità amministrative, la cui funzione fu altresì vincolata al rispetto di principi analoghi a quelli che, secondo gli attuali orientamenti, regolano il contraddittorio tra le parti.

Si è peraltro dubitato in dottrina che l'art. 3 dell'All. E facesse riferimento ai ricorsi amministrativi così come oggi conosciuti (ma all'epoca già esistenti) nel nostro ordinamento; il più autorevole sostenitore di questa tesi fu Cammeo, secondo il quale tale articolo si limitava ad ammettere la possibilità in capo agli interessati di presentare deduzioni ed osservazioni nell'ambito della sola procedura amministrativa ordinaria. Si trattava tuttavia di una tesi minoritaria che, benché non priva di influenze, era già stata smentita dalla dottrina dominante immediatamente successiva all'approvazione della legge¹⁴.

Il dato è comunque significativo e testimonia le difficoltà cui sopra si è fatto riferimento in merito alla definizione di un ambito autonomo di amministrazione giustiziale, soprattutto se si considera che il comma 1 della norma rimase sostanzialmente senza attuazione pratica¹⁵. Ciò che, tuttavia è importante ricordare è il fatto che l'abolizione del contenzioso amministrativo – ispirata dalla necessità pratica di riordinare e uniformare, ad unificazione nazionale avvenuta, l'assetto della giustizia amministrativa assai diversificato all'interno dei vari Stati preunitari¹⁶ – è profondamente permeata dalla filosofia di fondo delle dottrine liberali ottocentesche. Secondo le quali, lo Stato di diritto, da un lato, deve assicurare un'adeguata protezione giurisdizionale alle situazioni giuridiche soggettive meritevoli di tutela e ciò spiega la devoluzione delle controver-

¹³ Così, testualmente, gli artt. 2 e 3 della suddetta legge.

¹⁴ L'orientamento di Cammeo è riportato da A. PUBUSA, *Il dibattito dottrinale prima delle leggi del 1889-90*, in Archivio ISAP, *Le riforme...*, cit., p. 226, il quale sottolinea anche come lo stesso Autore nelle sue opere successive sembri smentire questo orientamento.

¹⁵ Come ricorda A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giapichelli, 2005, p. 23.

¹⁶ Con riferimento all'Allegato E può essere utile ricordare che, più in generale, la l. 2248/1865 realizzò l'unificazione amministrativa dello Stato italiano. Ciò, attraverso la previsione di altri cinque allegati (A, B, C, D, F) che disciplinavano le diverse materie di settore.

sie relative a diritti soggettivi all'unico giudice all'epoca esistente, quello ordinario; dall'altro, ed al tempo stesso, deve garantire la libertà del potere esecutivo e dunque dell'amministrazione dall'invadenza del potere giurisdizionale, e ciò spiega la devoluzione degli altri "affari" alla tutela di legittimità e di merito esercitata dalle autorità amministrative.

Il presupposto ideologico che sottintende questa esclusione dal sindacato giurisdizionale è il seguente: se l'amministrazione ha il monopolio della realizzazione dei compiti pubblici, allora ad essa deve essere riconosciuta la possibilità di svolgere tale compito al riparo da influenze di derivazione esterna, *in primis* giurisdizionale.

L'amministrazione deve, in definitiva, essere libera di governare il sistema amministrativo.

La legge del 1865, quindi, consacra a livello normativo la fine della "osmosi tra amministrazione e giustizia"¹⁷ e realizza la piena indipendenza dell'ambito funzionale amministrativo da quello giurisdizionale¹⁸.

Secondo il progetto originario, la scelta del legislatore del 1865 rispondeva ad esigenze garantistiche. Queste esigenze rimasero tuttavia in ombra: da un lato a causa della giurisprudenza del Consiglio di Stato che, nel decidere sui conflitti di attribuzione tra autorità amministrativa e giurisdizionale, impose un'interpretazione riduttiva del sindacato affidato alla giurisdizione ordinaria, con conseguente estensione degli "affari" a questa sottratti; dall'altro, a causa della timidezza dimostrata dal giudice ordinario nell'approfondire l'intensità del controllo sull'attività dell'amministrazione, a ciò forse indotto dal "clima" politico-culturale dell'epoca, particolarmente sensibile – come appena visto – alle esigenze dell'autonomia amministrativa. Il risultato di queste dinamiche convergenti rese evidente che l'abolizione del contenzioso amministrativo, a dispetto delle mi-

¹⁷ L'espressione è di L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2001, p. 39.

¹⁸ Secondo la rigida applicazione del principio della separazione dei poteri che V. BACHELET, *I ricorsi amministrativi*, originariamente pubblicato nel 1965 ed ora ripubblicato in *Scritti giuridici, Le garanzie dell'ordinamento democratico*, II, Milano, Giuffrè, 1981, p. 422, definisce "mitizzato fino all'ingenuità".

gliori intenzioni garantistiche, si era al contrario tradotta in una riduzione delle garanzie e dello spazio di tutela offerto al cittadino.

Queste sono le cause principali, generalmente riportate dalle trattazioni in materia, del fallimento del sistema incentrato sul giudice unico. Ciò che invece non viene sempre sottolineato con adeguata attenzione è il fatto che si tratta di cause, per così dire, esterne all'amministrazione. Laddove invece il fallimento di tale sistema non può non essere imputato, in misura equivalente se non addirittura superiore, anche a fattori di tipo meramente interno al pubblico potere. Cioè a quei fattori rappresentati dall'incapacità dell'amministrazione di assumere piena consapevolezza del proprio ruolo istituzionale, facendo del principio di imparzialità "l'imperativo categorico" che legittima ed accompagna l'esercizio del potere.

Sulle esigenze dell'imparzialità prevalsero dunque le esigenze di governo di un sistema che era stato unificato soltanto dal punto di vista formale ma che rimaneva, nel suo insieme, profondamente frammentato e pertanto obbligato a mantenere alta la soglia di attenzione diretta ad intercettare in anticipo le istanze disaggreganti. Ciò spiega il prevalere nell'amministrazione post-unitaria del momento dell'autorità rispetto a quello della garanzia. In altri termini, l'amministrazione non seppe maturare al proprio interno coscienza del fatto che l'autorità non necessariamente si contrappone alla garanzia. Che, al contrario, la piena realizzazione del potere autoritativo passa necessariamente attraverso il riconoscimento del rilievo fondamentale che il rispetto delle garanzie occupa all'interno delle dinamiche istituzionali.

L'interesse individuale del cittadino ha finito così per confondersi con l'interesse generale perseguito dal potere; perché l'amministrazione ha saputo valorizzare soprattutto questo secondo interesse, ad esso subordinando la realizzazione di compiti più strettamente giustiziali.

Gli esempi di questa "sordità istituzionale" nei confronti della necessità di garantire il cittadino non mancano.

Particolarmente significative sono al proposito le già richiamate vicende dell'art. 3, All. E. Del comma 1 e della sua prolungata inattuazione si è già riferito. Il discorso peraltro non cambia qualunque sia la lettura interpretativa ritenuta preferibile; nel senso che, sia nel

caso in cui la norma fosse diretta alla disciplina del “contraddittorio” nell’ambito del procedimento amministrativo ordinario, sia nel caso in cui essa fosse diretta alla disciplina del medesimo all’interno del procedimento su ricorso amministrativo, la mancata percezione della sua immediata precettività¹⁹ testimonia le difficoltà dell’amministrazione nel farsi interprete delle esigenze più strettamente garantistiche.

Discorso in parte analogo deve essere fatto con riferimento al ricorso gerarchico di cui al comma 2. Infatti, nel decidere sui conflitti di attribuzione, la giurisprudenza (tanto amministrativa quanto, dopo il 1877, ordinaria) plasmò il proprio orientamento sulla tendenziale incompatibilità tra il “diritto civile o politico” ed il provvedimento amministrativo, con la conseguente riduzione degli spazi di sindacato del giudice ordinario. Questo atteggiamento giurisprudenziale provocò una consistente espansione dell’ambito di tutela affidato all’autorità amministrativa e, in particolar modo, dell’ambito di operatività del ricorso gerarchico. Tuttavia, benché (forse proprio perché) libera dall’influenza del potere giudiziario, l’amministrazione non seppe valorizzare la centralità che le riforme e l’interpretazione ad esse fornita in sede giurisprudenziale avevano attribuito alla sfera amministrativa di tutela, lasciandosi così condizionare dal proprio interesse particolare.

Non tanto, dunque, a causa di carenze specifiche nella disciplina del ricorso amministrativo, quanto a causa della fragilità culturale di fondo della classe politica e degli apparati burocratici²⁰, sui quali le istanze dirette a marcare l’autonomia dal potere giurisdizionale (e dai suoi tratti tipici) esercitarono un peso determinante, anche in termini di alibi, in relazione al mancato svolgimento di compiti giustiziali.

Alla insoddisfazione derivante da questo quadro si cercò di porre rimedio dapprima con l’emanazione delle l. 31 marzo 1877, n.

¹⁹ Sul punto A. TRAVI, *Lezioni di giustizia...*, cit., p. 26, che ricorda come la disposizione fu inizialmente percepita come meramente programmatica.

²⁰ Così A. TRAVI, *Ricorsi amministrativi*, voce in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, Utet, 1997, p. 382, che definisce – ma il punto sarà ripreso più avanti nella trattazione – frutto di eccessive semplificazioni il considerare, come difetto di una legge, i limiti nella sua attuazione ad opera degli apparati.

3761, con la quale furono attribuite alla Corte di cassazione le competenze sui conflitti di attribuzione; in seguito, con l'emanazione della l. 31 marzo 1889, n. 5992, istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato, alla quale fu attribuita la competenza a pronunciarsi sui ricorsi "contro atti e provvedimenti [...] che abbiano per oggetto un interesse di individui o di enti morali giuridici."²¹, cioè proposti a tutela di quegli interessi la cui soddisfazione era precedentemente affidata in via esclusiva alle autorità amministrative. L'istituzione della nuova sezione fu immediatamente percepita come un progresso rispetto al precedente assetto, in quanto rispondeva all'esigenza di aumentare le possibilità di tutela del cittadino²².

È necessario tuttavia chiedersi quali siano stati gli effetti di tale riforma con riferimento alla problematica che più interessa in questa sede. Se, in altri termini, la legge del 1889 contribuì ad aumentare la già scarsa percezione che l'amministrazione aveva delle proprie potenzialità giustiziali.

Nel rispondere a questa domanda non bisogna peraltro dimenticare che all'inizio vi era profonda incertezza sulla natura, amministrativa o giurisdizionale, della neoistituita sezione. Non soltanto in sede dottrinale ma anche in sede giurisprudenziale²³. Tale incertezza sarà poi definitivamente risolta in seguito all'emanazione della l. 7 marzo 1907, n. 62, che, riconoscendone la natura giurisdizionale, conferì alla giurisdizione amministrativa un assetto cristallizzatosi fino al giorno d'oggi.

²¹ Secondo il disposto dell'art. 3 della legge del 1889 in seguito ripreso dall'art. 26, c. 1, del r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 attualmente in vigore.

²² Per un'approfondita analisi, sotto il profilo giuridico, di quest'ultimo intervento riformatore sia consentito il rinvio a L. AMMANNATI, *Il dibattito dottrinale dopo le leggi del 1889-90*, in Archivio I.S.A.P., *Le riforme...*, cit., p. 617.

²³ Ove si registra un forte contrasto tra la giurisprudenza del Consiglio di Stato, le cui prime decisioni al riguardo enfatizzano l'appartenenza della nuova sezione all'autorità amministrativa (sul punto E. FOLLIERI, *La legge 31 marzo 1889, n. 5992, nella giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in Archivio ISAP, *Le riforme...*, cit., p. 446), e quella della Corte di cassazione che, già nel 1893, ne riconobbe natura giurisdizionale (Cass., sez. un., 21 marzo 1893, ora ripubblicata in «Foro amm.», 1989, p. 3499). Si segnala inoltre l'orientamento critico di E. CANNADA BARTOLI, *Giustizia amministrativa...*, cit., p. 523, secondo il quale le argomentazioni di questa Corte non sono rigorose, bensì ispirate dalla preoccupazione di difendere la giurisdizione dell'ordine giudiziario dalle invasioni dell'amministrazione.

Orbene, alla domanda sembra possa essere data risposta affermativa.

Infatti, anche adottando l'orientamento inizialmente accolto dal Consiglio di Stato, non v'è dubbio che la riforma del 1889 spostò definitivamente l'ottica della tutela e della garanzia degli interessi individuali al di fuori dell'amministrazione o, meglio, al di fuori del momento tipico dell'agire amministrativo. Non tanto sotto il profilo formale, dato che la disciplina tradizionale dei ricorsi amministrativi restò del tutto immutata. Quanto piuttosto sotto il profilo sostanziale, nel senso che l'istituzione di un soggetto autonomo ed esterno rispetto all'autorità cui va imputato l'esercizio del potere, con il compito di tutelare le ragioni del cittadino rimasto insoddisfatto in seguito all'esercizio di tale potere, finì per enfatizzare, a livello amministrativo, la divaricazione ideologica tra il momento del decidere e quello del dare giustizia, con la conseguente delega del secondo all'ambito funzionale proprio esclusivamente del Consiglio di Stato.

In conclusione, se l'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato sancì la fine della rigida separazione tra amministrazione e giustizia, al tempo stesso e paradossalmente, positivizzò il fallimento dell'idea di tutela affidata alle autorità amministrative, dando in questo modo il colpo di grazia alle possibilità di sviluppare un sistema di tutela fondato sul rispetto, all'interno del momento esclusivamente amministrativo, delle garanzie individuali e del principio di imparzialità²⁴.

3. *L'emancipazione della tutela amministrativa dall'amministrazione attiva. Verso una "consapevolezza giustiziale"*

Il concetto di tutela amministrativa, così come tratteggiato dall'attività riformatrice di fine Ottocento e dall'attuazione che ad essa fu data nella prima metà del Novecento, si è conservato pressoché inal-

²⁴ In questo senso V. BACHELET, *I ricorsi amministrativi...*, cit., p. 433, il quale però precisa che, nello specifico, l'introduzione del principio di definitività del provvedimento come presupposto per poter ricorrere alla IV sezione sembrò inizialmente conferire nuova dignità al ricorso gerarchico.

terato fino ad oggi²⁵. Seppur percepita, più che altro a livello teorico, diversa dall'attività amministrativa ordinaria, l'attività della pubblica amministrazione esercitata in forme contenziose è a lungo rimasta attratta all'interno della nozione generale di attività amministrativa e intesa in termini di mera variante operativa. Senza che quindi fosse possibile individuarne i tratti tipici svilupparne la nozione e l'utilizzo.

D'altro canto, che si trattasse di attività diversa da quella giurisdizionale è constatazione piuttosto semplice, soprattutto se ci si limita ad enfaticamente l'aspetto soggettivo. Come dire: l'attività contenziosa della pubblica amministrazione non è attività giurisdizionale, in quanto non è esercitata da un soggetto appartenente all'ordine giudiziario; ma allora non può che essere amministrativa, dato che essa è, al contrario, posta in essere da un soggetto riferibile all'apparato amministrativo.

Questa impostazione, senz'altro incontestabile nella sua valenza generale ma, per la sua genericità, incapace di produrre risultati pienamente soddisfacenti²⁶, ha a lungo influenzato il pensiero dottri-

²⁵ A.M. SANDULLI, *La giustizia nell'amministrazione*, ora pubblicato in *Scritti giuridici*, IV, Napoli, Jovene, 1990, p. 503, afferma che "le linee di struttura del sistema sono rimaste le stesse".

²⁶ Restando ovviamente nell'ottica della distinzione tra l'ambito di amministrazione attiva e quello di amministrazione contenziosa. Distinzione resa difficile, per di più, dall'incertezza in merito all'individuazione di un criterio generale a monte che consenta di distinguere concettualmente la giurisdizione dall'amministrazione. Per una recente analisi ed una critica dei diversi criteri a tal fine proposti dalla dottrina si rinvia a G. SCARSELLI, *La tutela dei diritti dinanzi alle autorità garanti. Giurisdizione e amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 195 e ss., il quale riporta: a) quello soggettivo (richiamato sopra), in base al quale giurisdizione sarebbe tutto ciò che è affidato al giudice, amministrazione, viceversa, tutto ciò che è affidato ad un pubblico amministratore; b) quello oggettivo, che pone l'accento sulle caratteristiche intrinseche dell'attività posta in essere, con la conseguenza che giurisdizionale sarebbe l'attività di risoluzione dei conflitti, amministrativa quella di realizzazione degli obiettivi generali fissati dalla legge; c) quello consequenziale o teleologico, secondo il quale è giurisdizionale l'attività di applicazione della legge che non può più essere messa in discussione a seguito di un nuovo esercizio di potere da parte di altre autorità dello Stato, mentre è amministrativa l'attività di applicazione della legge cui, invece, può seguire una nuova applicazione della legge ad opera della giurisdizione; d) quello politico/storico, che considera giurisdizione un'applicazione della legge assistita da particolari garanzie, assenti con riguardo all'amministrazione; va da sé che il potere di scelta in merito a cosa in concreto debba essere considerato l'una o l'altra, spetta in via esclusiva ai diversi poteri dello Stato e riflette il livello di civiltà giuridica raggiunto in un determinato contesto storico.

nale antecedente l'entrata in vigore della Costituzione. La quale peraltro rappresenta da questo punto di vista un'occasione perduta, se è vero – come del resto è sostenuto dalla prevalente dottrina²⁷ – che la carta costituzionale si è limitata a recepire l'assetto della giustizia amministrativa così come stratificatosi nel corso degli anni, senza dunque preoccuparsi di fissare alcun principio generale in tema di tutela amministrativa. In definitiva, il solo fatto di non poter qualificare in termini propriamente giurisdizionali l'attività in esame è ritenuto di per sé elemento sufficiente per poterla includere *tout court* nell'ambito dell'attività di amministrazione attiva.

Si segnala che l'Autore non si limita ad una critica degli incerti criteri sopra riportati ma, pur riconoscendo le difficoltà (a livello di teoria generale del diritto) di contrapporre in maniera netta il potere esecutivo a quello giudiziario, individua il carattere specifico della giurisdizione nell'essere questa deputata – diversamente dall'amministrazione – all'attuazione ultima dei diritti ad opera di un soggetto che goda di reale autonomia e indipendenza (critico nei confronti di questa impostazione F. BOCCHINI, *Contributo allo studio del processo amministrativo non giurisdizionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, p. 129, secondo il quale non è corretto far “discendere la natura della tutela dal fatto che essa sia ultima o penultima”). Inoltre, l'Autore precisa che il criterio indicato non definisce la giurisdizione ma indica i minimi comuni denominatori che “fissano il traguardo storico del concetto di potere giurisdizionale” (251). Al di là, dunque, di indicazioni di matrice soggettivistica, dato che l'attività posta in essere da un'amministrazione cui non segua la possibilità di controllo da parte di altra amministrazione deve per questo motivo essere considerata giurisdizionale in quanto diretta all'attuazione ultima del diritto, a patto ovviamente che sia dotata del requisito dell'indipendenza; requisito che, tuttavia, sembra caratterizzare la sola giurisdizione.

Ora, è evidente che così facendo si minimizzano le potenzialità giustiziali, ovviamente non definitive, dell'amministrazione considerandola priva (in assoluto e necessariamente) dei requisiti di indipendenza così come configurati in capo al solo potere giurisdizionale. E infatti l'Autore – dopo aver individuato, ben oltre i confini a rilievo penalistico, un ambito di attuazione della legge in forma necessariamente giurisdizionale (per di più ordinaria) – esclude che tale ambito possa essere affidato ad una decisione, ancorché non definitiva (lo si ripete), di una amministrazione pubblica, cioè di un soggetto diverso dal giudice. Così riconoscendo, in relazione alla tutela di una serie indefinita di situazioni soggettive, una sorta di “riserva di giurisdizione”; la quale però sembra in punto di diritto contrastare con lo stesso testo costituzionale (*infra* art. 100 ed effettività della tutela) e, in punto di fatto, riproporre il noto pregiudizio fondato su una concezione “pangiudiziaria” della tutela.

²⁷ L'orientamento è pressoché indiscusso, ragion per cui non appare opportuno richiamare studi specifici. In parziale controtendenza, seppure non con riferimento all'ambito giustiziale, si segnala tuttavia V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, originariamente pubblicato nel 1966 ed ora ripubblicato in *Scritti giuridici, Le garanzie dell'ordinamento...*, cit., p. 451 e ss.

Considerato quanto in precedenza affermato, è tuttavia singolare che la premessa per il superamento di questa impostazione debba essere attribuita allo stesso Autore che con più forza ebbe a sostenere la sussumibilità dell'attività contenziosa nell'ambito generale della funzione amministrativa, sebbene di secondo grado. Si fa riferimento al celebre studio di Benvenuti sulla possibilità di concepire l'esercizio della funzione amministrativa attraverso l'utilizzo di forme processuali²⁸.

Influenzato dalla dottrina processualistica tedesca – dopo aver individuato, quale elemento in comune tra la nozione di procedimento e quella di processo, la facoltà di intervento nella formazione dell'atto da parte del soggetto che, pur non essendo titolare dell'interesse principale perseguito dall'atto medesimo, è comunque titolare di un interesse su cui l'atto incide – l'Autore, seppur a livello embrionale, diede un contributo decisivo al percorso di differenziazione tra i caratteri dell'attività amministrativa esercitata in forme contenziose e quelli dell'attività amministrativa ordinaria.

Infatti, una volta riconosciuta la contiguità tra il concetto di procedimento e quello di processo nonché la possibilità che la funzione amministrativa si concretizzi nella forma processuale, era divenuto più agevole marcare la separazione tra gli ambiti contenzioso e amministrativo e coglierne le ontologiche differenze²⁹. Sicuramente oltre le intenzioni dello stesso Autore³⁰, al quale tuttavia deve essere

²⁸ F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa...*, cit., in part. p. 137; seppur in termini impliciti, sembra concordare con quanto affermato E. BALBONI, *Idea e prassi dell'amministrazione giustiziale*, in Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Funzione Pubblica (a cura di), *La riforma della pubblica amministrazione, V (La giustizia nell'amministrazione)*, Roma, 1994, p. 63.

²⁹ Sia consentito ancora il rinvio a F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa...*, cit., p. 140, in cui si afferma, per esempio, che il ricorso gerarchico non dà luogo ad un mero procedimento ma ad un processo “nel quale si esplica una funzione amministrativa. In esso un soggetto, diverso dall'autore dell'atto, influisce per la difesa di un proprio interesse, nella concretizzazione di un potere di decisione”.

³⁰ Il cui studio infatti era prevalentemente indirizzato a far emergere la contiguità ideale tra il concetto di attività partecipata e quello di attività contenziosa. Sulle incontestabili differenze tra procedimento e processo restano insuperabili i rilievi di S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, Garzanti, 1998, p. 306, secondo il quale “mentre nel processo esiste una regola della decisione (per cui il giudice deve decidere in ogni caso ed è determinato il criterio cui deve attenersi nel decidere), nel

attribuito il merito di avere focalizzato l'attenzione sui caratteri specifici dell'attività contenziosa.

La dottrina successiva ne ha poi indagato meglio le caratteristiche evidenziando le differenze tra i due ambiti sulla base della tendenziale separazione tra l'organo che riceve il ricorso e le parti del conflitto. Fino alla constatazione che tra la funzione contenziosa amministrativa e la funzione giurisdizionale esiste un'analogia così stretta che la prima, pur restando formalmente riferibile al potere amministrativo di cui in concreto rappresenta l'esercizio, dal punto di vista sostanziale acquista, nei suoi tratti prevalenti, le "caratteristiche ontologiche della giurisdizione"³¹. Si tratta di una conquista importante, che ha portato la dottrina del tempo a interrogarsi sul fondamento del potere decisorio conferito all'autorità amministrativa.

I tempi probabilmente non erano ancora maturi per marcarne in via definitiva l'indole giustiziale; tuttavia, era già chiaro che questo potere non trova unico fondamento, come invece accade nell'attività di amministrazione attiva e di autotutela, nella necessità di realizzare l'interesse pubblico generale alla correttezza dell'azione amministrativa, né tantomeno l'interesse particolare dell'amministrazione. Al contrario, tale potere è strumentale alla soddisfazione di un interesse, per così dire, bidimensionale: la dimensione collettiva dell'interesse, presente del resto nell'esercizio di ogni potere amministrativo, resta sullo sfondo e coincide in questo caso con quello che Giannini definirà "interesse generale alla giustizia"³²; quella più specifica,

procedimento la scelta della regola di decisione fa parte della stessa discrezionalità amministrativa" e di V. CAIANIELLO, *Rapporti tra procedimento amministrativo e processo*, in «Dir. proc. amm.», 1993, in part. pp. 241-246.

³¹ Secondo quanto afferma, per esempio, V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 1958, p. 861.

³² L'espressione si attaglia benché successiva agli studi in questo momento richiamati e riferita al Consiglio di Stato nei confronti del quale M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, II, in «Riv. dir. proc.», 1964, p. 21, afferma che "il fatto che il Consiglio di Stato realizzi giustizia nel campo degli interessi pubblici, non significa che esso tuteli gli interessi pubblici curati dai provvedimenti sui quali emette pareri o pronunce giurisdizionali, ma significa solo e non altro che l'interesse generale alla giustizia trova in esso uno dei suoi strumenti di realizzazione".

invece, consiste nell'esigenza di offrire tutela agli interessi contrapposti delle parti di un conflitto; dei destinatari del provvedimento amministrativo, dunque, ma anche dell'amministrazione cui il medesimo va imputato, al punto tale che la funzione esercitata rientra "più che nel concetto di amministrazione, in quello di giustizia"³³.

Questa consapevolezza consente l'enucleazione di differenze significative rispetto alla disciplina dell'autotutela: per esempio, l'obbligo giuridico (non dunque la mera facoltà) di pronunciarsi esistente in capo all'amministrazione che riceve il ricorso, o, più in generale, la previsione di una sequenza procedimentale diversa rispetto a quella propria dei procedimenti di secondo grado.

In sostanza, l'impostazione di Benvenuti incentrata sulla riferibilità dell'attività contenziosa al potere amministrativo quale condizione sufficiente per ricondurre tale attività nell'ambito dell'amministrazione attiva cede il passo ad una consapevolezza nuova, non ancora pienamente interiorizzata dalla comunità scientifica ma già ampiamente chiara nelle riflessioni di Ottaviano della fine degli anni Cinquanta: l'amministrazione non può essere considerata come un complesso unitario, perché si articola in organi con funzioni profondamente diverse tra loro, a volte propriamente amministrative e dunque dirette al perseguimento del pubblico interesse, altre volte contenziose e dunque dirette alla tutela degli interessi delle parti di una controversia³⁴.

³³ La tesi è di G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo, La giustizia amministrativa*, II, Milano, Giuffrè, 1958, p. 59, che tuttavia definisce ancora in chiave indiretta la tutela degli interessi individuali; significativa anche l'opinione di M.S. GIANNINI, *Sulle decisioni amministrative contenziose*, in «Foro amm.», 1949, p. 323, che da un lato afferma che le decisioni amministrative sono atti preordinati alla soluzione di un conflitto e sottolinea dunque la somiglianza tra l'attività giurisdizionale e quella amministrativa svolta in sede contenziosa, ma dall'altro esclude che, nello svolgere quest'ultima, l'autorità si trovi in una posizione *super partes* dato che essa al contrario ha "come meta la cura di interessi dell'autorità stessa".

³⁴ V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento...*, cit., p. 863, tra gli Autori citati è quello che con più forza teorizza posizione *super partes* dell'organo contenzioso e la natura sostanzialmente giurisdizionale (in particolare nei confronti dello stesso apparato amministrativo che si trova così obbligato ad attuare la decisione che definisce il ricorso) dell'attività contenziosa, ritenuta espressione di un ordinamento autonomo che presenta, appunto, le caratteristiche della giurisdizione.

Questa consapevolezza cambia completamente la prospettiva di osservazione. Il riconoscimento della necessità e soprattutto della possibilità giuridica di ristabilire la giustizia nel caso concreto consente di definire in termini giustiziali le autorità amministrative che risolvono controversie secondo procedimenti costruiti in modo tale da dare, da una posizione di indipendenza, il massimo rilievo possibile agli interessi di cui siano portatrici le due parti in conflitto; in definitiva, questo passaggio permette di affrancare la funzione giustiziale dall'amministrazione attiva.

4. *Funzione giustiziale e decisione amministrativa*

L'individuazione di uno spazio proprio della funzione giustiziale ha progressivamente consentito di delineare con maggior precisione rispetto al passato la categoria degli atti amministrativi che rappresentano l'esercizio di tale funzione. Seppure in realtà non sia ancora stata raggiunta, nonostante gli sforzi profusi in dottrina, una nozione generalmente condivisa di decisione amministrativa.

Ciò non toglie comunque che appaiono oggi decisamente minoritarie le ricostruzioni che tendono a negare l'esistenza di un'autonoma categoria di atti amministrativi, costituita, appunto, dalle decisioni amministrative³⁵.

³⁵ Esponente autorevole di questo orientamento minoritario è E. CANNADA BARTOLI, *Decisione amministrativa*, voce in *Noviss. Dig. Ital.*, Torino, Utet, 1960, p. 270, il quale, vista l'impossibilità di ricondurre ad uno schema tipico le diverse ipotesi di decisioni amministrative previste dall'ordinamento, afferma che la "nozione, comune e generica, di decisione amministrativa coincide con quella di provvedimento amministrativo". Lo stesso M.S. GIANNINI, *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, in «Foro it.», 1952, IV, p. 169 e ss., criticando la teoria di Nigro, aveva già sostenuto la difficile qualificazione giuridica della decisione amministrativa, non ritenendo l'accertamento elemento significativo per una sicura distinzione. Si veda infine, più di recente, A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere decisionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, p. 84 e ss., il quale, sebbene si ponga finalità differenti, cioè dirette principalmente all'analisi dell'articolato processo di estrinsecazione della volontà amministrativa, sostiene l'impossibilità di individuare nella decisione un'autonoma categoria di atti amministrativi.

È con Mario Nigro, in particolare, che la decisione amministrativa acquista una propria dignità ed autonomia giuridica; perlomeno con riferimento al suo “nucleo centrale” anche se – per ammissione dello stesso Autore – la categoria in esame mantiene “confini fluidi e storicamente variabili”³⁶. Infatti, da un lato se ne accoglie una nozione circoscritta, con esclusione quindi delle ipotesi strutturate in chiave meramente contenziosa, cioè caratterizzate soltanto (e non oltre) dalla partecipazione degli interessati al procedimento di formazione dell'atto decisorio; dall'altro, la si estende oltre l'ambito proprio esclusivamente del ricorso amministrativo e, dunque, anche ad altre fattispecie contraddistinte dal procedimento in contenzioso.

Il nucleo essenziale della decisione amministrativa viene pertanto individuato non solo sulla base di elementi di tipo procedurale, ma considerando altresì la finalizzazione del procedimento al conseguimento di un determinato risultato, cioè sulla base dell'interesse particolare che l'autorità cui è attribuito il potere di decidere in concreto soddisfa. Questo interesse, appunto, non è più quello generico, amministrativo ed indirettamente soddisfatto, al contenuto del provvedimento³⁷, bensì quello specifico che emerge soltanto al termine del procedimento contenzioso e che consiste, esclusivamente, nella giusta soluzione di un conflitto.

È evidente l'importanza di queste affermazioni in merito all'individuazione dei caratteri propri sia della funzione giustiziale, sia degli atti posti in essere nell'esercizio di tale funzione. Il punto debole di questa impostazione consiste tuttavia nel fatto che essa finisce per assimilare nella nozione di decisione amministrativa atti profondamente diversi tra loro³⁸, accomunati, oltre che dall'elemento finalistico, da una nozione ancora troppo generica di procedimen-

³⁶ Oltre al lavoro monografico in precedenza richiamato, si veda anche M. NIGRO, *Decisione amministrativa*, voce in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1962, p. 813.

³⁷ Che, secondo l'orientamento di Benvenuti, contraddistingue le ipotesi dell'autotutela, finalizzata – come già visto – non solo all'assicurazione della giustizia ma anche al raggiungimento dell'efficienza nell'azione amministrativa.

³⁸ Si pensi alle decisioni preliminari alla conclusione del procedimento contenzioso o a quelle finali esemplificate da M. NIGRO, *Decisione amministrativa*, cit., pp. 819-820.

to contenzioso. Tale procedimento resta dunque fondamentale per individuare la categoria in esame ma i confini della sua nozione devono essere ulteriormente delimitati, per evitare una sovrapposizione di momenti non sempre riconducibili all'ambito esclusivamente giustiziale e dunque ricorrenti anche all'interno dei procedimenti di amministrazione attiva.

Per questo motivo la dottrina più recente³⁹ costruisce la nozione di decisione amministrativa valorizzando entrambi gli elementi sopra segnalati. Innanzitutto quello funzionale: la decisione amministrativa inerisce non ad un generico conflitto o ad un semplice contrasto ma ad una vera e propria controversia tra amministrazione e privato, della quale l'atto decisorio rappresenta il momento finale e risolutivo. Poi quello procedimentale: la decisione non si pone al termine di un mero procedimento contenzioso, cioè caratterizzato dalla presenza più o meno generica del contraddittorio tra le parti ma, viceversa, rappresenta l'esito di un procedimento in cui vi è un contraddittorio reale, effettivo e il più possibile conforme a quello di matrice giurisdizionale.

Si tratta in altri termini di un procedimento che comporta, per fare solo qualche esempio, la partecipazione necessaria di tutti i soggetti interessati, il potere a questi riconosciuto di introdurre fatti che l'autorità decidente ha l'obbligo assoluto di prendere in considerazione, il divieto, in capo alla medesima, di introdurre d'ufficio fatti non addotti dalle parti e rispetto ai quali non ci sia stata alcuna possibilità di contraddittorio e così via⁴⁰.

Questi sono, in buona sostanza, gli elementi sui quali si fonda la nozione di decisione amministrativa. Ciò significa che il campo di operatività della stessa deve essere necessariamente limitato a quello dei ricorsi amministrativi perché, tra i diversi rimedi amministrativi che il nostro ordinamento prevede, soltanto il ricorso amministrativo presenta le caratteristiche funzionali e procedurali appena evidenziate.

³⁹ Risulta fondamentale lo studio di A. TRAVI, *Decisione amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, Utet, 1989, p. 524 e ss.

⁴⁰ Sugli elementi che contraddistinguono il contraddittorio ancora A. TRAVI, *Decisione...*, cit., p. 528.

La decisione è pertanto il provvedimento che definisce la controversia oggetto di ricorso amministrativo.

Chiariti i presupposti strutturali ed affermata la nozione di decisione amministrativa, è necessario precisarne ulteriormente gli elementi di distinzione dagli altri atti amministrativi. Resterebbe altrimenti privo di significato, al di là di esigenze meramente descrittive, l'aver individuato non solo l'ambito a sé stante della funzione giustiziale ma anche l'autonoma categoria di atti che di tale funzione rappresentano l'esercizio. Questo significa occuparsi del problema dell'efficacia delle decisioni amministrative, problema al quale in dottrina non sono state date risposte univoche.

Da un lato infatti, si registra un orientamento che tende a caratterizzare la decisione in termini sostanzialmente giurisdizionali, con conseguente applicazione alla medesima dei caratteri di stabilità propri della cosa giudicata. Queste analisi sono incentrate sulla valorizzazione del momento relativo all'accertamento contenuto nell'atto che definisce il ricorso, a sua volta giustificato dalla predisposizione dell'autorità decidente al raggiungimento di finalità di tipo giustiziale⁴¹. Alla quale (o al superiore gerarchico della quale) è dunque assolutamente precluso il potere di revocare o annullare la decisione precedentemente emanata. Di qui la particolare forza delle decisioni amministrative che assumono caratteristiche analoghe a quelle delle sentenze passate in giudicato.

La dottrina più recente sembra invece contestare questa impostazione e riconosce in astratto la possibilità di riformare in sede amministrativa la decisione precedentemente adottata. La presunta stabilità della decisione amministrativa non deriverebbe pertanto né da elementi giuridici concernenti il valore dell'atto, né tantomeno da elementi fattuali riguardanti la sua ontologica assimilabilità alla

⁴¹ Così, ad esempio, M. NIGRO, *Decisione...*, cit., p. 822, nonché V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento...*, cit., p. 864, con riferimento all'ordinamento particolare dell'amministrazione. Si veda anche quanto rilevato da F. BENVENUTI, *Apunti di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1987, pp. 147-148, il quale, pur considerando le decisioni amministrative come espressione dell'autotutela dell'amministrazione, afferma che esse sono "atti di funzione materialmente giurisdizionale" al punto tale da occupare "un posto a parte nella considerazione dei provvedimenti amministrativi".

sentenza passata in giudicato ma, al limite, da questioni relative alla concreta legittimazione dell'autorità decidente. Da ciò ne consegue che – pur esistendo tra la decisione amministrativa e la sentenza passata in giudicato profili comuni ad ogni intervento risolutivo di una controversia che inducono ad evidenziarne le analogie sul piano degli effetti materiali – ha poco senso riferire alla prima “qualificazioni tipiche [...] del giudicato”, perché l'analogia in parola “non comporta alcuna identità di caratteri fra i due ordini di atti”⁴².

Il problema è sicuramente complesso. Certo è che, accogliendo l'orientamento più recente, non si può fare a meno di evidenziare come il suo impatto sia oggi notevolmente ridotto dall'entrata in vigore della l. n. 1034 del 1971. La quale, oltre a prevedere la non necessaria esperibilità del rimedio gerarchico per poter perseguire la via giurisdizionale, ha attribuito il carattere della definitività alla decisione sul ricorso amministrativo ordinario; con la conseguenza che contro questa non è più ammessa alcuna forma di tutela in via gerarchica. Così facendo, non solo si è aperta la strada alla tutela giurisdizionale (o eventualmente a quella straordinaria) ma, al tempo stesso, si è privato di consistenza pratica ancor prima che giuridica il problema di stabilire se l'autorità sovraordinata a quella che ha adottato la decisione sia legittimata o meno alla riforma della decisione stessa⁴³.

Tuttavia, ciò che non risulta ancora del tutto chiaro è un altro aspetto della problematica in esame. Il tentativo di assimilare, quanto agli effetti materiali, la decisione amministrativa alla sentenza passata in giudicato risponde all'esigenza di garantire l'effettività della tutela, riconoscendo la possibilità di attivare, onde ottenere che la decisione

⁴² A. TRAVI, *Decisione...*, cit., p. 529.

⁴³ Sul concetto di definitività del provvedimento amministrativo, sul quale si tornerà in maniera più approfondita nel corso della trattazione, si rinvia a A. TRAVI, *Provvedimento amministrativo definitivo*, voce in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1997, p. 223, che, dopo averne sottolineato l'attuale collocazione di ordine meramente processuale, auspica il recupero di una nozione di definitività di ordine anche sostanziale, “come elemento rilevante per l'assetto interno dell'amministrazione e come momento di connessione tra potere amministrativo e sindacato giurisdizionale”. Sul rilievo sostanziale del concetto di definitività si rinvia a G. BERTI, *La definitività negli atti amministrativi*, in «Archivio Giuridico “Filippo Serafini”», 1965, p. 80 e ss.

favorevole sia portata ad esecuzione, tutti gli strumenti previsti dall'ordinamento per l'esecuzione delle sentenze passate in giudicato.

Ci si muove, ovviamente, nell'ottica di una rivalutazione complessiva dei rimedi giustiziali a fronte di una crisi di effettività della giustizia ampiamente documentata. Sul punto si tornerà nel corso della trattazione, quando saranno definiti in maniera più precisa i confini della funzione giustiziale o, meglio, gli strumenti che possono correttamente essere collocati nell'ambito del suo esercizio. Tra i quali, particolare rilievo con riguardo al problema ora esaminato assume il ricorso straordinario al Capo dello Stato, in ragione della sua configurazione quale rimedio del tutto alternativo alla via giudiziaria e della natura sostanzialmente giurisdizionale che dottrina e giurisprudenza prevalenti ad esso attribuiscono⁴⁴.

Certo è che, se da un lato è difficile dissentire dall'opinione di chi sminuisce la valenza sostanzialmente giurisdizionale della decisione e quindi rifiuta, ponendo l'accento sulla natura formalmente amministrativa, l'attribuzione alla stessa di caratteri analoghi a quelli specifici del giudicato; dall'altro, è altrettanto difficile tollerare che la qualificazione formale di un atto a contenuto decisorio, predisposto dall'ordinamento per la tutela degli interessi del cittadino, venga in considerazione soltanto con riferimento all'apparato organizzativo entro il quale l'atto esplica i propri effetti; con ripercussioni negative sull'aspetto relativo alla sua (non) possibile esecuzione. E con evidente frustrazione delle stesse finalità di tutela che ne giustificano l'esistenza.

In sintesi, delle due l'una. O, nel rispetto formale della sua natura amministrativa, si individua un meccanismo che garantisca ugualmente al cittadino la possibilità di ottenere un'esecuzione garantita della decisione, senza dover necessariamente instaurare la defati-

⁴⁴ Il tema della giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario e quello della possibilità di eseguire il decreto che definisce il ricorso tramite il giudizio di ottemperanza saranno in seguito approfonditi. Sul punto, deve comunque registrarsi l'autorevole orientamento contrario di A. TRAVI, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato*, voce in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, Utet, 1997, p. 430, nonché il più recente orientamento giurisprudenziale espresso dapprima da Cass., sez. un., 18 dicembre 2001, n. 15978, in «Foro it.», 2002, p. 2448, poi da Cons. St., sez. V, 29 gennaio 2003, n. 456, in «G.d.a.», 2003, p. 401 (s.m.) e da ultimo da Corte cost., 7 luglio 2005, n. 282 in www.cortecostituzionale.it.

gante procedura del silenzio rifiuto o dover addirittura ricominciare daccapo, impugnando in sede giurisdizionale gli atti adottati e con essa contrastanti; oppure, la lettura sostanzialistica che enfatizza l'analogia tra il decreto che definisce il ricorso straordinario e la sentenza passata in giudicato (consentendone quindi l'esecuzione attraverso un giudizio equiparato all'ottemperanza) appare più rispettosa del principio in base al quale la tutela nei confronti degli atti dell'amministrazione non può prescindere da una valutazione complessiva in termini di reale effettività. Sul punto, comunque, si tornerà nel corso della trattazione.

Si badi, il discorso effettuato è direttamente riferito alle decisioni amministrative ma implica una definitiva delimitazione anche del loro rapporto con il concetto di amministrazione giustiziale.

Infatti, vista l'assenza di una definizione generale, si sarebbe indotti ad archiviare il problema definendo in termini giustiziali tutti i procedimenti contenziosi che si chiudono con l'adozione di una decisione amministrativa. In sostanza, così come il provvedimento definisce il procedimento, la decisione delimita l'ambito giustiziale. Ma siccome si è affermato che la decisione è il provvedimento che definisce la controversia oggetto di ricorso amministrativo, allora si dovrebbe concludere che l'ambito giustiziale si esaurisce nei ricorsi amministrativi. Dunque, ci sarebbe una piena sovrapponibilità tra amministrazione giustiziale e decisione amministrativa.

Non è così e le ragioni saranno meglio spiegate. Per il momento, basti considerare che, come avverte la migliore dottrina, l'amministrazione attiva e quella giustiziale non debbono essere intese in termini necessariamente antagonisti, essendo al contrario complementari tra loro. Ciò significa che all'amministrazione attiva non può essere del tutto estranea l'idea del raggiungimento di un assetto dei rapporti con il cittadino, anche di quelli conflittuali, improntato al criterio di giustizia⁴⁵. Ebbene, se le cose stanno in questi termini,

⁴⁵ Cfr. U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in «Foro it.», 1984, V, in part. p. 216. Ciò che, ovviamente, non significa riproporre una lettura contaminata dei due ambiti, amministrativo e giustiziale, ma significa valorizzare il rispetto in sede amministrativa dei principi sui quali si fonda oggi l'ordinamento democratico.

esaurire l'ambito giustiziale nel ricorso amministrativo appare una scelta di minima, non adeguata al ruolo cui le amministrazioni sono chiamate negli ordinamenti contemporanei.

5. *La valorizzazione mancata della funzione giustiziale tra crisi dell'amministrazione e crisi della giurisdizione*

Dopo aver descritto il percorso che ha portato al riconoscimento dell'esistenza di uno spazio autonomo proprio della funzione giustiziale e degli atti attraverso i quali essa in concreto si manifesta, è necessario chiedersi come mai i risultati raggiunti dalla dottrina abbiano avuto così scarsa influenza sullo sviluppo delle potenzialità connesse all'esercizio di tale funzione.

Della marginalizzazione di una "consapevolezza giustiziale" in capo all'amministrazione, indotta dalla istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato si è già detto; così come si è già rilevato come l'entrata in vigore della carta costituzionale non abbia rappresentato – secondo la prospettiva che qui interessa e dal punto di vista strettamente positivo – altro che una conferma dell'assetto progressivamente consolidatosi nella prima metà del secolo scorso, profondamente sbilanciato verso un'accezione giudiziaria del concetto di tutela.

Ciò non significa, tuttavia, che non sia possibile oggi procedere ad una rilettura delle norme costituzionali sulla giustizia amministrativa diretta ad integrarne lo specifico contenuto con i principi desumibili dal contesto generale del "nuovo quadro costituzionale" negli ultimi anni affermatosi⁴⁶.

Ma queste sono conquiste recenti. E ciò è dimostrato dallo scetticismo che ancora emerge nell'arco dei due decenni successivi all'entrata in vigore della Costituzione con riferimento ai ri-

⁴⁶ Metodo già seguito, per esempio, da V. BACHELET, *La giustizia amministrativa...*, cit., p. 451, nonché di recente da A. PAJNO, *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in «Dir. proc. amm.», 1994, p. 458, che afferma al proposito come la Costituzione abbia assunto il sistema previgente inserendolo in un contesto che ne implica un necessario superamento.

medi giustiziali. Dei quali, o non è sempre chiara l'appartenenza all'ambito della giustizia amministrativa⁴⁷; oppure, laddove accertata tale appartenenza e quindi rescisso definitivamente il legame tra ambito attivo e giustiziale, viene costantemente sottolineata l'inadeguatezza in ordine ad una tutela efficace degli interessi del cittadino.

Chiarissime, in questa seconda accezione, risultano le affermazioni di Sandulli, che definisce i ricorsi amministrativi mezzi giustiziali, cioè strumenti volti alla soluzione di una controversia in vista della "realizzazione della giustizia nel caso concreto"⁴⁸. Specificando altresì che essi debbono essere tenuti radicalmente distinti dai procedimenti amministrativi (di autotutela e non) che, pur prevedendo una fase contenziosa, sfociano in realtà in atti di amministrazione attiva; ed aggiungendo che a nulla serve negare la caratterizzazione giustiziale dei rimedi in esame facendo riferimento alla circostanza che essi – a causa dei metodi ostruzionistici dell'amministrazione – spesso non sono in grado di offrire una buona giustizia e costituiscono pertanto, più che una garanzia, un ostacolo "da superare [...] per poter battere finalmente alla porta della giurisdizione"⁴⁹.

Il richiamo all'atteggiamento ostruzionistico rappresenta, in definitiva, la denuncia dell'assenza di imparzialità in capo all'am-

⁴⁷ È importante richiamare l'illustre orientamento di M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, III, in «Riv. dir. proc.», 1964, p. 245, il quale – dopo aver definito "infelice" il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica – afferma che "i ricorsi amministrativi non sono più istituti di giustizia amministrativa [...] ma istituti che vanno inquadrati oggi nell'art. 97 Cost., nel principio del buon andamento dell'amministrazione, e tendono a perdere importanza col progredire della disciplina dei procedimenti di primo grado". Seppur in un'ottica differente, si ritiene comunque significativo che E. CANNADA BARTOLI, *Giustizia...*, cit., p. 508 e ss., abbia preferito non occuparsi – introducendo il sistema italiano di giustizia amministrativa – dei rimedi giustiziali. Tale scelta sembra cioè riflettere, al di là delle precisazioni dell'Autore concernenti la presenza di specifiche voci sui ricorsi amministrativi, l'impostazione culturale di una parte importante della dottrina diretta a dare scarso rilievo alla tutela amministrativa.

⁴⁸ A.M. SANDULLI, *Ricorso amministrativo*, voce pubblicata in *Noviss. Dig. Ital.*, Torino, Utet, 1968, p. 975 e ss., ed ora ripubblicata in *Scritti giuridici*, IV, cit., p. 526.

ministrazione che decide il ricorso e serve a ribadire quanto affermato sopra: la cosiddetta “crisi” della funzione giustiziale e con essa dei suoi rimedi tipici, non è da imputare all'esistenza di limiti specifici nella disciplina dei ricorsi; limiti di certo esistenti ma che avrebbero potuto (come in effetti è stato) essere progressivamente ridimensionati in sede di interpretazione giurisprudenziale⁵⁰. Al contrario, la ragione della crisi, al contrario, è tutta interna al modo di essere dell'amministrazione ed è la conseguenza dell'arretratezza culturale, ancor prima che giuridica, in merito all'individuazione dei compiti di garanzia affidati ai pubblici poteri negli ordinamenti contemporanei. Ed è proprio a causa di questa assenza di una “cultura civile dell'amministrazione”⁵¹ che la dottrina ha auspicato con intensità crescente il superamento del principio fondato sulla necessaria esperibilità del rimedio gerarchico onde poter accedere alla tutela giurisdizionale⁵².

⁴⁹ *Ibidem*, p. 560. Questo orientamento non sarà più smentito; in proposito A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1989, p. 1201 e ss.

⁵⁰ Non si ritiene opportuno ai fini preposti in questa sede entrare nel merito delle singole questioni giuridiche di volta in volta affrontate dalla giurisprudenza. In termini del tutto generali, ci si limita a sottolineare come la disciplina del ricorso, tanto ordinario quanto straordinario, abbia subito nel corso degli ultimi anni quello che in dottrina è definito un “processo di lenta giurisdizionalizzazione” (particolarmente evidente nel caso del ricorso straordinario), nel senso che le imperfette disposizioni del rimedio amministrativo sono state reinterpretate sulla base del contenuto di analoghe disposizioni che disciplinano il rimedio giurisdizionale. In quest'ottica, dunque, si può affermare che la giurisprudenza, compresa quella costituzionale, ha esercitato un ruolo decisivo nel miglioramento della disciplina dei rimedi amministrativi, cercando di farne emergere – di pari passo con l'elaborazione dottrinale – l'indole prevalentemente giustiziale.

⁵¹ L'espressione è di A. PAJNO, *Le norme costituzionali...*, cit., p. 426.

⁵² L'auspicio è ricorrente. Oltre a A.M. SANDULLI, *Ricorso...*, cit., p. 561, si veda anche G. MIELE, *Passato e presente della giustizia amministrativa in Italia*, in «Riv. dir. proc.», 1966, p. 26, che definisce un “ostacolo defatigatorio”, ai limiti della costituzionalità, la previa impugnazione in sede gerarchica del provvedimento contro il quale si intende ricorrere in sede giurisdizionale. Più caute le considerazioni di V. BACHELET, *I ricorsi...*, cit., p. 450, che definisce “meno sicura” la incostituzionalità delle norme che condizionano il ricorso giurisdizionale alla previa proposizione di quello gerarchico, ammettendo tuttavia i disagi che in tal modo derivano in capo al ricorrente.

La l. n. 1034 del 1971, nonché il successivo d.p.r. n. 1199 del 1971⁵³, andando incontro agli auspici della dottrina, sanciscono il fallimento della tutela amministrativa e, da questo punto di vista, sortiscono effetti analoghi a quelli prodotti a suo tempo dalla istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato: la tutela degli interessi del cittadino viene allontanata dall'ambito strettamente amministrativo ed incentrata – conformemente al disposto letterale della Costituzione – attorno all'unica sede in grado di agire in maniera imparziale, cioè quella giurisdizionale. Il favore per la via giudiziaria emerge non soltanto dall'introduzione del principio della facoltatività tra rimedio amministrativo e giurisdizionale ma anche dalla disciplina del rapporto tra i due ricorsi, caratterizzata dalla netta preferenza per quello presentato al giudice⁵⁴.

Non è un caso, del resto, se alcuni autorevoli commenti effettuati a ridosso dell'entrata in vigore dei nuovi testi normativi utilizzano l'argomento della facoltatività del ricorso amministrativo per riproporre la tesi, all'epoca già ampiamente superata, della preordinazione del rimedio amministrativo alla soddisfazione dell'interesse della sola amministrazione a che il conflitto con il cittadino venga risolto all'interno del suo ordinamento prima di investire l'ordinamento generale⁵⁵. Rimettendo così in discussione quanto pareva acquisito in termini di funzione giustiziale e ruolo dei rimedi amministrativi⁵⁶.

⁵³ Si ricordi, infatti, che il d.p.r. n. 1199, promulgato il 24 novembre del 1971 in seguito all'esercizio della delega contenuta nella l. n. 775 del 1970, fu in realtà pubblicato soltanto il 17 gennaio del 1972, mentre la l. 1034, promulgata il 4 dicembre del 1971, fu pubblicata il 13 dicembre. Sui problemi che riguardano i rapporti tra d.p.r. e legge-delega, nonché sui rapporti tra d.p.r. 1199 e legge n. 1034 del 1971, si rinvia a G. PALEOLOGO, *La riforma dei ricorsi amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 9 e ss.

⁵⁴ Sul punto, disciplinato dall'art. 20 della l. 1034, si tornerà nel corso della trattazione.

⁵⁵ S. CASSARINO, *Rapporti fra ricorsi amministrativi ordinari e ricorso giurisdizionale*, in «Foro amm.», 1975, p. 92.

⁵⁶ Di questo ridimensionamento delle potenzialità giustiziali del ricorso gerarchico si trova traccia anche in sede di interpretazione giurisprudenziale dell'inerzia dell'amministrazione investita del ricorso. In argomento, si ricordi la celebre decisione del Cons. St., ad. pl., 7 febbraio 1978, n. 4, in «Cons. St.», 1978, p. 142 e ss., nonché la critica di L. ARCIDIACONO, *Ricorso gerarchico e decisione tardiva*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 1980, p. 473 e ss.

Si tratta, in definitiva, di un arretramento rispetto a posizioni ormai diffuse a livello giurisprudenziale e dottrinale, di cui è possibile rinvenire traccia anche nei dubbi sollevati in relazione alla possibilità di proporre un ricorso amministrativo contro gli atti regionali⁵⁷.

In realtà, la legittimità di tali dubbi non è in discussione riguardo al ricorso gerarchico proprio, (soprattutto oggi, a titolo V della Costituzione riformato). Tuttavia, lo stesso non può dirsi con altrettanta certezza nei confronti del ricorso gerarchico improprio, la cui indole giustiziale potrebbe sopportare una centralizzazione più sotto il profilo giuridico, che non in termini di politica del diritto; basti pensare alla legittimazione ed alla maggior "tenuta" di una decisione amministrativa operata a livello regionale⁵⁸. Ma tali dubbi sono il sintomo di una sottovalutazione della natura giustiziale se riferiti al ricorso straordinario, in cui il ruolo del Consiglio di Stato dovrebbe di per sé essere segno tangibile della lontananza dall'ambito di amministrazione attiva.

In definitiva si può affermare che, quanto a ricadute negative sugli sviluppi della funzione giustiziale, esiste una stretta analogia tra gli assetti fissati nel 1889 e nel 1971. Questi interventi normativi sembrano infatti condividere la filosofia di fondo: il primo è caratterizzato da un'accentuata sfiducia nell'amministrazione che tuttavia resta depositaria delle istanze "di primo livello"; il secondo porta tale sfiducia alle sue estreme conseguenze e, constatata l'incapacità dell'amministrazione di farsi garante imparziale (in senso sia organizzativo sia funzionale) delle posizioni soggettive coinvolte in un con-

⁵⁷ Su cui Corte cost., 27 marzo 1992, n. 135, con nota di A. TRAVI, *Ricorsi amministrativi e autonomia regionale*, in «le Regioni», 1993, p. 213 e ss.; si veda anche F. TRIMARCHI BANFI, *Modalità giustiziali e funzione giustiziale nei ricorsi amministrativi*, nota a Cons. St., ad. pl., 7 settembre 1984, n. 18, in «le Regioni», 1985, p. 898 e ss., nonché G. BERTI, *Amministrazione "giustiziale" e inerzia dell'organo decidente*, nota a TAR Lazio, sez. I, 18 giugno 1980, n. 711, in «le Regioni», 1981, p. 493 e ss.

⁵⁸ Questo orientamento non è stato tuttavia seguito dalla giurisprudenza prevalente. A titolo esemplificativo, Cons. St., sez. VI, 8 novembre 1977, n. 846, in «Cons. St.», 1977, I, p. 1725. Si veda però A. DE ROBERTO, P.M. TONINI, *I ricorsi amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 41, che considerano incompatibile con le ragioni dell'autonomia la presentazione del ricorso gerarchico improprio ad un'autorità dello Stato contro un atto della Regione.

flitto, bypassa normativamente la tutela amministrativa, sancendone l'inevitabile atrofia nell'ambito del sistema complessivo di tutela.

Dopo il 1971, pertanto, il "gioco" delle imputazioni causali si fa più incerto. Nel senso che se prima il fallimento della funzione giustiziale va in larga parte attribuito alla già richiamata crisi dell'amministrazione, dopo questa data diviene più difficile delimitarne e quantificarne la responsabilità. Per il fatto che alla debolezza istituzionale dell'amministrazione si sovrappone, per certi versi bloccandone la possibile evoluzione in chiave giustiziale, un'invasione sempre più pronunciata da parte del giudice che finisce per esercitare un ruolo centrale quale garante degli interessi del cittadino. Sostituendosi all'amministrazione ed avocando a sé una parte consistente dei compiti ai quali essa è dall'ordinamento preposta. Sia chiaro, il giudice ha svolto una funzione essenziale nel garantire lo sviluppo del diritto amministrativo verso la progressiva erosione delle (sole) ragioni del potere a favore di quelle dell'individuo; ma, al tempo stesso, la sua centralità ha sollecitato, incoraggiato e in un certo senso "obbligato" le amministrazioni a sottovalutare le proprie potenzialità giustiziali, rendendosi così impermeabili alle "istanze garantistiche" già riconosciute dall'ordinamento ed invocate dal cittadino.

In altre parole, il prevalere di un sistema incentrato su un diritto di matrice giurisprudenziale ha finito per esaltare la figura del giudice, il suo linguaggio e la sede entro la quale egli istituzionalmente opera; ciò, ovviamente, a scapito del consolidarsi dell'idea di un'amministrazione in grado di dispensare giustizia.

Questa sovraesposizione del giudice amministrativo può essere anche osservata secondo il dato prospettico delle rilevazioni concernenti la sua attività. A differenza della giustizia civile, ove si dispongono di veri e propri dati statistici⁵⁹, l'attività della giustizia amministrativa è

⁵⁹ Si tratta dei dati sulla durata dei procedimenti elaborati dall'Ufficio Statistiche del Ministero della giustizia relativi al periodo compreso tra il 1995 ed il primo semestre del 1999. Da questi dati si apprende, per esempio, che in quel periodo la durata media dei procedimenti in tribunale era di poco inferiore ai cinque anni; quella dei procedimenti in corte d'appello di circa tre anni; per un totale, su base nazionale, di circa otto anni di attesa per la conclusione del normale *iter* processuale, senza considerare, cioè, l'ulteriore tempo necessario (un anno, normalmente) in caso di ricorso innanzi alla Corte di cassazione. La relazione di accompagnamento

ad oggi monitorata soltanto in parte, soprattutto per quanto riguarda la durata dei procedimenti. Secondo alcuni studi generali sui problemi della giustizia amministrativa, nel 1983, un giudizio innanzi al TAR durava in media nove anni, mentre nel 1998 per ottenere una sentenza di primo grado ne erano necessari all'incirca dodici⁶⁰. Senza considerare poi il tempo necessario in caso di impugnazione davanti al Consiglio di Stato, stimato all'incirca dai tre ai cinque anni. Pur non essendo confermati da rilevazioni ufficiali né aggiornati alle più recenti normative sui procedimenti giurisdizionali speciali, questi dati indicano comunque un rapporto fortemente squilibrato tra domanda e offerta.

Per avere un quadro complessivo sufficientemente affidabile, può essere utile raffrontare le rilevazioni di Talice relative all'anno 2001, con quelle del 2003 e del 2005⁶¹.

Se nel 2001 la proposizione dei ricorsi risultava aumentata del 19,74%, nel 2003 si registra un aumento del 7,99% in I grado e del 18% in II. Radicalmente diversa la situazione nel 2005, ove si registra una sorprendente diminuzione del 21,53% in I grado e dello 0,43 in II grado. A detta dell'Autore questo dato non dovrebbe essere sopravvalutato in quanto frutto, probabilmente, più di una contingenza

registra, tuttavia, un lieve miglioramento con riferimento al livello di produttività degli uffici giudiziari: nel 1999, per esempio, a fronte di 1.972.546 di procedimenti iscritti in tribunale, ne sono stati definiti 2.047.279; lo stesso può dirsi quanto alle corti d'appello, ove, a fronte di 38.849 iscrizioni, sono state registrate 39.001 definizioni. Inoltre, in base alla relazione tenuta dal Ministro della Giustizia in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2006, la media di giacenza dei procedimenti civili negli anni 2002-2003-2004 si aggira attorno ai sei anni, con una riduzione dunque del 25%. Questo dato, se veritiero, è sicuramente positivo ed indica una tendenza decrescente probabilmente dovuta agli effetti del processo di riforma iniziato con l'istituzione degli uffici del giudice di pace e proseguito, più di recente con l'istituzione del "giudice unico" di primo grado. Tuttavia, stando anche a quanto risulta dalle più recenti statistiche Istat riportate da «Il Sole-24 Ore», del 6 giugno 2007 sulla durata del primo grado di cognizione in Italia, 887 giorni di media restano un vero spropósito.

⁶⁰ Questi dati sono riportati da F. MERUSI, G. SANVITI, *L'«ingiustizia» amministrativa in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1986, p. 71, e da G. MORBIDELLI, *Contro il blocco della giustizia amministrativa*, in «Il Mulino», 2001, p. 676.

⁶¹ C. TALICE, *Analisi dell'attività della giustizia amministrativa nel 2000*, in «Cons. St.», 2001, II, p. 1338; *Analisi dell'attività della giustizia amministrativa nel 2003*, in «Cons. St.», 2004, II, p. 1845; *Analisi dell'attività della giustizia amministrativa nel 2005* (i.c.d.p.).

che di una realtà. Pur se non è dato di sapere se il contenimento del numero dei procedimenti in entrata vada imputato ad una oggettiva diminuzione della conflittualità o ad una semplice rinuncia all'esercizio del diritto d'azione dovuta alla incidenza di difficoltà economiche e/o di contesto, il dato merita comunque di essere apprezzato. Va aggiunto infine che questa diminuzione non sembra rispecchiare l'andamento del tasso di litigiosità che, pur diminuito, resta tuttora piuttosto alto, soprattutto nel Meridione ove il rapporto è di 1/949. In definitiva, anche volendo assumere un atteggiamento il più possibile ottimistico, appare chiaro che, quantomeno nel breve-medio termine, la situazione è destinata a rimanere stabilmente critica⁶².

6. *La tutela di merito e i recenti sviluppi della giurisdizione amministrativa*

I dati riportati dimostrano quanto questo assetto giudice-centrico, in base al quale il tribunale è l'unico luogo autorevole di risoluzione dei conflitti, abbia finito per "consumare"⁶³ la stessa giurisdizione, ripercuotendosi sulle sue capacità di far fronte alla domanda.

C'è tuttavia un aspetto specifico della tutela che è rimasto particolarmente in ombra a seguito della marginalizzazione dei rimedi giustiziali. Si tratta del merito delle scelte compiute dall'amministrazione, il cui sindacato di norma sfugge alle possibilità di controllo del giudice amministrativo; ed è invece previsto nell'ambito dei rimedi amministrativi con la sola esclusione del ricorso straordinario. Questo rende la tutela giudiziaria non pienamente sovrapponibile a quella amministrativa e, di conseguenza, l'esclusiva valorizzazione

⁶² Lo stesso C. TALICE, *Analisi dell'attività della giustizia amministrativa nel 2003*, cit., p. 1861, afferma (1845) che le cause principali derivano dalla qualità decrescente dell'azione amministrativa dovuta a scarsa qualità della normativa, reclutamenti di personale senza selezione, decentramento di funzioni verso enti territoriali e istituzionali e sottolinea il concreto aumento del rischio di condanne per violazione del principio della ragionevole durata del procedimento (1861).

⁶³ Così si esprime A. PAJNO, *Le norme costituzionali...*, cit., p. 435, dopo aver constatato che la questione della giustizia amministrativa si colloca al punto di incontro di due crisi, quella dell'amministrazione e quella della giurisdizione.

della prima lascia scoperta un'area di tutela che viceversa in sede amministrativa potrebbe trovare adeguata protezione⁶⁴.

Orbene, la tutela amministrativa giustiziale riempie un duplice vuoto: uno meno intenso (ma non meno importante), relativo al sindacato di legittimità, che si affianca, su un piano per così dire parallelo (ma con tempi e costi significativamente ridotti), a quello esercitato dal giudice amministrativo; l'altro più pronunciato, relativo al merito dell'azione amministrativa che, viceversa, è (dovrebbe essere?), salvo rare eccezioni, estraneo al controllo giudiziario.

Sotto questo profilo, peraltro, l'attribuzione di vero potere giustiziale in capo all'autorità si presta ad una lettura che ne enfatizzi le analogie con l'assetto esistente alle origini del nostro sistema di giustizia amministrativa; dove gli strumenti amministrativi di tutela erano l'unico mezzo a garanzia delle situazioni giuridiche soggettive non rientranti nella categoria del diritto civile o politico. A quel tempo, l'istituzione della IV sezione servì a riempire una lacuna del sistema, l'assenza della tutela giurisdizionale. Oggi, al contrario, vi è una nuova lacuna che deve essere necessariamente colmata: l'assenza o, meglio, la inadeguatezza degli strumenti amministrativi di tutela; mediante i quali sia possibile contestare, anche nel merito, la correttezza delle scelte effettuate dall'amministrazione e promuovere l'individuazione di un miglior assetto degli interessi in gioco.

Soprattutto nel merito, a ben guardare⁶⁵. Sembra infatti questo il tratto che caratterizza maggiormente l'esercizio di funzioni giustiziali da parte dell'amministrazione, il cui mancato sviluppo ha evidenziato l'insufficienza del controllo di sola legittimità affidato al giudice amministrativo legittimandone le forzature dei confini tra legittimità e merito. Non bisogna dimenticare che questo processo

⁶⁴ Del resto, questa è la ragione per cui la dottrina dominante critica l'operatività del principio della prevalenza del ricorso giurisdizionale anche in occasione di ricorso amministrativo presentato formulando censure che attengono al merito amministrativo. Sul punto, per tutti, A. TRAVI, *Ricorso gerarchico*, voce in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, Utet, 1997, p. 403.

⁶⁵ Il punto è particolarmente sviluppato nel lavoro di V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 41, che definisce il merito dell'esercizio della funzione amministrativa come "il fulcro degli istituti di amministrazione giustiziale".

espansivo è stato condotto all'insegna dell'aumento delle *chance* di tutela del cittadino. Pur tuttavia, tale espansione ha portato il giudice amministrativo ad esercitare un potere che è al di fuori delle sue prerogative istituzionali ed attiene invece, prevalentemente, al momento relativo all'esercizio del potere amministrativo⁶⁶.

Da questo punto vista, la l. n. 205 del 2000 altro non rappresenta che il tentativo di restituire effettività alla tutela giurisdizionale amministrativa. L'intento è nobile ma nel perseguirlo il legislatore si è limitato a potenziare gli istituti che prevedono un intervento attivo da parte del giudice nella determinazione (o nella ri-determinazione) di scelte istituzionalmente proprie dell'amministrazione. Ancora, basti pensare ai poteri di merito attribuiti al giudice in tema di esecuzione di sentenze non ancora passate in giudicato⁶⁷.

⁶⁶ Basti pensare al giudizio sul silenzio dell'amministrazione e ai difficili equilibri cui è sottoposto il giudice nel tentativo di offrire una tutela effettiva senza perciò tradire il proprio ruolo istituzionale. Sul punto A. TRAVI, *L'esecuzione della sentenza*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo (diritto amministrativo speciale)*, V, Milano, Giuffrè, 2003, p. 4632, afferma che la regola dettata dalla sentenza sull'attività amministrativa successiva ha una incidenza che spesso risulta di ordine contingente. Nello stesso volume del Trattato, in tema di silenzio, si veda anche M.P. CHITI, *Le procedure giurisdizionali speciali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo (diritto amministrativo speciale)*, V, Milano, Giuffrè, 2003, p. 4773. La giurisprudenza è a dire il vero oscillante, non tanto nell'affermazione del principio secondo il quale il giudice non può mai compiere accertamenti sulla fondatezza della pretesa sostanziale del ricorrente (per esempio TAR Campania, sez. I Napoli, 13 giugno 2005, n. 7817, in «TAR», 2005, p. 976 (s.m.)), quanto nelle attuazioni in concreto del principio medesimo, soggette inevitabilmente alle molteplici sfaccettature della singola vicenda, a cominciare da quelle inerenti il *quantum* di discrezionalità sussistente in relazione all'esercizio del potere (da ultimo, TAR Sicilia, Palermo, 13 gennaio 2006, n. 332, TAR Puglia, II sez. Bari, 19 novembre 2005, n. 4905, Cons. giust. amm. reg. Sicilia, 4 novembre 2005, n. 726, tutte in www.giustizia-amministrativa.it).

⁶⁷ Poteri la cui problematicità non è certo risolta dall'esistenza della diffida ad adempiere, come invece sembra sostenere TAR Campania, sez. V Napoli, 4 gennaio 2005, n. 2, in www.giustizia-amministrativa.it; più cauto, benché anteriore alla più recente novella, TAR Toscana, 7 novembre 2000, n. 2281, in www.giustizia-amministrativa.it. Sottolinea i nuovi poteri di ingerenza da parte del giudice nell'attività dell'amministrazione affermando l'avvenuta trasformazione del processo amministrativo in processo di accertamento e di condanna F. CINTIOLI, *L'esecuzione cautelare tra effettività della tutela e giudicato amministrativo*, in «Dir. proc. amm.», 2002, p. 74; esprime dubbi al riguardo – quantomeno con riferimento alla nozione in senso tecnico di accertamento – B. TONOLETTI, *Mero accertamento e processo amministrativo: analisi di casi concreti*, in «Dir. proc. amm.», 2002, p. 593 e ss.

Ad uno sguardo complessivo sembra pertanto che il legislatore abbia cercato più di coprire le lacune dell'assetto passato che non di delineare i tratti di un assetto futuro; in definitiva, ha finito per assecondare "l'invasione" dello spazio amministrativo ad opera del giudice, creando ulteriori punti di tensione nel rapporto da sempre problematico tra amministrazione e giurisdizione.

In questo modo peraltro, vi è il rischio di una progressiva de-responsabilizzazione delle amministrazioni, cui può convenire lasciare la scelta al giudice dato che nei suoi confronti, istituzionalmente, è assai complessa ogni forma di controllo in termini di responsabilità⁶⁸. Con tutto quel che ne deriva, nonostante le dichiarate intenzioni legislative, con riferimento all'ampiezza e alla effettività della tutela degli interessi del cittadino⁶⁹.

Non è detto, per dirla altrimenti, che l'affidare il potere finale di scelta ad un "supplente" che – benché (perché?) terzo – resta del tut-

⁶⁸ Viste le ricadute che un esercizio strumentale del controllo di responsabilità del giudice è in grado di produrre a danno del principio costituzionale di indipendenza della magistratura. Il tema è, pertanto, particolarmente delicato; per una breve ma corretta impostazione del problema diretta a bilanciare, nei limiti del possibile, le esigenze del controllo (assai limitato) con quelle dell'indipendenza, si veda di recente G. SCARSELLI, *La responsabilità del giudice nei limiti del principio di indipendenza della magistratura*, nota a Cass., sez. I civ., 20 settembre 2001, n. 11880 e 11859, in «Foro it.», 2001, I, p. 3556 e ss.

Sia consentito rilevare, comunque, che se da un lato l'indipendenza dell'organo giudicante è un valore da tutelare in senso assoluto in quanto coesistente al moderno Stato di diritto, è anche vero al tempo stesso che la centralità acquisita dal potere giurisdizionale negli ordinamenti contemporanei che si ispirano al modello di *civil law* rende estremamente attuale l'esigenza di introdurre una qualche forma di controllo sull'attività posta in essere nell'esercizio della funzione giudiziaria (per ulteriori considerazioni sia consentito il rinvio a M. GIOVANNINI, *Giustizia in crisi...*, cit., p. 298). A ciò deve tuttavia essere aggiunto che l'attualità del problema costituisce un facile alibi per chi si prefigge – a dispetto delle dichiarazioni di mera "circostanza istituzionale" – lo scopo ultimo e malcelato di erodere gli spazi di indipendenza del potere giudiziario dagli altri poteri. Meno facile sarebbe il raggiungimento di questo scopo o, meglio, più semplice sarebbe disvelarne le finalità, se soltanto la centralità di cui sopra venisse ricondotta entro i limiti del fisiologico, attraverso la previsione di adeguati momenti di compensazione della conflittualità sociale alternativi alla sede giurisdizionale.

⁶⁹ Già F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa...*, cit., p. 144, considerava con diffidenza lo sviluppo eccessivo del sistema giurisdizionale nell'ambito generale delle garanzie nei confronti dell'attività amministrativa.

to estraneo all'apparato amministrativo oltre che irresponsabile, se non entro margini assai limitati, delle scelte effettuate, si traduca in un aumento delle garanzie del cittadino. Di quello direttamente interessato e quindi titolare di un interesse protetto in relazione alla fattispecie concreta; ma anche di quello ad essa estraneo, titolare di un mero interesse di fatto (quindi non azionabile ma non per questo irrilevante a livello sistemico) a che l'azione dei pubblici poteri sia esercitata nel rispetto del principio di efficienza e secondo parametri in grado di esaltare la qualità delle prestazioni rese. Sul presupposto che tale condizione possa venire rispettata fino in fondo soltanto ove l'amministrazione mantenga entro il proprio ambito un potere di incidere in via definitiva sul dato reale⁷⁰.

Ma vi è un ulteriore profilo che il recente corso marcatamente giudiziario assunto dalla giustizia amministrativa consente di rilevare richiamando la necessità di tutela giustiziale. Si tratta della perdita di specificità della giurisdizione amministrativa che, in base alle recenti letture dirette a promuoverne la sincronizzazione con i parametri fissati dagli artt. 24 e 111 Cost., tende a sovrapporsi e confondersi con la giurisdizione ordinaria, acquisendone i caratteri essenziali⁷¹.

⁷⁰ Sottolineando il nesso tra qualità dell'amministrazione e qualità della giustizia amministrativa M. CLARICH, *Qualità dell'amministrazione e giustizia amministrativa*, in «Dir. pubbl.», 2001, p. 288, rileva altresì che le forme non giurisdizionali di tutela servano a promuovere la qualità nell'azione amministrativa.

⁷¹ Il riferimento obbligato è al lavoro di A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Milano, Giuffrè, 2005, che afferma la assoluta incompatibilità della giurisdizione amministrativa con la Costituzione e rileva (41) che la "qualificazione in senso 'individualistico' anziché 'soggettivistico' del carattere essenziale della funzione giurisdizionale non è evidentemente casuale..." dal momento che "il termine *individuo* pone al centro del problema la concreta realtà dell'essere umano e dei suoi bisogni, ed appare più idoneo a porsi come referente del principio di effettività". Sulla necessità di ricondurre ad unità le giurisdizioni si segnalano inoltre gli scritti di C. MARZUOLI, A. ORSI BATTAGLINI, *Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'amministrazione?*, in «Dir. pubbl.», 1997, p. 895 e ss., A. TRAVI, *Per l'unità della giurisdizione*, in «Dir. pubbl.», 1998, p. 371 e ss., A. PROTO PISANI, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, in «Foro it.», 2001, V, p. 21 e ss. e G. BERTI, *Unità e pluralità delle giurisdizioni secondo le proposte della Commissione Bicamerale e secondo la nuova legislazione amministrativa*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, I, Napoli, Jovene, 2001, p. 205 e ss. che definisce "malsana", cioè "alimentata non dall'intento di accrescere la giustizia, ma da una perseverante protezione del potere pubblico rispetto al bisogno di garanzia del privato", la pluralità delle giurisdizioni così come affermatasi nel nostro ordinamento.

Ciò, secondo un'autorevole orientamento, materializzerebbe il rischio di una diminuzione generale delle possibilità di tutela nei confronti dell'azione amministrativa⁷². Ora, a prescindere dalla concretezza o meno di tale rischio, bisogna rilevare che il suo impatto potrebbe essere considerevolmente ridimensionato in seguito alla valorizzazione di appropriate forme di tutela giustiziale. Che consentano, ancor prima che il conflitto sia spostato in sede giurisdizionale, un confronto equilibrato tra le ragioni del potere e quelle della garanzia.

In altri termini, la perdita di specificità del giudice amministrativo e della tutela che questo tradizionalmente offre al complesso delle situazioni giuridiche soggettive pregiudicate dall'esercizio del potere potrebbe essere bilanciata dall'introduzione di un "momento amministrativo giustiziale", nuovo terreno di compensazione delle tensioni tra cittadino e amministrazione, al cui interno gli interessi del singolo – tutti gli interessi riconosciuti dall'ordinamento come meritevoli di tutela e dei quali egli risulti titolare – possono essere presi in adeguata considerazione.

7. La funzione giustiziale nella Costituzione

È opinione diffusa che la Costituzione non si occupi espressamente di funzione giustiziale delle amministrazioni. Questo convincimento può essere condiviso soltanto nella misura in cui si fondi su una valutazione meramente letterale del testo costituzionale. Se è così, tuttavia, lo si accoglie nella sua genericità, posto che analoghe

⁷² Si fa riferimento alla tesi di A. ROMANO, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in «Dir. proc. amm.», 1994, p. 705, che rileva come la riduzione della giurisdizione amministrativa a branca specializzata della giurisdizione ordinaria "sembra, una nuova, e rafforzata versione della legge del 1865. Nei confronti della quale, nei confronti delle cui lacune, si dovrebbe davvero riemanare la legge del 1889". Questa tesi, ribadita in *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000. (Epitaffio per un sistema)*, in «Dir. proc. amm.», 2001, in par. pp. 629-631, è fatta propria anche da C.E. GALLO, *La partecipazione del giudice amministrativo all'attività della pubblica amministrazione ed il suo riflesso sull'esercizio della funzione giurisdizionale nel quadro del nuovo titolo V Cost.*, in «Dir. proc. amm.», 2003, p. 469 e ss.

constatazioni dovrebbero essere fatte con riferimento alla quasi totalità dei principi che dettano – ben al di fuori del laconico dato positivo – la disciplina costituzionale dell'amministrazione.

Se questo è il quadro generale, si tratta dunque di capire in che misura sia possibile operare a livello interpretativo per trarre dal testo vigente qualche indicazione in proposito.

Prima di procedere in tal senso, tuttavia, è utile partire da una recente consapevolezza, cioè da come viene dogmaticamente “costituzionalizzato” il ruolo dell'amministrazione nell'ordinamento giuridico, cercando di verificare se e quali effetti tale consapevolezza induce sul tema qui esaminato. Il punto di riferimento è lo studio di Allegretti che ha il merito di aver evidenziato il superamento dell'impianto concettuale incentrato sul potere amministrativo come “energia giuridica che spiega, in fondo, tutto l'accadere e l'organizzarsi nel campo della pubblica amministrazione”⁷³. Negli ordinamenti contemporanei l'accento è posto sul concetto di funzione più che su quello di potere, di modo che l'amministrazione è concepita come attività di realizzazione di compiti, come attività finalizzata alla promozione dei diritti del cittadino e alla soddisfazione dei suoi interessi⁷⁴.

La riconduzione dell'amministrazione nel solco tracciato dall'art. 2 Cost. e la sua configurazione in termini di servizio ha modificato profondamente il rapporto con il cittadino, conferendo una nuova centralità alla sfera giuridica dei suoi interessi. In quest'ottica, l'amministrazione è istituzionalmente tenuta a garantire e a promuovere le condizioni di esercizio dei diritti del cittadino; in primo luogo, durante l'esercizio del potere, dove il momento garantistico si concretizza nel favorire la partecipazione ed il processo di comple-

⁷³ U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione...*, cit., p. 207.

⁷⁴ In tal senso G. BERTI, *Amministrazione e costituzione*, in «Dir. amm.», 1993, p. 455 e ss.. Molto interessanti sono ancora le considerazioni di U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e costituzione*, Padova, Cedam, 1996, p. 247, che sembra sviluppare i precedenti studi affermando che, ben al di là di una connotazione meramente prestazionale più che altro propria di una versione dello stato sociale prevalentemente assistenzialista, l'amministrazione sembra dover essere “più luogo, teatro, per l'azione e la soddisfazione autonoma dei soggetti che strumento diretto per la loro realizzazione” e che dunque l'attività amministrativa va correttamente qualificata “non soltanto come servizio reso ai cittadini, ma come servizio avente per fine la promozione dei loro diritti e delle relative condizioni di esercizio”.

ta acquisizione e rappresentazione degli interessi privati, secondo le modalità dettate dalla normativa sul procedimento. In secondo luogo, durante una fase successiva (ed eventuale), caratterizzata dalla presenza di un conflitto la cui soluzione è strumentale all'attuazione di un determinato diritto; ecco dunque che in questa fase il momento garantistico trova ulteriore specificazione. La garanzia si trasforma in vera e propria tutela perché il diritto che l'amministrazione ha il compito di promuovere è il diritto di cui all'art. 24 Cost.

In altre parole, l'amministrazione non è legittimata a circoscrivere la propria missione soltanto all'interno del momento attivo (e garantito) dell'esercizio del potere, lasciando ad altri il compito della tutela. Per due ragioni, entrambe già segnalate, che completano la lettera costituzionale nei termini tra un attimo precisati e il cui ordine espositivo non è casuale: innanzitutto, perché non vi è piena sovrapponibilità tra la tutela in sede giurisdizionale e in sede giustiziale: basti pensare al profilo del merito, in assenza del quale ogni processo di implementazione di un diritto non può dirsi completo. Ciò sarebbe elemento di per sé sufficiente per ritenere necessaria un'attivazione in tal senso da parte del pubblico.

Vi è poi la seconda ragione, costituita dalla crisi che investe la giurisdizione, impedendole di svolgere appieno il ruolo che la Costituzione le attribuisce con l'art. 24, ai sensi del quale il cittadino – a prescindere dalla natura del giudizio – è titolare di un vero e proprio diritto a che la tutela sia effettiva, cioè potenzialmente in grado di assicurare al medesimo tutte le utilità cui egli in concreto aspira. Si tratta di una norma che fa riferimento alla sola tutela giurisdizionale degli interessi del ricorrente e che è stata quindi correttamente posta in connessione con l'art. 111 Cost. ma soprattutto, per quanto qui rileva, con l'art. 113 Cost.. Tale connessione dispiega i propri effetti sul concetto stesso di giustizia amministrativa, favorendo una considerazione dei suoi principali istituti secondo uno schema generale di valutazione diretto a farne emergere la concreta effettività.

Se questo è ormai un dato acquisito nei confronti della tutela innanzi al giudice amministrativo, è possibile individuare un legame relazionale tra il principio di effettività sancito dall'art. 24 e le forme non giurisdizionali di tutela? E se ciò è possibile, qual è la norma della Costituzione da mettere in relazione con il suddetto articolo?

Ebbene, un'autorevole dottrina individua questa norma nell'art. 100 Cost., che configura il Consiglio di Stato come organo di tutela della "giustizia nell'amministrazione"⁷⁵. Benché concepita in un contesto storico-costituzionale profondamente diverso rispetto a quello attuale, una lettura "aggiornata" della norma presupporrebbe come necessaria la predisposizione a livello amministrativo di forme di tutela che, benché diverse da quella giurisdizionale, sono ugualmente caratterizzate dal regime dell'indipendenza e finalizzate alla realizzazione di compiti di giustizia in senso proprio⁷⁶.

Ora, se l'art. 100 rappresenta la base costituzionale delle forme di tutela non giudiziarie, la sua relazione con l'art. 24, impone che anche queste forme di tutela, al pari di quelle giurisdizionali – siano configurate in modo tale da garantire una protezione piena ed effettiva degli interessi del cittadino. L'art. 24, in definitiva, perde la propria esclusiva caratterizzazione in senso giurisdizionale ed acquista invece una valenza generale, riferibile a tutte le modalità che l'ordinamento mette a disposizione del singolo per tutelare i propri diritti.

Si tratta, in buona sostanza, di una estensione all'ambito giustiziale del principio individualistico di recente richiamato da Orsi Battaglini quale elemento che pone al centro della vicenda l'individuo e i suoi interessi e sul quale deve essere incentrata la declinazione concreta di una tutela effettiva⁷⁷, di qualunque natura essa sia.

⁷⁵ Così A. PAJNO, *Le norme costituzionali...*, cit., p. 464.

⁷⁶ *Contra* A. MASSERA, *Autonomia e indipendenza nell'amministrazione dello Stato*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, Milano, Giuffrè, 1988, p. 453, che rileva come il concetto di indipendenza riferito ad alcune autorità amministrative non debba essere legato al disposto di cui all'art. 100 Cost. (riferito soltanto a Consiglio di Stato e Corte dei conti) ma, piuttosto, al disposto di cui all'art. 97 Cost. che, dettando il principio dell'imparzialità, presuppone che le amministrazioni siano organizzate secondo criteri che ne garantiscano l'indipendenza.

⁷⁷ A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto...*, cit., p. 51, infatti afferma: "...in contrapposizione all'idea oggettivistica della giurisdizione come restaurazione dell'ordine giuridico violato, il concetto di effettività trova il suo *focus* nella concretezza e nella particolarità dell'episodio di vita a cui ciascun processo si riferisce, e quindi al modo in cui il soggetto chiede tutela e "vive" la lesione subita".

7.1. Funzione giustiziale e riforma del Titolo V

Vi è un'altra norma che, a livello interpretativo, può rivelarsi utile ai fini prefissati. Si tratta in realtà di una norma "relativamente giovane", non ancora studiata e apprezzata in tutte le sue possibili implicazioni: l'art. 117, c. 2, lett. l), che attribuisce allo Stato potestà legislativa esclusiva in materia di "giurisdizione e norme processuali, ordinamento civile e penale, giustizia amministrativa".

Il motivo principale di interesse risiede nella necessità di comprendere cosa il costituente abbia inteso nel momento in cui ha scelto di tenere rigorosamente separati il concetto di giurisdizione/norme processuali da quello di giustizia amministrativa. In effetti, le incertezze interpretative non mancano perché la questione tocca numerosi profili tuttora ampiamente dibattuti.

In merito al primo, nonostante quanto generalmente viene affermato, non sembra ragionevole supporre che il costituente abbia inteso far riferimento soltanto alla giurisdizione ordinaria (civile e penale) escludendo quindi quella amministrativa. Il dato letterale è infatti esplicito nel non fornire alcun elemento da cui sia possibile inferire la necessità di collocare la giurisdizione amministrativa su un piano diverso e separato rispetto a quello della giurisdizione civile e penale.

Comunque sia, anche ipotizzando una scelta "separatista", si ha il problema di collocare la giurisdizione amministrativa e le relative norme processuali; questo problema – come di seguito si vedrà denso di implicazioni teoriche – è in realtà un falso problema sotto il profilo pratico, posto che non è immaginabile che il costituente abbia riservato alla potestà esclusiva dello Stato la giurisdizione ordinaria e a quella esclusiva delle Regioni, mediante la clausola di cui all'art. 117, c. 4, la giurisdizione amministrativa. In altri termini, se si opta per una negazione dell'analogia tra le giurisdizioni, allora bisogna necessariamente collocare quella amministrativa all'interno della clausola generale sulla giustizia.

Questa opzione interpretativa è in effetti in linea con l'orientamento più risalente, in base al quale la nozione di "giustizia amministrativa" garantisce la specificità della giurisdizione amministra-

tiva⁷⁸ e si riferisce all'insieme degli strumenti diretti a garantire la conformità dell'azione amministrativa alle norme che la disciplinano⁷⁹. Un po' tutto, dunque: ricorsi giurisdizionali, amministrativi, reclami, istituti di partecipazione, controlli interni, carte dei servizi ecc.; insomma, una serie di rimedi giuridici a tal punto eterogenei da rendere la stessa nozione "tecnicamente insignificante"⁸⁰. Ma resta in linea anche con l'orientamento più recente, secondo cui tale nozione ha un significato più ristretto e individua un nucleo di strumenti, i ricorsi giurisdizionali e amministrativi, deputati alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive dell'individuo, con esclusione dunque di tutto ciò che risulta sprovvisto di questa esclusiva caratterizzazione finalistica⁸¹.

Ora, l'accezione ristretta della nozione appare senz'altro preferibile, non soltanto perché consente di confermare il valore di un'operazione di pulizia concettuale già avvenuta in dottrina, ma anche perché – stando al dettato costituzionale – dal punto di vista pratico non sarebbe sensato spogliare le regioni della potestà legislativa (concorrente o esclusiva) in materia di istituti amministrativi di tutela (lo si ripete, reclami, carte di servizi, difensori civici, inden-

⁷⁸ O, per chiamarla con le parole ricordate da A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto...*, cit., p. 7, la sua "malefica fungosità".

⁷⁹ Secondo l'insegnamento di E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1943, p. 1, ribadito peraltro nella edizione del 1957 (ristampa anastatica dell'edizione del 1954) in base al quale per giustizia amministrativa si intende "il complesso degli istituti, di qualunque natura, diretti ad assicurare l'osservanza da parte della amministrazione dei limiti imposti all'esercizio della sua attività".

⁸⁰ Sottolinea questo aspetto A. CORPACI, *Revisione del titolo V della Parte seconda della Costituzione e sistema amministrativo*, in «le Regioni», 2001, p. 1320.

⁸¹ Sul punto A. TRAVI, *Lezioni di giustizia...*, cit., p. 4, afferma che l'elemento decisivo di caratterizzazione degli istituti di giustizia amministrativa è costituito dal fatto che in essi "il procedimento trova ragione nell'interesse del cittadino, tanto che tale interesse non solo determina l'avvio del procedimento, ma ne condiziona anche lo svolgimento e la conclusione". Secondo M. CLARICH, *La giustizia*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo (Diritto amministrativo generale)*, II, Milano, Giuffrè, 2003, p. 2026, "la giustizia amministrativa abbraccia soltanto gli istituti volti ad assicurare la tutela delle situazioni giuridiche dei soggetti che entrano a contatto con la pubblica amministrazione" dunque i "rimedi propriamente giurisdizionali da esperire innanzi al giudice ordinario e innanzi al giudice amministrativo" ed i "rimedi non giurisdizionali (essenzialmente i ricorsi amministrativi)".

nizzi automatici e così via) il cui valore diffusivo e la cui effettività risultano sicuramente accentuati, per esempio sotto il profilo del significato e delle implicazioni politiche, se direttamente legati alla dimensione territoriale regionale⁸².

Ciò detto, restano due questioni irrisolte: la prima riguarda ancora la lett. l) dell'art. 117, c. 2: si è infatti affermato, quanto alla giurisdizione amministrativa, che la sua collocazione all'interno della formula "giurisdizione e norme processuali" o della formula "giustizia amministrativa" è indifferente, in quanto non produce sul piano concreto conseguenze giuridiche degne di nota. Ebbene, questa affermazione va in parte precisata. Infatti, se si opta per la prima soluzione, diviene possibile procedere ad una miglior delimitazione della nozione di giustizia amministrativa. In altri termini, una volta preso atto che l'ordinamento non frapponesse ostacoli di natura giuridica al progressivo avvicinamento tra giurisdizione ordinaria e amministrativa, diventa più semplice affrancare la giurisdizione dalla nozione di giustizia amministrativa, lasciando a quest'ultima la copertura degli aspetti organizzativi e, ciò che più importa, dell'ambito giustiziale in senso stretto, così come in seguito sarà meglio descritto⁸³.

⁸² Esemplificativo è il caso degli indennizzi automatici su cui si rinvia a G. NAPOLITANO, *Gli «indennizzi automatici» agli utenti di servizi pubblici*, in «G.d.a.», 1996, 17. Sulla necessità di tenere distinto l'ambito degli strumenti di tutela diretta o in senso stretto da quello degli strumenti che svolgono una funzione di tutela soltanto indiretta dell'individuo sia consentito il rinvio a M. GIOVANNINI, *La conciliazione stragiudiziale nel quadro delle tutele alternative in ambito locale*, in «le Regioni», 2003, p. 787. Il punto essenziale consiste comunque nel marcare una separazione netta degli istituti giustiziali dagli istituti amministrativi di tutela, cioè da quelle figure che trovano la propria giustificazione all'interno della funzione complessiva svolta dall'ente. Si tratta di rimedi nati a garanzia della legittimità (autotutela amministrativa) oppure relativi alla buona pratica amministrativa, cioè nati per ovviare alle rigidità dell'amministrazione o ai disagi subiti dal cittadino; in definitiva, di rimedi molto più vicini all'ambito dell'amministrazione attiva che non a quello della tutela.

⁸³ Ciò che del resto è parzialmente in sintonia con quanto già previsto a livello costituzionale. Infatti, gli artt. 103 e 125 Cost. utilizzano l'espressione "giustizia amministrativa" in chiave dichiaratamente organizzativa, facendo cioè riferimento esclusivo ai soggetti cui l'ordinamento affida il compito di tutelare le situazioni giuridiche soggettive in qualche modo correlate all'esercizio di un potere pubblico. L'unico limite, a dire il vero, risiede nel fatto che entrambi sono formulati in un'ottica esclusivamente giurisdizionale, il che esclude, come invece vorrebbe la prospettiva proposta, il riferimento agli organi a carattere giustiziale.

La corretta delimitazione della nozione di giustizia amministrativa si rivela dunque operazione importante ai presenti fini. Ma è altresì operazione dai significativi riflessi pratici: ad esempio, parte delle consapevolezze che tuttora accompagnano il dibattito in merito all'interpretazione dell'art. 29 della l. 241/1990 andrebbero in qualche modo rimate, a cominciare da quelle che offrono della nozione una lettura oltremodo estesa⁸⁴.

Ora, non si intende in questa sede indugiare sui molti problemi sollevati dalla novella alla l. 241/1990; d'altra parte però, è necessario chiedersi a cosa si riferisce il legislatore nel momento in cui sancisce l'applicabilità a tutte le amministrazioni di "quanto stabilito in tema di giustizia amministrativa".

Agli artt. 2, c. 4 bis (integrazione della disciplina sul ricorso avverso il silenzio), 11, c. 5 (giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di accordi), 25, c. 4, 5, 5 bis, 6 (ricorsi in materia di accesso)? Oppure anche a tutto il capo IV bis (efficacia, invalidità, revoca e recesso del provvedimento amministrativo) e ad altre norme a forte valenza garantistica come ad esempio gli artt. 3, 6, c. 1 lett. e), 7, 10 bis, 11 e così via?

Si tratta evidentemente di interpretazioni che tendono ad attribuire alla nozione in esame un'ampiezza diversa e crescente: la prima fa riferimento esclusivo ad istituti diretti ad incidere su discipline a carattere processuale o aventi ad oggetto la delimitazione del tracciato da seguire per la tutela di un diritto; la seconda include la disciplina sostanziale delle patologie dell'azione amministrativa ed altri istituti di garanzia, dunque strettamente legati alla dimensione conflittuale ma, a ben guardare, ad essa ontologicamente estranei. Infatti, altro è la disciplina del ricorso contro il diniego di accesso; altro è la disciplina del diritto di accesso. Altro

⁸⁴ Proponendo una nozione di giustizia amministrativa come quel complesso di regole predisposte al fine di evitare il ricorso al rimedio giudiziale oppure per indirizzare il percorso che dovrà essere seguito dal giudice in occasione del sindacato giurisdizionale, segnando i livelli minimi di correttezza e validità dell'azione autoritativa. Come già visto, questa lettura onnicomprensiva finisce per sminuire il concetto di giustizia amministrativa, tramutandolo in qualcosa di estremamente generico e, in fondo, privo di reale utilità.

è la disciplina del ricorso per l'annullamento di un provvedimento, altro è la disciplina sostanziale del vizio su cui quel ricorso è fondato. Del resto, lo stesso avviene nel diritto civile dove i piani disciplinari sono a tal punto separati da appartenere in concreto a codici diversi e dove a nessuno verrebbe in mente di attribuire l'art. 1418 c.c., rubricato "della nullità del contratto", all'ambito (?) della "giustizia civile".

La realtà è che istituti come la motivazione del provvedimento o la sua efficacia, nullità, annullabilità, non sono assimilabili al concetto di giustizia e dunque andrebbero da questo nettamente separati. Non si vedono del resto controindicazioni in ciò; anzi, a ben vedere, la finalità principale della tradizionale sovrapposizione sembra risiedere nell'esigenza condivisibile di tenere alcuni principi fondamentali dell'azione amministrativa ancorati alla banchina del 117, c. 2, lett. l), Cost., cioè al riparo da possibili (e difficilmente controllabili in termini di garanzia) "derivate" autonomistiche. In termini analoghi, del resto, sembra di poter leggere l'orientamento di una parte significativa della dottrina che – a dire il vero, se l'interpretazione è corretta, non senza forzature – riconduce *tout court* la "materia procedimentale" alla lett. m) del 117, c. 2, cioè ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali⁸⁵.

Tuttavia, la condivisibile finalità non giustifica il mezzo, soprattutto se l'operazione finisce per contaminare un ambito, quello della giustizia amministrativa, la cui vera indole si coglie se la si circoscrive alla tutela in senso stretto, anche nell'accezione estensiva, che include cioè la tutela giurisdizionale.

Non a caso, del resto, a proposito dell'art. 21 octies della l. 241/1990, una recente giurisprudenza scinde la norma dalla sua

⁸⁵ E. FOLLIERI, *Le funzioni amministrative nel nuovo Titolo V della parte seconda della Costituzione*, in «le Regioni», 2003, p. 454. Il punto è senz'altro delicato; ciononostante, non si può fare a meno di esprimere qualche perplessità nei confronti di alcune interpretazioni che, nell'immediato, frenano lo sviluppo dell'autonomia regionale andando a contrastare lo stesso spirito della riforma del 2001, già messo a dura prova, peraltro, da un atteggiamento non sempre "pionieristico" della Corte costituzionale (si veda in proposito Corte cost., 13 marzo 2004, n. 88, in www.cortecostituzionale.it).

“portata” sostanziale o, meglio, dall’impatto che essa produce sul sistema di regole al cui interno si colloca, attribuendole in questo modo “natura processuale” ed evocando così la prima, non l’ultima parte della lettera l)⁸⁶. Molta chiarezza sul punto deriverebbe comunque dalla definitiva individuazione del livello territoriale legittimato a dare attuazione ai principi della disciplina procedimental-provvedimentale⁸⁷.

Lo stesso naturalmente dovrebbe sostenersi per le norme sopra richiamate di chiara impronta processuale con la conseguenza che in tal modo viene meno la necessità di agganciare la nozione di “giustizia amministrativa”, che resta così libera di acquisire una propria ed autonoma dimensione. Non si tratta quindi di un’operazione di maquillage nominalistico ma di una scelta interpretativa in grado di valorizzare appieno uno dei caratteri essenziali delle amministrazioni contemporanee, fino ad ora rimasto in ombra, la loro capacità di dare giustizia nel caso concreto.

La seconda questione irrisolta è rappresentata dal rapporto tra funzione giustiziale ed ordinamento regionale. Infatti, la lettura proposta comporta evidentemente una significativa com-

⁸⁶ TAR Lazio, sez. Latina, 10 giugno 2005, n. 534, in «Foro amm.-TAR», 2005, p. 2082, attribuisce natura processuale all’art. 21 octies, c. 2, sulla base della sua idoneità a modificare i poteri del giudice amministrativo, nel senso di uno spostamento del *focus* dall’atto al rapporto.

⁸⁷ Come del resto era previsto in una delle ultime versioni di riforma del l. 117, c. 2, Cost. che introduceva alla lett. i) le “norme generali sul procedimento amministrativo”, riportando così alla sede più adatta l’esigenza segnalata. Questa disposizione è tuttavia scomparsa nella versione definitivamente approvata dal Senato il 16 novembre 2005 e successivamente non confermata in sede referendaria. Si segnala tuttavia che il concetto di norma generale, se non ulteriormente specificato e circoscritto, rischia un’interpretazione a tal punto estesa da blindare l’intero testo della legge sul procedimento amministrativo; il che non sarebbe certo compatibile con l’attuale assetto pluralistico e differenziato del nostro ordinamento. Sul problema della legittimazione regionale alla deroga dei principi fissati dalla disciplina generale sul procedimento amministrativo si segnala, per interesse ed originalità, l’interpretazione di M. CORRADINO, *I principi di garanzia quali limiti alla potestà legislativa regionale in materia di procedimento amministrativo: una chiave di lettura di diritto comunitario*, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo il quale solo i principi di garanzia (che non esauriscono evidentemente il novero dei principi di cui alla l. 241/1990) sono in grado di limitare l’autonomia del legislatore regionale.

pressione della autonomia regionale, giustificata dalla configurazione strettamente garantistica e giustiziale dei rimedi in esame. Alle regioni spetterebbe dunque il solo potere di introdurre nel proprio ordinamento un determinato rimedio la cui disciplina è in tutto e per tutto fissata a livello statale, tranne che per quegli aspetti marginali i quali, se non lasciati alla potestà regionale, rischierebbero di bloccare in radice l'utilizzo (competenze speciali, formalità, responsabilità della gestione e poco altro). In definitiva, si tratterebbe di un potere limitato di modifica e di adattamento di una disciplina che il carattere giustiziale e fondamentali esigenze di garanzia richiedono sia uniforme e dunque dettata a livello statale.

L'autonomia regionale, pur rafforzata dalla riforma del titolo V Cost., continua ad incontrare in questo ambito i limiti tradizionali tipici delle materie la cui uniformità sul territorio nazionale è giustificata da esigenze garantistiche; così, alle regioni spetterebbe il potere di prevedere un rimedio amministrativo all'interno del proprio ordinamento ma solo nel solco di quanto fissato a livello statale, cioè senza alcun potere di disciplina se non secondo le modalità sopra individuate⁸⁸.

Queste sono le coordinate che, a livello interpretativo, sembrano potersi desumere dalla Costituzione in tema di amministrazione giusti-

⁸⁸ Decisamente contraria l'opinione di A. MEALE, *Ricorsi amministrativi e ordinamento regionale*, Padova, Cedam, 2005, p. 22, il quale addirittura ritiene "evidente" che la materia dei ricorsi amministrativi non rientra nella fattispecie di cui all'art. 117, c. 2, lett. l), Cost. Più cauta la posizione di A. CORPACI, *Revisione del Titolo V...*, cit., p. 1321, che prende atto della nuova norma manifestando dubbi sulla tenuta costituzionale delle legislazioni regionali in tema di ricorsi amministrativi ma proponendo una soluzione compromissoria "che riservi allo Stato la regolazione per ciò che attiene ai raccordi con la tutela giurisdizionale, lasciando per il resto piena disponibilità al legislatore regionale". Questa lettura non sembra tuttavia condivisibile per il fatto che il raccordo con la giurisdizione va necessariamente calibrato sulla disciplina del ricorso, ragion per cui non sembra ragionevole affidare la disciplina di due momenti strettamente connessi tra loro a soggetti diversi. In termini sostanzialmente analoghi a quelli prospettati quanto alla competenza Stato/Regioni A. PIZZOFERRATO, *Giustizia privata del lavoro...*, cit., p. 228, il quale afferma che "l'attività conciliativa deve pacificamente ritenersi compresa nella formula 'giurisdizione e norme processuali'".

ziale. Va da sé che, vista la centralità degli interessi in gioco, un intervento del legislatore non è a questo punto ulteriormente rinviabile⁸⁹.

7.2. *Indipendenza e imparzialità*

A questo punto è necessario verificare quali siano gli elementi che contribuiscono a qualificare, nel rispetto dei principi costituzionali, le forme di tutela qui esaminate. Quale sia, in altri termini, il minimo comune denominatore che consente di definire in termini giustiziali un'amministrazione deputata alla risoluzione di conflitti. Senza dimenticare – è opportuno precisarlo – che non può che trattarsi di un denominatore minimo, cioè idoneo a caratterizzare ipotesi del tutto diverse tra loro, sia sotto il profilo strutturale, sia sotto il profilo degli strumenti in concreto utilizzati.

La questione riguarda la possibilità di individuare alcuni tratti essenziali che contraddistinguono le diverse ipotesi di amministrazione giustiziale; tratti la cui ricorrenza, nonostante la diversità delle fattispecie cui ineriscono, consente di evidenziarne l'indole comune.

Può essere utile al proposito richiamare la nozione – così come comunemente accettata – di funzione giustiziale; nozione per certi versi sfuggente ma che contiene preziose indicazioni ai fini qui prefissati. Ebbene, per funzione giustiziale deve intendersi quell'attività esercitata da organi amministrativi tendenzialmente indipendenti,

⁸⁹ Non è possibile peraltro fondare un'eventuale accelerazione da parte del legislatore su una presunta situazione di legittimo affidamento ingenerato nel cittadino dall'interpretazione sopra offerta del rapporto tra Costituzione e funzione giustiziale. Il tema come noto è stato studiato in particolare da F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, Giuffrè, 1970, ora ripubblicato insieme ad altri scritti in *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2001, nei confronti sia del legislatore, sia dell'amministrazione. Se tuttavia nei confronti della seconda il principio è ormai ampiamente accolto dalla giurisprudenza amministrativa e costituzionale, l'affidamento nei confronti del primo (fattispecie che potrebbe venire in rilievo in questa sede) da un lato presenta ancora margini di estrema incertezza (derivanti secondo l'Autore, per esempio nell'ambito della programmazione economica, dall'obbligo di operare una necessaria ponderazione fra situazione di affidamento e interesse contrario sopraggiunto [266]) e, dall'altro, per essere tutelato, presuppone pur sempre – cosa che non è nel caso di specie – un precedente comportamento del legislatore idoneo ad ingenerarlo.

deputati dall'ordinamento a risolvere imparzialmente i conflitti tanto tra cittadini, tanto tra questi e le pubbliche amministrazioni, mediante l'utilizzo di procedure a carattere contenzioso che garantiscano un effettivo contraddittorio tra le parti⁹⁰.

Il primo dato cui la nozione appena richiamata conferisce particolare rilievo è senza dubbio quello relativo all'indipendenza dell'amministrazione che risolve la controversia. Si tratta di un dato strutturale, che perciò riguarda innanzitutto il piano organizzativo del soggetto cui sono affidati compiti giustiziali, e normalmente inerisce alla sua relazione "con soggetti estranei al rapporto processuale"⁹¹.

Tuttavia, questo dato non esaurisce i propri effetti all'interno del mero ambito organizzativo ma – se è vero che l'organizzazione costituisce il momento di predisposizione, di coordinamento e di inizio dell'attività amministrativa⁹² – la sua realizzazione è del tutto strumentale all'esercizio stesso della funzione. In altri termini, mai come con riferimento allo svolgimento di compiti giustiziali, il momento dell'organizzazione e quello della funzione sono inscindibilmente connessi tra loro, rappresentando il primo o meglio, una specifica predisposizione del primo, la condizione imprescindibile perché il secondo possa correttamente materializzarsi. Al punto tale che in queste ipotesi il requisito dell'indipendenza perde l'esclusiva riferibilità all'organo, e diviene nel suo complesso anche un requisito dell'attività e della funzione dall'organo perseguita⁹³.

Si tratta quindi di chiarire, nei limiti in questa sede possibili, che cosa debba intendersi per indipendenza. Infatti, nell'offrire una definizione di funzione giustiziale, si è fatto riferimento alla necessità, in

⁹⁰ Per tutti, M.P. CHITI, *L'effettività della tutela avverso la pubblica amministrazione nel procedimento e nell'amministrazione giustiziale*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, Giuffrè, 1994, I, p. 546.

⁹¹ Così A. TRAVI, *Lezioni di giustizia...*, cit., p. 92, descrive il carattere dell'indipendenza riferito alla giurisdizione.

⁹² Secondo l'insegnamento di M. NIGRO, *Amministrazione pubblica (organizzazione giuridica dell')*, voce in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988.

⁹³ Ciò è particolarmente evidente con riguardo alle funzioni giustiziali attribuite dall'ordinamento alle amministrazioni indipendenti. Sul punto, sul quale comunque si tornerà nel corso della trattazione, si segnala A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 112.

termini di requisito minimo, che il soggetto incaricato di dirimere la controversia goda di un livello di indipendenza soltanto “tendenziale”. L'utilizzo di tale aggettivo implica la non necessaria coincidenza tra l'indipendenza che caratterizza l'esercizio della funzione giurisdizionale e quella che invece è richiesta per l'esercizio di funzioni meramente giustiziali.

Per due motivi. In primo luogo perché si tratta di funzioni diverse, non sovrapponibili e, ciò che più importa, tra loro complementari. Quanto si è in precedenza rilevato in merito alle procedure alternative ed alle garanzie procedimentali attraverso le quali si esplica la funzione giustiziale, deve essere ora ribadito in merito al requisito dell'indipendenza. Infatti, la pretesa di configurare, questa volta a livello strutturale, l'autorità che risolve il conflitto nei medesimi termini nei quali è configurata la giurisdizione, si traduce di fatto nella negazione della possibilità di differenziare i due tipi di tutela rispettivamente offerti dall'ordinamento e, così facendo, nella perdita di specificità della tutela alternativa. Il cui rapporto con la giurisdizione – lo si ripete – deve essere ricostruito in termini di complementarietà e non di esclusione o di rigida alternatività.

In secondo luogo perché, oltre che inopportuna, un'eventuale pretesa in tal senso non risulta neppure necessaria. Infatti, lo scopo che si intende raggiungere nel momento in cui si ritiene il requisito dell'indipendenza essenziale per il corretto svolgimento di funzioni giustiziali, è rappresentato dall'esigenza di garantire che il soggetto investito della controversia non sia in generale riferibile ad una delle parti in causa. Cioè la sua imparzialità.

Per dirla altrimenti, l'amministrazione che gestisce il procedimento giustiziale non deve avere nei confronti della vicenda alcun tipo di relazione idonea ad incidere sull'esercizio della funzione, eventualmente condizionandola⁹⁴. Ciò che deve mancare è una relazione

⁹⁴ Quest'aspetto, per esempio, induce M. CLARICH, *L'attività delle autorità indipendenti in forme semicontenziose*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI, *I garanti...*, cit., p. 158, a distinguere – occupandosi dell'estensione del principio del contraddittorio nell'ambito dei procedimenti giustiziali instaurati innanzi alle autorità indipendenti – le attività semicontenziose da quelle contenziose in senso stretto. Le prime, quelle dirette a comporre una controversia tra ente erogatore e utente, sono caratterizzate da una relazione tra autorità ed ente erogatore che preesiste al conflitto ed è dovuta

in concreto idonea ad influire sul corretto esercizio della funzione; a poco rilevando, per fare solo un esempio, la semplice riferibilità del soggetto che risolve la controversia all'apparato amministrativo⁹⁵.

Se questo è vero in termini generali, bisogna tuttavia anticipare come tale affermazione debba poter essere temperata in relazione ad alcuni strumenti giustiziali. Naturalmente non nel senso che in alcune ipotesi non sia necessaria la verifica dell'indipendenza, ma nel senso che in taluni casi il riferimento al concetto dell'astratta riferibilità può apparire eccessivo.

Si tratta, in altri termini, di verificare se in concreto tale concetto, di chiara derivazione giurisdizionalistica, sia l'unico in grado di garantire l'indipendenza del soggetto che dirime la controversia, oppure se non sussistano altri criteri di valutazione che, a prescindere dalla riferibilità, consentano di qualificarlo come indipendente. Sul punto si avrà occasione di tornare nel momento in cui si descriveranno le potenzialità giustiziali della conciliazione stragiudiziale; in riferimento alla quale è possibile che il requisito della non riferibilità si riveli addirittura controproducente (oltre che eccessivo).

Il concetto di indipendenza ha dunque una valenza prevalentemente organizzativa e si traduce, in generale, nel riconoscimento in capo al soggetto che decide della capacità di determinare la propria organizzazione (struttura organizzativa, organico, bilancio e così via); oltre che naturalmente nel riconoscimento di alcune garanzie

al potere più o meno intenso di vigilanza che l'autorità svolge sull'ente; con la conseguenza che il rapporto tra autorità e soggetti coinvolti non è di assoluta neutralità. Le seconde, invece, sono quelle in cui l'autorità compone un conflitto tra due utenti e, non sussistendo alcuna precedente relazione con uno di questi, sono definite contenziose in senso stretto e caratterizzate da un rapporto di vera e propria neutralità costruito sulla falsariga di quella giurisdizionale.

⁹⁵ Come avviene nel caso di alcuni rimedi giustiziali classici, come per esempio il ricorso cd. gerarchico improprio, la cui problematicità rispetto al problema qui analizzato deriva dal fatto che è consentito soltanto nell'ambito di una identica amministrazione o di amministrazioni riconducibili ad enti diversi ma tuttavia legati da rapporti funzionali; o come il ricorso straordinario al Capo dello Stato, in cui il parere è rilasciato dal Consiglio di Stato in sede consultiva. Anche V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Commissario*, voce in *Enc. Dir., aggiorn.*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 303, nell'affermare la natura giustiziale del commissario *ad acta*, dimostra di utilizzare il parametro della terzietà o neutralità in senso relativo e comunque diverso dall'accezione giurisdizionale.

specifiche in capo ai titolari degli uffici, onde evitare la possibilità che essi subiscano influenze sia dall'esterno che dall'interno.

Si è in presenza, in definitiva, di requisiti analoghi alle “costanti”⁹⁶ che contraddistinguono l'organizzazione del potere giudiziario. Ciò tuttavia non implica un ripensamento di quanto sopra affermato con riguardo alla necessità di distinguere tra le diverse tipologie di indipendenza. Per un semplice motivo: perché nel nostro ordinamento non esiste una nozione unitaria di indipendenza; questo significa che il concetto di indipendenza assume connotati diversi, da un lato, a seconda del contesto storico in cui viene analizzato, dall'altro, a seconda delle singole fattispecie alle quali viene di volta in volta riferito.

Se pertanto, con riferimento alla giurisdizione, intesa quale sede ultima ed imprescindibile di tutela dei diritti, la Costituzione richiede che gli elementi sopra richiamati debbano sempre coesistere, lo stesso non può dirsi con riferimento all'amministrazione giustiziale che, a differenza della prima, può assumere forme considerevolmente diverse all'interno del sistema.

In questo, sostanzialmente, si riassume la tendenzialità del concetto di indipendenza riferito all'ambito giustiziale: tanto più l'amministrazione giustiziale configura un modello “altro” rispetto a quello giurisdizionale, tanto meno necessaria sarà la compresenza di tutti gli elementi di cui sopra, dovendosi di volta in volta garantire la prevalenza di quelli che più risultano compatibili con la struttura complessiva del modello. A patto che il risultato finale sia idoneo a garantire quel livello minimo di indipendenza necessario per il corretto svolgimento di compiti giustiziali. Al contrario, tanto più l'amministrazione giustiziale tende a sostituirsi in astratto alla giurisdizione, assumendone i connotati tipici, tanto maggiore dovrà essere sotto il profilo quantitativo l'indipendenza a questa riconosciuta e, quindi, tanto più completa dovrà risultare la coesistenza degli elementi in esame⁹⁷.

⁹⁶ Si esprime in questi termini E. SPAGNA MUSSO, *Giudice*, voce in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 938 e ss., al quale sia consentito il rinvio per l'analisi degli aspetti prevalentemente organizzativi; cfr. anche S. BARTOLE, *Il potere giudiziario*, in G. AMATO, A. BARBERA, *Manuale di diritto pubblico...*, cit., II, p. 427 e ss.

⁹⁷ E infatti C. FRANCHINI, *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI, *I garanti...*, cit., p. 78, sostiene la necessaria coesistenza degli elementi in esame con riferimento al modello delle autorità indipendenti.

Oltre che pragmatico, questo approccio risulta corretto se si richiama ciò che prima si è affermato a proposito del nesso di strumentalità sussistente tra il momento organizzativo e quello funzionale. Si è detto infatti che nell'ambito giustiziale l'indipendenza, oltre ad essere un requisito dell'organo, costituisce altresì un requisito della funzione da questo esercitata. Si tratta a questo punto di chiarire meglio tale affermazione, evidenziando quei tratti dell'attività giustiziale nei confronti dei quali l'indipendenza si pone in termini strumentali.

L'imparzialità, innanzitutto. La predisposizione dell'autorità che dirime la controversia secondo parametri organizzativi che ne valorizzano l'indipendenza si riflette in via diretta sulla sua capacità di essere terza nei confronti delle parti, indifferente o neutrale rispetto agli interessi da queste fatti valere⁹⁸; si riflette, in altre parole, sull'imparzialità della sua azione. Così tratteggiate, indipendenza e imparzialità sembrerebbero coincidere; meglio, l'indipendenza sembrerebbe una speciale forma organizzativa dell'imparzialità⁹⁹. Una precisazione è tuttavia opportuna.

Dal punto di vista concettuale l'indipendenza dell'amministrazione giustiziale (perlomeno nella sua accezione esterna) è fenomeno che attiene prevalentemente al rapporto tra diversi organi dell'amministrazione ed è diretto ad evitare che l'organo investito del potere di decidere la controversia possa subire pressioni o condizionamenti ad opera di altri organi. Il rapporto tra organi è invece estraneo al fenomeno dell'imparzialità che è riferito al soggetto incaricato della decisione; cioè attiene all'assenza in capo a tale soggetto di un interesse in qualche maniera connesso con la fattispecie concreta sottoposta al suo esame. Ciononostante, indipendenza e imparzialità-

⁹⁸ A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, ora ripubblicato in *Scritti giuridici*, II, cit., p. 265, afferma che deve essere riconosciuto il carattere della neutralità "a quelle attività decisorie in cui ci si imbatte allorquando l'autorità amministrativa decidente né si identifichi con una delle parti, né si trovi con alcuna di esse in rapporto di superiorità o quasi superiorità gerarchica", precisando altresì che in questi casi si tratta pur tuttavia di "neutralità impropria, in quanto particolare [...] perché si esaurisce nell'ambito della pubblica amministrazione" senza avere quindi alcun rilievo di tipo esterno.

⁹⁹ Si esprime in questi termini A. PAJNO, *Amministrazione giustiziale...*, cit., p. 9.

tà sono strettamente collegate tra loro; perché la prima è condizione necessaria ma non sufficiente della seconda; nel senso che se è oltremodo difficile che l'assenza di indipendenza determini il soggetto ad un comportamento imparziale, non è detto che la decisione di un soggetto indipendente sia, di per sé, sempre imparziale¹⁰⁰.

7.3. *Il contraddittorio*

Definire i termini entro i quali è possibile trasporre i concetti di indipendenza ed imparzialità nell'ambito della tutela giustiziale è operazione che sconta l'estrema eterogeneità delle fattispecie cui tali concetti necessariamente ineriscono. Non è pertanto possibile individuare a priori e in generale i singoli aspetti sui quali è fondata l'indipendenza dell'organo che risolve la controversia, dovendosi quindi rinviare il giudizio alle realtà concrete che di volta in volta si presentano all'interprete.

Il discorso si fa ancora più complesso nel momento in cui si cerca di individuare nel rispetto del contraddittorio un ulteriore elemento caratterizzante l'attività delle amministrazioni che agiscono con finalità giustiziali. E questo, ancora una volta, per le ragioni appena richiamate, cioè a causa dell'impossibilità di ricondurre le diverse manifestazioni giustiziali ad un unico modello.

Del resto, il presente scopo non consiste tanto nel determinare in concreto le facoltà e le preclusioni che l'accoglimento del principio in esame determina nella "gestione" di un procedimento a carattere giustiziale. Su questi aspetti – compatibilmente con le finalità

¹⁰⁰ Così C. FRANCHINI, *Le autorità indipendenti...*, cit., p. 77. Si ritiene opportuno prescindere in questa sede da ogni considerazione relativa al fatto che l'imparzialità – diversamente dall'indipendenza – costituisce un principio fondamentale che regola in generale lo svolgimento dell'azione amministrativa; in questa accezione, infatti, la differenza è evidente; ci si limita soltanto a rilevare che l'imparzialità che contraddistingue l'esercizio di funzioni giustiziali è diversa da quella riferita alla funzione propriamente amministrativa, non essendo riferita al generico concetto di interesse collettivo, ma – come già detto – alla più specifica necessità che nella decisione sia assente una qualunque forma di conflitto tra gli interessi del soggetto che decide e quelli di cui le parti, in concreto, si fanno portatrici.

del lavoro – si tornerà nel momento in cui verrà effettuata l'analisi più specifica dei singoli strumenti attraverso i quali si concretizza l'esercizio di funzioni giustiziali. Le attuali riflessioni sono più semplicemente dirette a tracciare la base minima ed imprescindibile di garanzia propria dell'attività giustiziale.

In quest'ottica, una posizione di assoluta centralità è occupata dal principio del contraddittorio, stante la sua diretta attinenza all'esercizio di funzioni caratterizzate dalle ragioni dell'imparzialità. Il contraddittorio infatti esprime la posizione di uguaglianza che le parti assumono all'interno del processo "in ordine alla possibilità astratta di elaborazione del contenuto della sentenza"¹⁰¹.

Questa affermazione evidenzia un ulteriore elemento: che il contraddittorio deve essere innanzitutto collocato all'interno dei principi generali che disciplinano l'ordinamento processuale; la recente disposizione costituzionale sul giusto processo di cui all'art. 111 è piuttosto chiara al proposito¹⁰². Così come chiara è, sempre in termini di diritto positivo, l'enunciazione che di tale principio si trova nell'art. 101 c.p.c.¹⁰³.

Tuttavia, la dottrina più recente pur riconoscendo l'evanescenza della proposizioni con le quali si è soliti definire il contraddittorio, ha cercato di reinterpretarne la funzione, svincolandola dall'ambito della mera garanzia di uguaglianza in senso formale, cioè astratto e statico. In questi termini, si è affermato che il contraddittorio comporta il riconoscimento di *chance* effettive di partecipazione dinamica nel corso dell'intero procedimento giurisdizionale; il contraddittorio si pone dunque come elemento di sintesi di tutti i principi che disciplinano lo svolgimento del percorso procedi-

¹⁰¹ F. BENVENUTI, *Contraddittorio (dir. amm.)*, voce in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1961, p. 738.

¹⁰² Disposizione, peraltro, non particolarmente innovativa in quanto l'operatività dei principi sui quali è fondato il concetto di "giusto processo" era già stata ampiamente riconosciuta sia in dottrina sia in giurisprudenza attraverso un'interpretazione estensiva delle norme costituzionali esistenti. Sul punto si veda L.P. COMOLIO, *Valori etici e ideologie...*, cit., p. 887 e ss.

¹⁰³ Del quale sia consentito richiamare il testo: "Il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa".

mentale, così rappresentando una sorta di criterio generale attraverso il quale è possibile conferire una dimensione specifica (costituzionalmente orientata, benché mutevole dal punto di vista storico) ai profili sui quali poggia la stessa nozione di giusto processo.

Simmetria di fronte al giudice delle posizioni processuali di attore e convenuto; sussistenza di adeguate condizioni (le migliori possibili) di conoscibilità degli atti da notificare e dunque tendenziale rifiuto delle presunzioni; condizioni di partecipazione effettiva e incisiva al dibattito processuale; potere di rappresentare al giudice, mediante l'utilizzo dei più ampi mezzi di prova, i fatti dedotti a fondamento delle proprie pretese; esclusione di qualunque limitazione o preclusione ad opera di eventi riferiti a procedimenti ai quali le parti non hanno potuto partecipare, e così via¹⁰⁴.

È evidente il ruolo che questa espansione del valore attribuito al principio del contraddittorio ha avuto riguardo all'ampliamento complessivo dell'effettività dei procedimenti giurisdizionali¹⁰⁵. L'attribuzione di una valenza dichiaratamente sostanzialistica al principio in esame ha tuttavia indotto la dottrina a riconoscere che il contraddittorio – benché manifesti il suo rilievo soprattutto a livello processuale – non deve essere riferito all'ambito esclusivo proprio della giurisdizione.

In qualità di principio generale, esso deve trovare attuazione ogni qualvolta si registri la presenza di un soggetto incaricato – dall'ordinamento giuridico o dalle parti nei procedimenti a carattere

¹⁰⁴ Si precisa la natura meramente esemplificativa e tendenziale delle ipotesi segnalate, che per di più si trovano a dover fare i conti con le molteplici asimmetrie di ordine economico e sociale o comunque non imputabili a fattori giuridici. La letteratura sul contraddittorio e sulla nozione di giusto processo è ovviamente sterminata. Sia consentito pertanto il richiamo a L.P. COMOGGIO, *Contraddittorio (principio del)*, I) *Diritto processuale civile*, voce in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1998, cui si rinvia per i numerosi riferimenti bibliografici. Per una critica, alla luce del disposto di cui al nuovo art. 111 Cost., alle limitazioni istruttorie di recente ribadite dalla Corte costituzionale, si veda inoltre F.P. LUISO, *Il principio del contraddittorio e l'istruttoria nel processo amministrativo e tributario*, in «Dir. proc. amm.», 2000, p. 328 e ss.

¹⁰⁵ Nonostante il percorso sia ancora incompiuto con riferimento al processo amministrativo ancora sbilanciato a favore dell'amministrazione; di recente, E. FOLLIERI, *Il contraddittorio in condizioni di parità nel processo amministrativo*, nota a Cons. St., ad. pl., 29 dicembre 2004, n. 14, in «Dir. proc. amm.», 2006, p. 499.

negoziale – di risolvere una controversia insorta tra due o più soggetti. A prescindere dalla qualificazione formale del medesimo e perciò a prescindere dalla qualificazione in termini giurisdizionali del procedimento da questi diretto. In sostanza, ciò che rileva perché scattino gli obblighi scaturenti dall'applicazione del principio del contraddittorio, è la sussistenza di due o più parti in conflitto tra loro e la presenza di un soggetto terzo e imparziale incaricato di dirimere tale conflitto.

Secondo questa prospettiva, il contraddittorio assume una valenza nuova e può essere definito, in generale, come quel modulo strumentale attraverso cui viene garantita l'imparzialità della funzione di composizione del conflitto secondo uno schema procedimentale caratterizzato dalla massima uguaglianza tra le parti per tutta la durata del procedimento.

Quanto affermato, in primo luogo, consente di rilevare la strettissima connessione tra indipendenza/imparzialità e contraddittorio; in altri termini, il contraddittorio caratterizza i procedimenti contenziosi (cioè quelli in cui vi è un conflitto da comporre); ma un procedimento non può correttamente essere definito contenzioso o giustiziale se manca la presenza di un'autorità in grado di definire la controversia sottoposta al suo esame da una posizione di indipendenza e imparzialità. Ecco perché, secondo una parte della dottrina, il contraddittorio costituisce “una sorta di spia dell'esistenza di una organizzazione indipendente e di una funzione, almeno tendenzialmente, caratterizzata nel segno dell'indipendenza”¹⁰⁶.

In secondo luogo, fa emergere la differenza sostanziale tra il contraddittorio finora analizzato e il contraddittorio di cui alla l. 241/1990; differenza che costituisce il riflesso della diversità tra l'attività partecipata (che attiene all'amministrazione attiva) e quella propriamente contenziosa o giustiziale, così come in precedenza descritta.

Se infatti nella prima, il contraddittorio è diretto ad arricchire la base delle informazioni necessarie per il più corretto e adeguato svolgimento della funzione amministrativa e in questo modo a ga-

¹⁰⁶ A. PAJNO, *L'esercizio di attività...*, cit., p. 119.

rantire che l'amministrazione competente possa effettuare una completa ed esauriente comparazione tra tutti gli interessi in gioco; nella seconda, il contraddittorio è più specificamente diretto a garantire che l'autorità deputata alla soluzione di un conflitto al quale essa resta estranea lo risolva, nei limiti delle pretese formulate dalle parti, in modo imparziale¹⁰⁷.

Dunque, la valorizzazione del contraddittorio nella fase attiva del procedimento amministrativo funge da criterio di legittimazione all'esercizio del potere (soprattutto) in quanto strumento di individuazione del miglior equilibrio possibile tra i diversi e contrapposti interessi da contemperare¹⁰⁸. Tanto è vero che – come oggi sancisce l'art. 21 octies, c. 2, della l. 241/1990 ma come era già praticato a livello giurisprudenziale¹⁰⁹ – il provvedimento adottato in assenza di contraddittorio pieno e correttamente instaurato non è illegittimo in sé e per sé ed il suo annullamento

¹⁰⁷ Seppure la prospettiva sia interessante, non si ritiene però convincente l'impostazione di F. BOCCHINI, *Contributo allo studio...*, cit., ad es. 68, che sembra proporre una equiparazione pressoché totale tra alcuni procedimenti contenziosi innanzi ad autorità indipendenti e il processo, realizzata proprio attraverso l'enfaticizzazione degli elementi più strettamente processuali del contraddittorio. Lo stesso F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in «Dir. amm.», 1993, p. 134, analizzando però in generale le differenze tra procedimento e processo, esclude che la relazione che si instaura mediante l'istituto della partecipazione al procedimento amministrativo «possa essere modellata secondo uno schema analogo a quello del rapporto processuale». Il tentativo di individuare nell'introduzione del contraddittorio all'interno del procedimento amministrativo un elemento di osmosi tra la disciplina procedimentale e quella processuale è stato in particolare effettuato da F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1996, p. 279, il quale tuttavia rileva che, nonostante le analogie e le convergenze tra momento sostanziale e momento processuale, non è possibile eliminare la distinzione di ruoli e funzioni che contraddistingue le due realtà.

¹⁰⁸ Come infatti afferma F. FIGORILLI, *Il contraddittorio...*, cit., p. 217, «il contributo degli interessati si colloca in una prospettiva di indubbio arricchimento delle conoscenze dell'autorità, rispetto alla valutazione che quest'ultima è tenuta a compiere in tema di ponderazione comparativa dell'interesse primario in relazione agli interessi secondari».

¹⁰⁹ A titolo esemplificativo, Cons. St., sez. IV, 30 settembre 2002 n. 5003, in «Cons. St.», 2002, I, p. 2010, Cons. St., sez. IV, 23 novembre 2002 n. 6463, in «Cons. St.», 2002, I, p. 2531, TAR Lazio, sez. II, 21 ottobre 2002, n. 8971, in «TAR», 2002, I, p. 2741. È stato così relativamente semplice, per esempio per TAR Veneto, sez. II, 9 marzo 2005, n. 935 in www.astridonline.it applicare fin da subito la nuova normativa.

può essere evitato dimostrando che tale vizio non ha inciso sul risultato finale¹¹⁰.

Discorso diverso va invece fatto con riferimento al contraddittorio nei procedimenti a carattere giustiziale, la cui matrice processualistica ne evidenzia la centralità rispetto alla tutela di un interesse protetto che, rivolgendosi all'autorità amministrativa, si assume sia stato pregiudicato. L'autorità non è portatrice di alcun interesse nella vicenda, né tanto meno di alcuna *mission* in termini di risultato finale da conseguire; il contraddittorio assume dunque rilievo in quanto parametro di valutazione del trattamento simmetrico delle parti e degli interessi di cui sono portatrici rispetto all'autorità medesima, oltre che della correttezza nella gestione complessiva del procedimento giustiziale. Si prescinde quindi da ogni valutazione in termini di raggiungimento di uno scopo finale e ciò consente di marcare la differenza tra le due diverse tipologie di contraddittorio.

Tale differenza, peraltro, si riflette sul regime giuridico applicabile in tema di contraddittorio; sul punto si tornerà nella parte seconda del lavoro, ma fin d'ora si segnala che la disciplina dettata dalla legge sul procedimento amministrativo risulta applicabile soltanto in parte, cioè fino a quando non risulta più compatibile con la natura giustiziale della procedura. Si tratta, in altri termini, di un livello minimo di garanzia sul quale si innesta l'applicazione della disciplina che governa il singolo procedimento giustiziale, secondo la sua specifica vocazione.

8. *Tutela giustiziale e tutela giurisdizionale: la necessaria pregiudizialità*

Si è fino ad ora posto l'accento sul fatto che la sussistenza dei requisiti di cui sopra (o, meglio, di un livello minimo di sussistenza) è elemento determinante per poter qualificare in termini giustizia-

¹¹⁰ Il problema del "trattamento giuridico" dei vizi formali e della loro distinzione dai vizi sostanziali è di grande attualità, anche in ragione della già richiamata novella legislativa. Per un'analisi completa e esauriente, oltre che in netto anticipo sulla novella, F. LUCIANI, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2003.

li un'amministrazione deputata alla risoluzione stragiudiziale delle controversie. Ma vi è un ulteriore profilo nei confronti del quale tali requisiti sono destinati a giocare un ruolo fondamentale: quello del rapporto tra la tutela alternativa offerta dalle amministrazioni che svolgono funzioni giustiziali e la tutela di tipo giurisdizionale.

Nel definire il concetto di alternatività, è stato in precedenza evidenziato come il significato della tutela alternativa debba essere colto non tanto nell'idea della sua opposizione rispetto alla tutela giurisdizionale, quanto nell'idea della sua complementarietà con quella giudiziaria. Soltanto questo approccio – ampiamente caldeggiato, come si è visto, a livello comunitario – riesce ad evitare lo stemperarsi del concetto di alternatività e le conseguenti contaminazioni che sembrano oggi caratterizzare l'esperienza giuridica degli ordinamenti di *common law*, specialmente quello statunitense. Soltanto questo approccio riesce, in definitiva, a realizzare quella che – come più volte è stato segnalato – rappresenta la finalità ultima della tutela alternativa, cioè l'aumento delle possibilità di tutela che ciascun ordinamento riconosce al cittadino.

Ora, stando così le cose, è evidente che la diffusione delle forme stragiudiziali non passa attraverso la limitazione della tutela giurisdizionale e delle garanzie da questa offerte. Non soltanto per il fatto che tale limitazione sarebbe inopportuna, in quanto finirebbe per diminuire, non per ampliare la tutela del cittadino, collocandosi dunque in contrasto con le stesse finalità appena richiamate. Ma soprattutto per il fatto che, oltre che inopportuna, sarebbe altresì incostituzionale, stante il disposto di cui agli artt. 24 e 113 Cost., che presuppongono incompressibile il diritto a tutti riconosciuto di agire in giudizio per difendere i propri interessi¹¹¹.

Non potendosi dunque fondare la diffusione delle forme stragiudiziali di tutela sulla compressione delle possibilità di accesso alla giurisdizione, si tratta a questo punto di capire quale sia il meccanismo più

¹¹¹ La cui portata, peraltro, esorbita oggi dai soli confini del diritto nazionale. Si veda al proposito l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea secondo il quale "ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo".

adeguato per garantire quell'equilibrata coesistenza, quella relazione integrata cui prima si è fatto riferimento, tra la sede alternativa e quella giurisdizionale. Precisando altresì che, ancora una volta, vista l'eterogeneità degli strumenti in esame, sarà possibile effettuare soltanto considerazioni di ordine generale, rinviando l'analisi delle specifiche soluzioni prospettate a livello positivo (non solo di quelle già in vigore, ma anche di quelle tuttora in fase di progettazione) nel momento in cui verrà effettuata la descrizione dei singoli strumenti giustiziali.

Orbene, quando si parla di rapporto tra tutela alternativa e giurisdizionale si usa far riferimento in particolare a due piani, strettamente connessi tra loro, che sintetizzano al massimo la problematicità del rapporto medesimo.

Il primo è a monte del percorso stragiudiziale e riguarda il momento di instaurazione della procedura alternativa.

La scelta in merito all'esperimento del rimedio può infatti essere lasciata alle parti, nel qual caso esso sarà facoltativo e quindi in concorrenza con il rimedio giurisdizionale. Oppure la scelta può essere sottratta alle parti ed essere affidata ad una determinazione di tipo legislativo che le obbliga a tentare di risolvere il conflitto in una sede diversa prima di poter rivolgersi al giudice; nel qual caso il rimedio sarà obbligatorio ed il rapporto con la tutela giurisdizionale sarà quindi riconducibile al criterio della pregiudizialità.

Queste due soluzioni si escludono ovviamente l'una con l'altra. Se la prima ha l'indubbio merito di essere perfettamente in linea con il disposto di cui all'art. 24 Cost., la seconda appare più aderente alla realtà, nella misura in cui sembra farsi carico di due problemi: sotto il profilo istituzionale, il problema del sovraffollamento delle aule giudiziarie, che potrebbe risultare attenuato attraverso l'introduzione di "un'occasione obbligatoria" di composizione stragiudiziale del conflitto, specie se di natura pubblicistica; sotto il profilo individuale, il problema del contenimento di un fenomeno particolarmente diffuso nelle società contemporanee all'interno delle quali, come già visto, i rapporti di forza tra le parti di un conflitto sono spesso squilibrati. Si fa riferimento ai frequenti abusi dello strumento processuale tanto meno tollerabili se perpetrati dalla parte che, trovandosi in una posizione privilegiata, è agevolmente indotta a speculare sui tempi di conclusione del giudizio.

Ciò induce a ritenere, perlomeno in una fase di prima sperimentazione nella sistematizzazione del ricorso alle tecniche stragiudiziali di composizione dei conflitti (di “vecchia” e di “nuova generazione”), preferibile la seconda soluzione¹¹². Tale preferenza, confortata

¹¹² Diverso è stato l'approccio della dottrina statunitense che ha preferito sostenere, nella fase iniziale del ricorso alle tecniche alternative, la volontarietà della procedura (F.E.A. SANDER, *Alternative Methods...*, cit., p. 15), rinviando l'introduzione della obbligatorietà al momento in cui le particolarità (e la riuscita) delle nuove tecniche erano sufficientemente emerse.

Sotto questo profilo, può essere interessante uno sguardo a quanto accade, con riferimento alle sole controversie amministrative, in altri Paesi dell'Europa continentale, ove l'idea dell'esistenza di filtri alla giurisdizione sembra ricorrente. In Germania, nonostante le notevoli diffidenze verso ogni forma di sindacato sull'attività dell'amministrazione non esercitata da un vero e proprio giudice, la pregiudizialità è la regola: in base a quanto stabilito dall'art. 68, c.1, VwGO, prima di poter adire il giudice, il ricorrente deve infatti promuovere un procedimento amministrativo di opposizione (*widerspruch*). In Austria, ai sensi della l. 51/1991, come modificata dalla l. 65/2002, è addirittura filtrata la stessa tutela amministrativa, nel senso che il ricorrente, prima di poter presentare il ricorso amministrativo vero e proprio (necessario, peraltro, per poter successivamente rivolgersi al giudice), è obbligato a presentare un reclamo alla stessa autorità che ha adottato l'atto che egli intende impugnare, essendo legittimato a proseguire la via del ricorso amministrativo soltanto nel caso in cui questa lo confermi. Anche in Spagna la pregiudizialità del rimedio amministrativo è un meccanismo diffuso; la l. 30/1992, così come modificata dalla l. 4/1999, prevede la necessaria presentazione, a seconda del caso, di un *recurso de alzada* o di un *recurso extraordinario de revisión* prima di poter accedere alla tutela giurisdizionale. Da segnalare inoltre la recente attenzione dell'ordinamento spagnolo nei confronti dei rimedi stragiudiziali a carattere privatistico, in particolare transazione e arbitrato, sebbene ancora non si registrino ipotesi di giurisdizione condizionata (sul punto, v. A. HUERGO LORA, *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo*, Bologna, Publicaciones del Real Colegio de España, 2000). Diversa è l'esperienza francese ancora fortemente caratterizzata dalla facoltatività della presentazione del ricorso amministrativo, senza alcuna differenza tra il *recours gracieux, hiérarchique* o *de tutelle*. Anche in Francia, comunque, stanno aumentando le ipotesi di previo svolgimento della via amministrativa (*recours administratif préalable*) mentre è particolarmente diffusa, nelle controversie di natura privatistica, l'instaurazione di una procedura di conciliazione o arbitrato (Conseil d'Etat (a cura di), *Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, Paris, La Documentation française, 1993).

Per un approfondimento di questi aspetti si rinvia a A. MASUCCI, *Primi appunti per una discussione sulla “giustizia nell'amministrazione” in Italia*, in Presidenza del Consiglio dei Ministri..., cit., p. 53 e ss., che tratta in particolare dei filtri precontenziosi inseriti nell'ambito del procedimento amministrativo, oltre che a G. RECCHIA, *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, in G. SANTANIELLO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, vol. XXV, 1996, e a M. GIOVANNINI, *Ricorsi amministrativi*, singole voci in L. PEGORARO, S. BAGNI, G. PAVANI (a cura di), *Glossario di amministrazione locale comparata*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 133 e ss.

dalle considerazioni in punto di fatto appena espresse, è peraltro ancorata all'orientamento della giurisprudenza costituzionale in tema di limiti all'esercizio del diritto di azione¹¹³ e, in particolare, di giurisdizione condizionata¹¹⁴.

L'orientamento più risalente nel tempo è infatti caratterizzato da un esplicito favore per le ipotesi di giurisdizione condizionata, motivato da considerazioni dirette ad evidenziare che l'art. 24 Cost., pur riconoscendo l'indefettibilità del diritto di azione, non presuppone l'assoluta immediatezza del suo esercizio; con la conseguente legittimità del suo differimento nel caso in cui esso risulti giustificato da ragioni "di sistema", cioè connesse da un lato all'esigenza di rispettare il principio di economia processuale (economia di spesa e di giudizi) e, dall'altro, all'esigenza di evitare il fenomeno dell'abuso del processo¹¹⁵.

Negli anni più recenti, si è invece affermato un diverso indirizzo della Corte che, forse in omaggio alla giurisprudenza passata, è giunta a non escludere a livello teorico le finalità superiori o di carattere generale (in realtà mai definite con apprezzabili margini di precisione¹¹⁶) che portano a giustificare la sussistenza di filtri alla tutela giu-

¹¹³ Sui quali, tra gli altri, G. SCARSELLI, *Limiti al diritto di azione e interventi della Corte costituzionale nel processo civile*, nota a Corte cost., 1 luglio 1986, n. 170, in «Foro it.», 1987, I, p. 692 e ss.

¹¹⁴ L'uso di questa espressione in un'accezione particolarmente ristretta, cioè limitata alle ipotesi in cui è la sola azione giudiziaria contro la pubblica amministrazione ad essere subordinata al previo esperimento di procedimenti amministrativi contenziosi, si deve a M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa...*, cit., p. 285.

¹¹⁵ Corte cost., 7 luglio 1962, n. 87, in «Giur. cost.», 1962, I, p. 933, Corte cost., 16 giugno 1964, n. 47, in «Foro it.», 1964, I, p. 1334, Corte cost., 27 febbraio 1974, n. 46, in «Foro it.», 1974, I, p. 480, in cui si afferma che l'adempimento di un onere prima dell'instaurazione del processo, lungi dal costituire uno svantaggio per il titolare della pretesa sostanziale, rappresenta il modo di soddisfazione della pretesa più pronto e meno dispendioso. Questo orientamento tuttavia non è andato esente da alcune autorevoli critiche, come quella di C. ESPOSITO, *Sulla tutela giurisdizionale condizionata ai tempestivi ricorsi amministrativi*, nota a Corte cost., 22 giugno 1963, n. 107, in «Giur. cost.», 1963, p. 839.

¹¹⁶ Manifesta perplessità rispetto alla teorica dell'interesse pubblico superiore (generico e dagli incerti confini) quale elemento legittimante l'incisione del diritto di azione L.P. COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione e il processo civile*, Padova, Cedam, 1970, p. 179.

risdizionale, ma al tempo stesso a considerare con severità crescente le fattispecie normative che concretizzano ipotesi di giurisdizione condizionata, arrivando infine a dichiararne espressamente l'incompatibilità con l'art. 24¹¹⁷.

In sostanza, la Corte prende di mira non il principio generale che sottintende la giurisdizione condizionata, bensì il fatto che l'esperimento del rimedio stragiudiziale è di frequente sottoposto ad un rigido termine di decadenza, scaduto il quale senza che vi sia stata alcuna attivazione da parte del ricorrente, questi perde definitivamente il diritto di rivolgersi al giudice. La pregiudizialità del rimedio alternativo è in altri termini configurata quale condizione di proponibilità o ammissibilità della stessa azione giurisdizionale, le cui sorti vengono dunque condizionate dalle modalità di esperimento preventivo dei mezzi di tutela alternativa. È questo l'aspetto che si pone in evidente contrasto con l'art. 24 il quale, al contrario, non tollera subordinazioni in tal senso.

Laddove invece la pregiudizialità sia configurata quale condizione di mera procedibilità dell'azione giurisdizionale, la subordinazione di cui sopra non si realizza, in quanto l'eventuale decorso del termine di presentazione del rimedio amministrativo non comporta in capo al soggetto la perdita del diritto d'azione, il cui esercizio viene semplicemente differito nel tempo. Con la conseguenza che, così reinterpretate, le ipotesi di giurisdizione condizionata risultano del tutto compatibili con l'assetto costituzionale ed anzi rappresentano la soluzione più equilibrata in ordine alla ricerca di un giusto temperamento tra l'esigenza di garantire il diritto d'azione e l'esigenza di evitarne l'abuso e la conseguente paralisi delle aule giurisdizionali¹¹⁸.

¹¹⁷ Corte cost., 11 dicembre 1989, n. 530, in «Giur. cost.», 1989, I, p. 2413, Corte cost., 18 gennaio 1991, n. 15, in «Foro it.», 1991, I, p. 1363, Corte cost., 23 novembre 1993, n. 406, in «Foro it.», 1993, p. 3214, Corte cost., 12 dicembre 1996, n. 31, «Foro it.», 1996, I, p. 1534, Corte cost., 23 aprile 1998, n. 132, in «Foro it.», 1998, p. 1347.

¹¹⁸ Questo è l'orientamento che attualmente prevale a livello giurisprudenziale. La Corte cost., 6 luglio 2000, n. 276, in «Giur. cost.», 2000, in part. p. 2158, in tema di controversie di lavoro, afferma che «il tentativo obbligatorio di conciliazione tende a soddisfare l'interesse generale sotto un duplice profilo: da un lato, evitando che l'aumento delle controversie attribuite al giudice ordinario in materia di lavoro provochi un sovraccarico dell'apparato giudiziario, con conseguenti difficoltà per il suo funzionamento; dall'altro, favorendo la composizione della lite, che assicura

A patto che (e questo è un aspetto essenziale) gli strumenti giustiziali vengano strutturati nel rispetto dei requisiti in precedenza individuati; soltanto in questo modo il differimento dell'esercizio del diritto d'azione non si traduce in una limitazione (che in questo caso assumerebbe l'altrettanto illegittima forma dell'aggravamento) della posizione di chi intenda tutelare i propri diritti.

Meno problematico è il secondo piano del rapporto tra tutela alternativa e giurisdizionale, quello che riguarda l'area del gravame giudiziario delle pronunce "alternative", siano queste atti di tipo provvedimentale (la decisione di un ricorso) o atti in qualche modo riconducibili all'autonomia negoziale delle parti (il verbale di conciliazione). È meno problematico in quanto, una volta riconosciuta la stretta e necessaria connessione tra il momento stragiudiziale e quello giurisdizionale non sussiste dubbio alcuno in merito alla possibilità di impugnare in sede giurisdizionale l'atto che definisce il procedimento alternativo. Altrimenti, e nuovamente, si uscirebbe dall'ambito di ciò che è consentito a livello costituzionale e di ciò che è auspicabile in ordine ad un effettivo ampliamento delle possibilità di tutela del cittadino¹¹⁹.

alle situazioni sostanziali un soddisfacimento più immediato rispetto a quella conseguita attraverso il processo". Si veda inoltre Corte cost., 4 marzo 1992, n. 82, in «Foro it.», 1992, I, p. 1023; per un'anticipazione, Corte cost., 12 luglio 1979, n. 93, in «Foro it.», 1979, I, p. 2539, già accolta con favore da una parte della dottrina tra cui L.P. COMOLIO, *Art. 24*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1981, p. 37. Concorde anche M.P. CHITI, *L'effettività della tutela...*, cit., p. 553, che sostiene l'estensione dei principi fissati dalla giurisprudenza costituzionale in riferimento alle varie forme di ricorso amministrativo anche alle "possibili nuove forme di contenzioso amministrativo, espressioni della amministrazione giustiziale".

Anche il legislatore sembra essersi adeguato a quanto stabilito dalla Corte; ad esempio, l'art. 65, c. 2, del d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche) che, riprendendo quanto già in precedenza disposto dall'art. 69 d. lgs. n. 29 del 1993 in tema di tentativo obbligatorio di conciliazione, stabilisce che "la domanda giudiziale diventa procedibile trascorsi novanta giorni dalla promozione del tentativo di conciliazione".

¹¹⁹ Ciò dipende, peraltro, dalla obbligatorietà del procedimento alternativo. E infatti, tanto per fare un esempio, negli ordinamenti di *common law*, ove l'affermazione degli strumenti stragiudiziali – per ragioni che non possono in questa sede essere richiamate (se ne ricorda una soltanto, gli alti costi dell'azione giurisdizionale) – si è realizzata a prescindere dall'obbligatorietà dell'instaurazione della procedura e ove prevale, quindi, il modello della consensualità, di norma sussistono forti limitazioni all'impugnazione, giustificate appunto dalla iniziale libertà di scelta riconosciuta alle parti. Sul punto, si rinvia a Av.Vv., *The Paths of Civil Litigation...*, cit., p. 1857.

Detto ciò, è necessario rilevare che il regime giuridico del sistema impugnatorio degli atti che definiscono i procedimenti giustiziali non può prescindere dalla natura di questi, così come dalla natura dell'atto deriva, in assenza di esplicite deroghe, la determinazione del giudice, ordinario o amministrativo, cui l'ordinamento attribuisce la relativa giurisdizione.

Con una precisazione in ordine all'individuazione di eventuali limiti concernenti il diritto di impugnare o al più la sua estensione. Laddove, in effetti, un elemento in comune tra le diverse tipologie di gravame può essere individuato nel fatto che di limiti è possibile parlare non in senso assoluto e comunque a patto che la via stragiudiziale, qualunque sia la natura dell'atto che la conclude, sia equiparabile al processo dal punto di vista delle garanzie strutturali e delle utilità conseguibili. In altre parole, tanto più è garantita la via alternativa, tanto più giustificata può apparire un'eventuale compressione del diritto di ricorrere in sede giurisdizionale contro l'assetto degli interessi così come stragiudizialmente definito¹²⁰.

9. *Le diverse forme di manifestazione della funzione giustiziale*

Una volta individuate le ragioni che impongono lo svolgimento di funzioni giustiziali e le caratteristiche che connotano l'organizzazione dei soggetti a ciò deputati, si tratta di capire in quali forme si manifesti l'attività giustiziale; in buona sostanza, a quali categorie giuridiche siano riconducibili gli atti che ne rappresentano l'esercizio.

¹²⁰ Basti pensare, per comprendere meglio quanto affermato e con riferimento alla sola attività giustiziale a contenuto provvedimentale, all'eventualità di limitare l'impugnazione degli atti giustiziali delle autorità indipendenti innanzi al solo Consiglio di Stato; naturalmente sul presupposto, sul quale sembra oggi concordare la migliore dottrina (ad esempio, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia...*, cit., p. 108) che l'art. 125, c. 2, Cost. non impone il principio del doppio grado nella giurisdizione amministrativa. O, ancora, alle forti limitazioni che sussistono con riferimento agli atti che definiscono il ricorso straordinario al Capo dello Stato; limitazioni che derivano dal regime dell'alternatività rispetto al ricorso giurisdizionale amministrativo e dal fatto che il primo è strutturato in tutto e per tutto sulla falsariga del secondo. Si tratta, comunque sia, di ipotesi del tutto eccezionali.

Si è più volte fatto riferimento all'estrema eterogeneità che caratterizza gli strumenti dell'amministrazione giustiziale. Nel confermare quanto affermato, è tuttavia possibile procedere ad una classificazione di tali strumenti a seconda che essi appartengano a due distinte categorie; meglio, a seconda che essi manifestino la funzione cui sono preposti attraverso due differenti tipologie di atto.

Innanzitutto quella dell'atto amministrativo, ampiamente utilizzata in precedenza per descrivere le funzioni giustiziali già esercitate dalle pubbliche amministrazioni. Del resto, per riproporre oggi il tema dell'amministrazione giustiziale e collocarlo nell'ambito del fenomeno della risoluzione alternativa delle controversie, non si poteva che partire dall'analisi di vizi e virtù dei "momenti" contenziosi già esistenti all'interno del nostro ordinamento.

Orbene, vi è ancora oggi una parte consistente di attività giustiziale delle pubbliche amministrazioni che passa attraverso l'emana-zione di veri e propri atti amministrativi, definiti decisioni; cioè di atti che, risolvendo un conflitto, sono assimilabili alla sentenza dal punto di vista sostanziale, ma che ciononostante si pongono, dal punto di vista formale, in rapporto di specie a genere rispetto agli altri atti dell'amministrazione e perciò devono essere considerati amministrativi in senso proprio¹²¹. In tal modo conservando, seppur con le differenze che in seguito verranno specificate, il regime ordinario previsto per l'impugnazione degli atti amministrativi. Si tratta evidentemente di attività giustiziale riconducibile al tradizionale sistema dei ricorsi amministrativi, dei quali, tuttavia, diviene necessario ridefinire le singole tipologie ed individuare quelle compatibili con il modello ed i caratteri propri di una moderna amministrazione giustiziale.

L'ambito del ricorso amministrativo rappresenta dunque una parte consistente della funzione in esame.

Tuttavia, non bisogna dimenticare che questo tipo di attività, avendo ad oggetto un provvedimento amministrativo e manifestandosi attraverso forme provvedimentali, è necessariamente legato ad

¹²¹ Sulla possibilità, tuttora dibattuta, di assimilare sotto il profilo sostanziale la decisione amministrativa alla sentenza, si rinvia a quanto in precedenza rilevato.

una concezione autoritativa del pubblico potere. Laddove invece, nel “modo di amministrare”¹²² dell’amministrazione contemporanea il momento dell’imposizione unilaterale della volontà pubblica ha progressivamente ceduto il passo ad istanze di tipo paritario, dirette ad indirizzare l’esercizio del potere verso la ricerca del consenso dei destinatari e dunque verso l’adozione di modelli variamente riconducibili agli schemi dell’autonomia e del sinallagma negoziale¹²³. Al punto che è ormai fatto acquisito che “tra la logica della funzione amministrativa e quella del contratto non vi [sia] la sostanziale incompatibilità che era invece ravvisabile tra la seconda e l’idea della necessaria supremazia dell’amministrazione nel suo agire pubblicistico”¹²⁴.

A dire il vero, ragionare in termini di compatibilità può rivelarsi fuorviante, dal momento che oggi risulta particolarmente accreditato in dottrina il convincimento che lo strumento negoziale, a differenza dell’atto di imperio, in molti casi consenta all’amministrazione di soddisfare con maggior efficacia l’interesse che la legge le attribuisce¹²⁵; o quantomeno possa risultare più vantaggioso per le parti, per esempio in termini di riduzione del formalismo o maggior trasparenza nell’attribuzione delle responsabilità¹²⁶.

¹²² Per dirla con M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere...*, cit., p. 126.

¹²³ Significative, anche se forse non pienamente corrispondenti alla realtà attuale, sono al riguardo le parole di U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione...*, cit., p. 210, che nel 1984 rilevava che l’attività provvedimentale della pubblica amministrazione non rappresenta che “una piccola parte dell’azione amministrativa”.

¹²⁴ Le parole sono di E. BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblici*, voce in *Enc. Dir., ag-giorn.*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 2.

¹²⁵ Sul punto V. CERULLI IRELLI, *Diritto amministrativo e diritto comune: principi e problemi*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, Padova, Cedam, 1998, p. 566 e ss.. Di orientamento diverso è, tra gli altri, F. LEDDA, *Dell’autorità e del consenso nel diritto dell’amministrazione pubblica*, in «Foro amm.», 1997, p. 1273 e ss., che manifestando perplessità sulla consistenza effettiva del fenomeno ricorda come questo processo non sia comunque esente da rischi ed incertezze.

¹²⁶ F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell’amministrazione pubblica*, in «Dir. amm.», 2004, p. 689. Più cauto G. NAPOLITANO, *L’attività amministrativa e il diritto privato*, in «G.d.a.», 2005, p. 484, che indica la possibilità di subordinare la prevalenza del diritto privato ad un’analisi concreta del rapporto costi-benefici da cui poter derivare i vantaggi in termini di efficienza e garanzia e senza che ne risulti alla fine frustrato l’interesse pubblico generale.

Ebbene, ciò rileva ai presenti fini in quanto la funzione amministrativa o il suo atteggiarsi si ripercuote inevitabilmente sulla configurazione dei rimedi che l'ordinamento mette a disposizione del singolo per tutelarsi nei confronti dell'esercizio della funzione medesima. Così, la crescita degli spazi di ricerca del consenso e di mediazione degli interessi comporta la crescita quantitativa delle ipotesi in cui il rapporto tra l'amministrazione e il privato è di tipo tendenzialmente paritario, in quanto di mediazione può parlarsi a patto che i soggetti siano entrambi in grado, seppur in misura differente, di influire sulla scelta finale. Con inevitabili riflessi sul regime giuridico che governa tali ipotesi convenzionali, a cominciare dalla estensione dell'ambito di operatività del diritto soggettivo; meglio, dell'ambito di operatività di una situazione giuridica soggettiva che forse non può dirsi compiutamente diritto ma che di certo non è più interesse legittimo. In rapporto alla quale, pertanto, non possono più ritenersi sussistenti quei vincoli sintetizzati tradizionalmente nel dogma della indisponibilità dell'interesse legittimo¹²⁷. Ammesso – ma sul punto si tornerà – che la nuova configurazione del rapporto tra il cittadino e il potere pubblico non consenta addirittura il superamento di tali vincoli.

Il fenomeno richiamato può dirsi pressoché irreversibile nonostante, sul punto, il principio sancito dall'art. 1, c. 1 bis, della l. 241/1990 sia meno radicale delle versioni inizialmente ipotizzate¹²⁸

¹²⁷ Secondo l'orientamento tradizionale, infatti, le questioni riguardanti l'esercizio della funzione amministrativa (*rectius*, del potere amministrativo inteso in senso tradizionale), avendo sempre ad oggetto una situazione giuridica qualificabile in termini di interesse legittimo, non rientrano nell'area dei diritti disponibili. Sul punto si tornerà nell'analizzare la possibilità di devolvere la risoluzione di alcune controversie ad un collegio arbitrale in particolare di G. CAIA, *Arbitrati e modelli...*, cit., p. 112 e di L. ACQUARONE, C. MIGNONE, *Arbitrato...*, cit., p. 370.

¹²⁸ Per esempio, l'art. 106 del testo di riforma della Costituzione presentato dalla Commissione Bicamerale prevedeva che le amministrazioni “salvi i casi previsti dalla legge per ragioni di interesse pubblico, agiscono in base alle norme di diritto privato”. Ancora: l'art. 1 del d.d.l. recante “Modifiche e integrazioni della legge 7 agosto 1990, n. 241”, nel testo approvato dal Consiglio dei Ministri del 7 marzo 2002, prevedeva che “per la realizzazione dei propri fini istituzionali le amministrazioni pubbliche agiscono utilizzando strumenti del diritto pubblico o privato” (per un commento V. CERULLI IRELLI, *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione*, in «Giust. amm.», 2002, p. 245 e ss.); l'art. 2 del d.d.l.

e di non univoca interpretazione. Il problema principale consiste nella perimetrazione della estensione della norma effettuata alla luce dell'autoritatività degli atti posti in essere dall'amministrazione; carattere in merito al quale la dottrina è significativamente divisa tra chi ne offre una lettura estesa a tutti i provvedimenti e agli accordi amministrativi e chi invece ne limita la portata all'attività provvedimentale (a volte soltanto a quella di natura restrittiva)¹²⁹.

Il problema è rilevante perché all'ampliamento dell'area dei rapporti consensuali non è ancora seguita l'individuazione dei rimedi che abbiano ad oggetto tali rapporti¹³⁰. Se invece si tiene a mente quanto in precedenza affermato con riferimento alle esigenze di giustizia sostanziale che sottendono l'introduzione di strumenti alternativi di tutela, emerge chiaramente la necessità di prevedere rimedi stragiudiziali che, trovando la propria ragione nell'elemento consensualistico, siano meglio in grado di relazionarsi ad un agire amministrativo incentrato sul consenso.

Si tratta dunque di verificare se, accanto agli strumenti alternativi riconducibili all'ambito tradizionale dei ricorsi amministrativi ed utilizzabili ogni qual volta sia in discussione l'avvenuto esercizio

n. 6844, approvato dalla Camera il 25 ottobre 2002, disponeva che "salvi i casi di poteri amministrativi espressamente conferiti da leggi o da regolamenti, le amministrazioni pubbliche agiscono secondo le norme del diritto privato...". Insomma, è chiaro che la norma – strada facendo – ha perso "carattere" e, come sottolineato in dottrina (F. MASTRAGOSTINO, *La riforma del procedimento amministrativo e i contratti della P.A.*, Relazione tenuta al Congresso Giuridico per l'Aggiornamento forense del Consiglio Nazionale Forense, Roma, 28-30 giugno 2006, in www.lexitalia.it) nella sua versione originaria avrebbe avuto "ben altro effetto". Per una lettura "a caldo" della nuova formulazione si veda F. TRIMARCHI BANFI, *L'art. 1 comma 1 bis della l. n. 241 del 1990*, in «Foro amm.-C.d.S.», 2005, p. 947, che in particolare segnala i molti problemi applicativi derivanti dall'utilizzo della nozione di autoritatività, come noto non generalmente condivisa. Sulla nuova disciplina si rinvia a V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, Jovene, 2006.

¹²⁹ Sul punto G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale...*, cit., pp. 72-73.

¹³⁰ M. DUGATO, *La riduzione della sfera pubblica?*, in «Dir. amm.», 2002, p. 179, nell'affermare che la risposta dell'ordinamento al complicarsi dei rapporti intersoggettivi "non muove nella direzione dell'arretramento complessivo del pubblico, bensì in quella del progressivo recupero del consenso" dei destinatari, segnala la necessità di predisporre strumenti a ciò adeguati.

di un potere autoritativo in senso tradizionale, possono essere collocati – a livello, per così dire, speculare – gli strumenti alternativi riconducibili all'autonomia negoziale delle parti ed utilizzabili ogni qual volta sia invece in discussione l'avvenuto esercizio di un potere amministrativo che rispecchia un rapporto di tipo paritetico. Le procedure di conciliazione innanzitutto, ma anche quelle di arbitrato, già ampiamente previste dal legislatore e il cui utilizzo deve essere verificato non più soltanto con riferimento alle controversie tra soggetti privati, ma anche con riferimento alle controversie amministrative, cioè caratterizzate dalla presenza di un'amministrazione in qualità di parte.

Questo quadro, volutamente stilizzato a fini descrittivi, è comunque consapevole di quanto nella realtà concreta siano complesse le interazioni tra l'ambito del diritto pubblico (con i suoi strumenti) e quello del diritto privato (con i suoi strumenti). Per esempio, se da un lato la distinzione è meno complessa in presenza di un'attività dichiaratamente contrattuale nei confronti della quale, nei limiti che saranno in seguito definiti, non sembrano sussistere particolari difficoltà ad ipotizzare l'utilizzo di una procedura di conciliazione; dall'altro, le difficoltà nel determinare il rimedio stragiudiziale applicabile aumentano quando si è in presenza di un'attività che non è né contrattuale, né limpidamente autoritativa, con tutto ciò che ne deriva in termini di incertezza sulla qualificazione della natura del potere e delle posizioni giuridiche soggettive cui questo si relaziona. Questo problema, del resto, non è nuovo. Basti pensare alle incertezze interpretative che hanno portato il legislatore ad ampliare le ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, addirittura al di fuori del dettato costituzionale, come la Corte ha affermato con la sentenza 204/2004.

La dottrina più recente individua le ragioni di tale complessità nel superamento della "grande dicotomia", cioè nella manifesta (im)possibilità di tracciare una chiara linea di distinzione tra l'ambito pubblicistico e privatistico. Secondo questo orientamento, l'attuale esperienza giuridica è caratterizzata dalla "fungibilità tra pubblico e privato" e dunque incentrata sulla necessaria "individuazione dei criteri di scelta e sulle tecniche di scambio", data la capacità del diritto privato di penetrare "nella parte centrale del diritto ammini-

strativo, dando luogo a trasformazioni ben più significative di quelle determinate dall'apprensione delle sue zone periferiche"¹³¹.

Un esempio concreto di questa sovrapposizione tra ambiti e strumenti di tutela è offerto dall'analisi dei poteri giustiziali attribuiti all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. Come in seguito si vedrà, questi poteri sono configurati secondo un modello sequenziale che prevede la possibile instaurazione di un ricorso amministrativo in seguito al fallimento di una procedura di conciliazione. Due rimedi giuridici di natura diversa si trovano dunque a poter coesistere (addirittura) in sequenza tra loro in ragione, tra l'altro, delle difficoltà presenti nel determinare la natura giuridica, amministrativa o privata, del diritto sostanziale al cui interno origina il conflitto. Questo esempio dimostra che la convivenza è possibile e potrebbe in via generale ispirarsi ad un criterio molto pratico. Trattandosi di strumenti con i quali si tutela il proprio interesse reagendo ad un determinato comportamento, sembrerebbe concretamente percorribile la via che affida all'elemento da censurare la determinazione del rimedio utilizzabile: il ricorso amministrativo, se esso avrà veste provvedimentale, la procedura di conciliazione se esso avrà invece veste pattizia.

Quanto ai singoli strumenti a matrice negoziale che dovrebbero affiancare quelli a matrice provvedimentale, non sembra vi siano problemi di ordine dogmatico posto che, ammessa la possibilità di utilizzare il potere discrezionale a fini negoziali¹³², non si vede il

¹³¹ Così si esprime G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 23-24. Sul punto già M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, Giuffrè, 1996.

¹³² Su questo aspetto L. MONTEFERRANTE, *La nuova disciplina degli accordi procedurali: profili di tutela giurisdizionale*, in «Giust. amm.», 2005, p. 667, secondo il quale gli accordi ex art. 11 della l. 241/1990 non realizzano una "negoziante del potere in quanto gli effetti dell'accordo si producono [...] in relazione alla norma attributiva del potere, determinando il completamento della fattispecie normativa astratta" e dunque hanno "carattere essenzialmente normativo e solo indirettamente dispositivo. Con l'accordo non si dispone del potere ma, in un certo senso, della sua fonte, la legge, con l'effetto di modificarne i presupposti di esercizio e di mutare, indirettamente, i caratteri del potere medesimo che da discrezionale diviene vincolato".

motivo per il quale non dovrebbe essere ammessa la negoziabilità degli interessi coinvolti in un conflitto che trova la propria origine nell'esercizio di quel potere (o di un potere ad esso riconducibile) e in relazione al quale la discrezionalità può considerarsi ormai consumata.

Con una precisazione. Le procedure che saranno analizzate, seppur diverse tra loro, sono accomunate da un elemento determinante: dal fatto che vengono gestite o, per utilizzare il termine tecnico, "amministrate" da soggetti pubblici. Ai quali – una volta predisposti a livello organizzativo secondo parametri in grado di garantirne l'indipendenza – l'ordinamento affida il compito di risolvere determinate controversie, comprese quelle in cui è coinvolta un'altra amministrazione pubblica. Si tratta, in definitiva, di procedure che costituiscono esercizio di funzioni giustiziali.

Anche in questi casi esiste infatti un organo amministrativo, tendenzialmente indipendente, che risolve o che, come avviene in alcuni casi, favorisce la risoluzione di un conflitto mediante l'utilizzo di una procedura a carattere contenzioso in grado di garantire un effettivo contraddittorio tra le parti. Il fatto poi che tale procedura si concluda con un verbale di conciliazione o con un lodo arbitrale, cioè con un atto per sua natura assai diverso dalla decisione amministrativa, non cambia i termini della questione.

Infatti, nell'attività giustiziale classica il procedimento si conclude con un atto che sintetizza la volontà del soggetto terzo da cui è posto in essere e che formalmente discende da un'attività di giudizio che si basa sull'applicazione di norme preesistenti; nell'attività giustiziale da ultimo esaminata, invece, il procedimento si conclude con un atto che, con il contributo più o meno esteso del soggetto terzo, viene assunto come soluzione adeguata da entrambe le parti in conflitto. La volontà delle parti assume pertanto un rilievo

Per un'indagine sul livello di operatività e diffusione degli strumenti negoziali L. ZANETTI, *Gli accordi amministrativi previsti dalla legge n. 241 alla prova dei fatti: l'affermarsi della negozialità del potere pubblico*, in G. ARENA, C. MARZUOLI, E. ROZO ACUÑA (a cura di), *La legge n. 241/1990: fu vera gloria? Una riflessione critica a dieci anni dall'entrata in vigore*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2001, p. 355.

determinante ai fini della composizione del conflitto e ciò spiega il motivo per il quale l'atto finale non possa essere propriamente qualificato in termini di giudizio.

Resta comunque difficile accomunare l'ipotesi della conciliazione (dei diversi tipi di conciliazione), ove la volontà coincide con la soluzione prospettata dal soggetto terzo, a quella dell'arbitrato (anche amministrato) in cui l'elemento della volontà è circoscritto al momento antecedente il giudizio finale, condizionandolo soltanto in via indiretta¹³³. Tuttavia, il dato che rileva e che consente di ascrivere all'ambito giustiziale tutte le ipotesi ad esito, per così dire, variamente negoziato, non è la natura dell'atto che pone termine alla disputa ma il fatto che si è in presenza di un pubblico potere che, in conformità al proprio assetto organizzativo, esercita un'attività indirizzata ad assicurare la composizione stragiudiziale di una controversia.

¹³³ Questa difficoltà consente di chiarire il significato di una scelta di metodo i cui contorni saranno in seguito meglio definiti. La fedeltà al "tracciato giustiziale" è la ragione per la quale, nell'economia del presente lavoro, si preferisce non indugiare sulla disciplina generale dell'arbitrato nelle controversie con le pubbliche amministrazioni, se non negli aspetti in cui l'analisi di tale disciplina è strumentale ad una maggiore comprensione degli argomenti prescelti. Il tema è in effetti complesso e ampiamente (ri)studiato anche in seguito all'introduzione dell'art. 6, c. 2, l. 205/2000. Per di più, da un recente lavoro (A. PAJNO, *Arbitrato nelle controversie amministrative*, voce in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2006) emerge un dato difficilmente confutabile e perciò determinante ai fini della presente scelta: l'arbitrato nelle controversie con la pubblica amministrazione ha progressivamente perso i tratti di specialità che inizialmente ne avevano suggerito la configurazione in termini pubblicistici, ed è stato ricondotto nell'alveo del diritto comune. Ciò non solo consente di marcare la differenza rispetto al *focus* qui prescelto, ma soprattutto ne impone una trattazione unitaria condotta all'insegna delle disposizioni del c.p.c. così come di recente novellato dal d.lgs. 40/2006. In definitiva, si tratta di un'altra storia.

PARTE SECONDA

**GLI STRUMENTI DELL'AMMINISTRAZIONE GIUSTIZIALE:
DIRITTO POSITIVO E PROSPETTIVE POSSIBILI**

Sezione I

La risoluzione della controversia con atto amministrativo

CAPITOLO I

IL RICORSO AMMINISTRATIVO ORDINARIO

1. *Il ricorso gerarchico proprio. Cenni generali*

Nell'analizzare le differenti tipologie di strumenti che concretizzano la propria appartenenza all'ambito giustiziale risolvendo un conflitto mediante l'adozione di un provvedimento amministrativo, sembra opportuno partire dalle fattispecie classiche di ricorso amministrativo¹. Innanzitutto dal ricorso gerarchico di tipo proprio, limitando tuttavia l'esposizione agli aspetti ritenuti più direttamente connessi con la prospettiva qui prescelta.

Come noto, con tale espressione si intende far riferimento a quel rimedio, disciplinato dal d.p.r. n. 1199 del 1971, mediante il quale

¹ Si preferisce tralasciare, in quanto ampiamente nota, l'esegesi della normativa sul ricorso gerarchico, nonché sul rapporto tra la disciplina generale dettata nel 1971 e l'assetto precedente. La dottrina sul punto è infatti molto ampia. Classici sono gli approfondimenti monografici, norma per norma, di G. PALEOLOGO, *La riforma...*, cit., e di A. DE ROBERTO, P.M. TONINI, *I ricorsi...*, cit.. Con particolare attenzione all'interpretazione del d.p.r. in sede giurisprudenziale si segnala A. ROMANO (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 2001, p. 145. Sui ricorsi amministrativi in generale, a livello manualistico, A.M. SANDULLI, *Manuale...*, cit., p. 1201, A. TRAVI, *Lezioni...*, cit., p. 141, L. MAZZAROLLI, *I ricorsi amministrativi*, in Av.Vv. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, Monduzzi, II, 2001, p. 2123, P. VIRGA, *Diritto amministrativo. Atti e ricorsi*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 185, G. FERRARI, *I ricorsi amministrativi*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato...*, cit., p. 4147. Per un approfondimento, A.M. SANDULLI, *Ricorso amministrativo*, voce in *Noviss. Dig. Ital.*, Torino, Utet, 1968, p. 975, L. MIGLIORINI, *Ricorsi amministrativi*, voce in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 684, L. ARCIDIACONO, *Ricorsi amministrativi e Ricorso gerarchico*, voci in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1991, A. TRAVI, *Ricorsi amministrativi e Ricorso gerarchico*, cit., rispettivamente 381 e 394.

il ricorrente impugna un provvedimento amministrativo che ritenga lesivo della propria sfera giuridica innanzi all'autorità immediatamente superiore rispetto a quella che ha adottato il provvedimento medesimo. Ammesso esclusivamente contro provvedimenti non definitivi², è un rimedio di carattere generale, nel senso che può essere attivato anche in mancanza di una specifica previsione normativa. Può essere proposto, entro trenta giorni dall'emanazione del provvedimento, per la tutela sia di diritti soggettivi, sia di interessi legittimi e può contenere censure che riguardano tanto la legittimità quanto il merito del provvedimento impugnato.

² Il concetto di definitività dell'atto amministrativo è strettamente connesso alla tematica del ricorso gerarchico in quanto, di norma, il provvedimento diviene definitivo una volta esperito il ricorso. L'importanza della nozione – come spesso è stato ricordato – è stata fortemente ridimensionata in seguito all'entrata in vigore della l. 1034/1971 che ha riconosciuto la possibilità di chiedere tutela giurisdizionale anche contro atti non definitivi e, dunque, anche senza il previo esperimento del ricorso gerarchico. La vicenda della definitività, ricostruita in origine come momento di correlazione tra l'ordinamento amministrativo e quello generale, rappresentava l'esigenza di garantire l'unitarietà dell'amministrazione; in quest'ottica, soltanto le decisioni rappresentative della volontà ultima dell'amministrazione di vertice potevano essere sottoposte al sindacato giurisdizionale. Oggi questa impostazione non è più condivisibile sia per l'abbandono della pregiudizialità, sia perché, secondo il d.p.r. 1199/1971, la definitività si acquisisce attraverso un ricorso in unico grado all'autorità immediatamente superiore rispetto a quella che ha adottato l'atto. Ecco perché oggi sembra più corretto circoscrivere la vicenda della definitività soltanto sul piano della tutela degli interessi del cittadino e, in particolare, su quello del tipo di tutela amministrativa da questo attivabile, privandola, dunque, di ogni valenza di tipo istituzionale. Posta infatti l'irrilevanza dell'indagine in merito alla definitività del provvedimento con riferimento all'azione giurisdizionale, la questione rileva invece in merito alla scelta del singolo rimedio amministrativo utilizzabile: ricorso gerarchico o in opposizione, nel caso di provvedimento non definitivo (nei limiti, peraltro, che saranno in seguito evidenziati e che riguardano l'operatività in concreto di questi rimedi); ricorso straordinario, nel caso di provvedimento definitivo.

È ancora attuale, pertanto, il tentativo di delimitare il significato della nozione in oggetto. Secondo A. TRAVI, *Provvedimento amministrativo...*, cit., p. 228 (al cui approfondimento si rimanda anche per i numerosi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali), oltre ai casi in cui il ricorso gerarchico si è già concluso (poco importa soffermarsi in questa sede sulle differenze tra l'ipotesi dell'accoglimento, del rigetto o del silenzio-rigetto – su cui, per esempio, Cons. St., sez. V, 13 febbraio 1997, n. 153, in «Cons. St.», 1997, p. 221), esistono altri casi in cui il provvedimento può essere considerato definitivo, pur in assenza di

Sulla carta, l'ambito di tutela è particolarmente esteso e investe – a differenza del ricorso giurisdizionale – tutta l'area concernente l'opportunità della scelta effettuata dall'amministrazione. E infatti il ricorso gerarchico proprio è generalmente classificato quale rimedio a carattere rinnovatorio (contrapponendosi in tal modo ai rimedi soltanto eliminatori o cassatori); in tal modo, l'autorità investita del ricorso non ha soltanto il potere di eliminare il provvedimento impugnato ma anche quello di modificarlo o, eventualmente, di sostituirlo con un nuovo provvedimento. Infine, la proposizione del ricorso gerarchico è facoltativa ma, nel rapporto con il ricorso giurisdizionale, prevale sempre quest'ultimo; ciò comporta che, se proposto prima del ricorso giurisdizionale, diviene improcedibile, dopo, diviene inammissibile.

ricorso gerarchico. Così, vi sono ipotesi di definitività esplicita in cui è la legge a stabilire che un determinato provvedimento è definitivo, come ad esempio quando l'atto è emanato da un'autorità che è priva di superiori gerarchici, oppure quando l'adozione dell'atto è soggetta all'approvazione del superiore gerarchico, ragion per cui appare illogico che questo possa o debba ripronunciarsi sul medesimo atto o, ancora, quando l'atto viene emanato dall'autorità inferiore ma sulla base di una delega dell'organo sovraordinato. Ma vi sono anche ipotesi di cosiddetta definitività implicita che ricorrono, per esempio, in tutti i casi in cui l'autorità gerarchicamente inferiore sia dotata di competenza esclusiva in merito all'adozione dell'atto, pur in assenza di una puntuale ed incontrovertita disposizione normativa.

Ciò sembra confermare la progressiva perdita di centralità del dibattito e del problema della definitività del provvedimento amministrativo. Guardando al passato, sia riguardo al fallimento del ricorso gerarchico proprio quale ultima occasione concessa all'amministrazione per verificare la correttezza del proprio operato, dato che questo profilo è oggi ben compensato dalla partecipazione al procedimento amministrativo così come strutturata dalla legge 241; sia riguardo al fallimento (come in seguito si vedrà) del ricorso in esame quale rimedio schiettamente giustiziale. Inoltre, guardando in prospettiva, se anche l'ordinamento (come sembra possibile e auspicabile) dovesse orientarsi, nel perseguimento di finalità deflattive, verso la reintroduzione di una qualche forma di filtro all'accesso alla tutela giurisdizionale, non sembra che questo passo possa essere fondato sul concetto di definitività. Infatti, l'eventuale pregiudizialità configurata, per esempio, come condizione di procedibilità dell'azione davanti al giudice, è vicenda che riguarda l'introduzione di forme di tutela alternative alla tradizionale tutela offerta in sede giudiziaria; la sua realizzazione, pertanto, appartiene all'ambito delle politiche legislative in tema di rapporto tra forme diverse di tutela, rapporto che può certo prescindere dal riferimento ad una categoria giuridica, per di più superata, propria dell'atto amministrativo.

2. *L'influenza della relazione gerarchica sul regime giuridico del rimedio*

È agevole constatare che l'elemento sul quale poggia la specificità del ricorso in esame è rappresentato dalla relazione di tipo gerarchico sussistente tra l'autorità cui è imputabile l'atto impugnato e quella competente a decidere il ricorso. Come generalmente si afferma, non si tratta di una relazione di gerarchia interna, cioè tra diverse persone appartenenti allo stesso apparato amministrativo, bensì di gerarchia esterna, configurabile quindi tra diversi organi della medesima amministrazione, sia che essi appartengano all'ordinamento statale, sia che essi appartengano all'ordinamento regionale o locale³.

Questo non significa che in concreto sia semplice individuare, laddove esistente, un vero e proprio superiore gerarchico o perlomeno un superiore dotato dei poteri necessari perché sia configurabile un rapporto rilevante ai fini dell'instaurazione del ricorso. Se infatti non sussiste problema con riferimento alla relazione gerarchica in senso stretto (oggi del resto eccezionale), talvolta la sovraordinazione che caratterizza le relazioni gerarchiche in senso lato⁴ può non costituire una base sufficiente per poter utilizzare il rimedio. Ciò deriva dal fatto che la relazione in esame presuppone sempre in capo all'autorità superiore poteri di diversa natura nei confronti dell'autorità inferiore (sostituzione in caso di inerzia, annullamento d'ufficio o revoca in caso di emanazione di atti illegittimi). Poteri che, a loro volta, presuppongono una tendenziale coincidenza nell'ordine legale delle competenze dei diversi organi, la quale, tuttavia, non è sempre esplicitamente prevista dalla legge, con il conseguente spostamento dell'individuazione del superiore gerarchico competente a decidere il ricorso dall'ambito del diritto positivo a quello più incerto dell'interpretazione.

³ Questo aspetto è ad esempio evidenziato da P. VIRGA, *Diritto amministrativo...*, cit., p. 192.

⁴ Per usare una nota classificazione di V. CERULLI IRELLI, *Principii di diritto amministrativo*, I, Torino, Giappichelli, 2005, p. 192.

La relazione gerarchica condiziona del resto pesantemente il regime giuridico del rimedio. L'autorità investita del ricorso ha l'obbligo di risolvere – secondo quanto in precedenza rilevato e in (astratta) conformità all'indole giustiziale del rimedio – la controversia, esercitando il relativo potere mediante il compimento di atti che in teoria sono già compresi nelle sue competenze. Ciò significa che il fondamento di questo potere risiede nella sussistenza della relazione gerarchica⁵; nell'accezione esclusiva di tale sussistenza, nel senso che appare scorretto configurare l'esperibilità del rimedio in assenza di questa imprescindibile condizione. La gerarchia opera dunque come limite all'utilizzabilità del ricorso, benché all'inizio degli anni Novanta la giurisprudenza amministrativa, nel tentativo di frenarne la marginalizzazione, abbia adottato un'accezione particolarmente estesa di gerarchia, coincidente in sostanza con l'idea di una semplice sovraordinazione dell'autorità superiore⁶.

Questo orientamento non sembra peraltro condivisibile se si osservano, pur brevemente, alcuni dei tratti che caratterizzano la disciplina del ricorso.

Per esempio, esso è strutturato in forme assai semplici, sul presupposto, comune agli strumenti alternativi di tutela, che la semplicità formale e la limitazione quantitativa degli adempimenti a carico del ricorrente vada incontro alle esigenze di giustizia sostanziale che tali strumenti intendono soddisfare. Orbene, l'art. 2, c. 3, del d.p.r. 1199/1971, prevede che, in caso di presentazione del ricorso ad un organo diverso rispetto a quello competente a decidere ma appartenente alla stessa amministrazione, il primo è tenuto a trasmettere d'ufficio gli atti al secondo. La norma in esame è senz'altro diretta a garantire la flessibilità del rimedio; al tempo stesso, la sussistenza dell'obbligo (ed, eventualmente, di una qualche forma di responsabilità in caso di violazione) si spiega da un lato, con riferimento ad un generico dovere di collaborazione tra uffici e dall'altro, in base

⁵ Per tutti A TRAVI, *Ricorso gerarchico...*, cit., p. 395.

⁶ Con riferimento al rapporto ministro-dirigente cfr. per esempio Cons. St., comm, sp., 15 dicembre 1993, n. 24, in «Foro amm.», 1995, p. 384. Sul punto, comunque, si tornerà nel § 3.

alla sussistenza di un rapporto gerarchico e non di mera sovraordinazione tra i due organi. Non sembra infatti che le esigenze di semplificazione, pur apprezzabili, possano giustificare alcun obbligo in capo all'organo, subordinato soltanto in via generica, che erroneamente riceve il ricorso.

Ancora. La disciplina del contraddittorio, prevista dall'art. 4, è sicuramente lacunosa rispetto al modello in precedenza indicato e ai principi generalmente accolti per i procedimenti giurisdizionali. Con riferimento a due piani; il primo direttamente connesso con la questione del rapporto gerarchico e dunque rilevante ai fini che in questo momento più interessano. Il secondo, ad essi estraneo, ma decisivo in ordine ad una qualificazione complessiva del rimedio.

Cominciando da quest'ultimo, è d'obbligo il richiamo al problema dei rapporti tra le parti del procedimento e soprattutto a quello dei controinteressati; ai quali il ricorrente non è tenuto a comunicare alcunché. Spetta infatti all'amministrazione decidente il compito di comunicare loro l'avvenuta presentazione del ricorso, affinché essi possano presentare "deduzioni e documenti"⁷; ma al ricorrente non è garantito il diritto di replicare a tali deduzioni. A ciò si aggiunga il fatto che gli argomenti difensivi di ciascuna delle parti non sono diretti alla parte avversa ma esclusivamente all'autorità che decide e che l'esame dei documenti da questa ricevuti rappresentava fino a qualche anno fa una semplice facoltà riconosciuta alle parti⁸.

⁷ Si tratta, secondo un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, di un vero e proprio obbligo in capo all'amministrazione che decide, benché, al di là delle affermazioni generali, sia stato affermato con decisione soltanto riguardo ai diritti del ricorrente e del controinteressato ma non della parte resistente, rappresentata dall'autorità di primo grado; sul punto, per esempio, Cons. St., sez. IV, 3 dicembre 1994, n. 1727, in «Cons. St.», 1994, I, p. 1796.

⁸ Questo indirizzo è sostenuto da Cons. St., sez. IV, 29 febbraio 1972, n. 106, in «Giur. it.», 1973, III, p. 210. Riconosce alle parti il diritto di prendere visione degli atti istruttori senza al tempo stesso ritenere sussistente un dovere in tal senso in capo all'amministrazione che decide Cons. St., sez. IV, 24 ottobre 1980, n. 964, in «Foro amm.», 1981, I, p. 1748. È bene rilevare, peraltro, che oggi la sussistenza di tale diritto può ritenersi pacifica anche in seguito alle disposizioni di cui agli artt. 10 e 24 della l. 241/1990.

Come è evidente, si tratta di radicali differenze rispetto alle regole generali che disciplinano il contraddittorio. Differenze per certi versi giustificate dallo stretto collegamento tra l'autorità decidente e quella di primo grado ma, per altri, sicuramente incompatibili con i principi che governano i moderni procedimenti giuziziali⁹.

Il secondo piano riguarda esclusivamente il rapporto tra l'autorità decidente e quella di primo grado ed è estremamente significativo in merito alla questione della stretta connessione sussistente tra queste due autorità.

Come previsto dall'art. 4, c. 1, l'autorità di primo grado può venire a conoscenza del ricorso presentato soltanto per ragioni di pura contingenza, ad esempio nel caso in cui il ricorrente abbia scelto di indirizzare a questa il proprio ricorso¹⁰. Ciò significa che nel ricorso gerarchico proprio il contraddittorio con l'autorità di primo grado non risulta elemento essenziale. Ed il motivo di tale scelta non può che risiedere nel fatto che la partecipazione al procedimento da parte dell'autorità di primo grado è, in un certo senso, già garantita a livello istituzionale dall'appartenenza di questa

⁹ E infatti A. ROMANO, *Commentario...*, cit., p. 180, parla al proposito di contraddittorio "imperfetto". Meno severo è tuttavia il giudizio riguardo al momento dell'istruttoria procedimentale (cioè, peraltro, rende ancor meno giustificabili le limitazioni sopra rilevate, posto che l'attività istruttoria non può essere considerata fine a se stessa ma assume significato anche nell'ambito dei rapporti e delle possibilità di scambio tra le parti medesime) rispetto al quale – pur in assenza di una specifica disposizione normativa – la migliore dottrina (A. TRAVI, *Ricorsi amministrativi...*, cit., p. 387) già da tempo ritiene applicabili ai ricorsi amministrativi e dunque anche al ricorso gerarchico proprio, il principio dispositivo. In questi termini, l'amministrazione competente a decidere deve attenersi a quanto dedotto dal ricorrente (sul quale però non grava alcun onere della prova) e non può introdurre d'ufficio motivi diversi. Viene in rilievo pertanto la distinzione di derivazione processualistica tra fatti principali (che identificano la domanda e possono essere allegati dal solo ricorrente) e fatti secondari (cioè gli elementi necessari per la prova di tali fatti e rispetto ai quali l'amministrazione decidente gode della più ampia libertà di indagine). In questo modo il ricorrente, all'atto della presentazione del ricorso, delimita la sfera dei poteri dell'autorità decidente; ciò è particolarmente importante affinché l'attività decisoria svolta dall'amministrazione in sede di ricorso amministrativo sia mantenuta all'interno dell'ambito giuziziale e separata in questo modo dall'attività di amministrazione attiva.

¹⁰ Si esprime in questi termini A. TRAVI, *Ricorso gerarchico...*, cit., p. 399.

al medesimo apparato cui appartiene l'autorità che decide. In definitiva, dall'essere entrambe legate da una relazione gerarchica in senso proprio¹¹.

Analoghe considerazioni devono essere fatte con riguardo al momento decisorio e in particolare ai suoi contenuti. Non si ritiene comunque necessario soffermarsi in questa sede sulle svariate tipologie che può assumere, dal punto di vista contenutistico, la decisione finale. Sia consentito pertanto il solo riferimento al carattere rinnovatorio del ricorso gerarchico proprio e quindi alle decisioni che di tale carattere sono l'esplicita manifestazione.

Come già affermato, il ricorso ha carattere rinnovatorio se all'autorità decidente è attribuito non soltanto il potere di annullare il provvedimento impugnato, ma anche il potere di modificarlo o sostituirlo con un altro provvedimento. Questo profilo è strettamente connesso con l'aspetto relativo al tipo di sindacato esercitabile sull'atto; e infatti, di norma, i ricorsi rinnovatori consentono anche la proposizione di censure relative al merito del provvedimento¹². Se così stanno le cose, affinché sia possibile riconoscere in capo all'autorità decidente il potere di riformare l'originario provvedimento, nonché, se del caso, di sostituirlo con una propria determinazione destinata a regolare i futuri rapporti tra le parti in conflitto, è necessario che tra questa e l'amministrazione di primo grado sussista qualcosa di molto simile alla fungibilità delle competenze. Senza tuttavia presupporre la loro completa identità, essendo al contrario sufficiente che l'autorità decidente sia anche "*dominus della materia*"¹³; cosa che avviene, come generalmente riconosciuto, solo quando i reciproci rapporti tra le diverse amministrazioni sono governati da una relazione

¹¹ Al proposito L. MAZZAROLLI, *I ricorsi...*, cit., p. 2149, rileva che, pur in assenza di un indirizzo giurisprudenziale in tal senso, la norma che prevede la comunicazione del ricorso ai controinteressati dovrebbe essere "estesa anche all'organo che ha adottato il provvedimento impugnato, ogniqualvolta questo e l'autorità decidente appartengano ad enti diversi".

¹² Il che non esclude, secondo A. ROMANO, *Commentario...*, cit., p. 185, che sia ammissibile una decisione di riforma anche nel caso di ricorso per motivi di sola legittimità.

¹³ L'espressione è di A.M. SANDULLI, *Manuale...*, cit., p. 1241.

di tipo gerarchico in senso proprio e non dunque di semplice sovraordinazione¹⁴.

3. *Il superamento della gerarchia?*

Le considerazioni che precedono consentono di evidenziare il nesso sussistente tra il tipo di tutela che il ricorrente può ottenere in sede gerarchica ed il rapporto tra l'autorità decidente e quella che ha adottato il provvedimento impugnato. In particolare, sembra chiaro che i poteri che l'amministrazione esercita in sede di definizione della controversia sono giustificati in tanto in quanto questa sia legata con l'autorità di primo grado da un rapporto di tipo gerarchico.

Cercando di fare chiarezza sull'utilizzo di questa espressione, è bene affermare una volta per tutte che non si intende qui fare riferimento ai soli rapporti che la dottrina in precedenza richiamata qualifica in termini di gerarchia "in senso stretto"; inteso in tale accezione infatti, il modello gerarchico assumerebbe effettivamente carattere eccezionale in quanto proprio esclusivamente delle amministrazioni militari e di quelle che ad esse si ispirano (vigili del fuoco, corpo forestale dello Stato e così via)¹⁵. Se, dunque, questa accezione appare, in base all'esperienza attuale, troppo ristretta perché non tiene conto delle "varie gradazioni" del concetto di gerarchia¹⁶, quella proposta in sede di interpretazione giurisprudenziale, stemperata nell'idea della mera sovraordinazione, appare al tempo stesso troppo ampia e pertanto non utile per una corretta ricostruzione dell'istituto e del suo attuale ambito di operatività.

Si tratta quindi di comprendere che cosa debba intendersi quando si qualifica in termini gerarchici una relazione tra due diversi organi dell'amministrazione. Cioè di capire se tra il modello tradizio-

¹⁴ Nel qual caso appare più corretto l'annullamento del provvedimento ed il rinvio all'autorità competente per la decisione (conforme l'orientamento giurisprudenziale su cui A. ROMANO, *Commentario...*, cit., p. 185).

¹⁵ V. CERULLI IRELLI, *Corso...*, cit., p. 103.

¹⁶ Sottolinea l'impossibilità di ricondurre ad una nozione unitaria il concetto di gerarchia M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1993, p. 315.

nale di gerarchia, cui normalmente viene associata la triade dei poteri di ordine, controllo e coordinamento¹⁷, e quello altrettanto tradizionale di direzione, affermatosi in sede di emanazione del d.p.r. n. 748 del 1972 e al primo in un certo senso contrapposto, in quanto fondato sui poteri di direttiva e di controllo (di diversa intensità, però, rispetto all'ipotesi precedente¹⁸), esista uno spazio intermedio, configurante un modello che non coincide perfettamente con i due precedenti. E la risposta a questo interrogativo è positiva e negativa al tempo stesso: sembra esistere infatti uno spazio intermedio, una zona grigia, all'interno della quale i due modelli entrano in contatto tra loro, combinandosi; ma la realtà non sempre si manifesta secondo schemi riconducibili ad un modello preesistente, ragion per cui, se si pensa in termini di modello generale, tra questi due, *tertium non datur*¹⁹.

Se così stanno le cose, il problema principale consiste allora nell'analizzare come si presenta in concreto la realtà, verificando i poteri che l'autorità superiore può esercitare nei confronti dell'autorità inferiore. Per individuare, al di là delle inevitabili semplificazioni giurisprudenziali²⁰, quali siano i tratti che prevalgono all'interno di questa zona grigia e, di conseguenza, a quale dei due estremi sopra richiamati essa sia riconducibile.

¹⁷ Per tutti, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 312, al quale si rinvia per l'approfondimento delle differenze tra gerarchia e direzione.

¹⁸ Secondo l'insegnamento classico la direzione si differenzia dalla gerarchia in quanto non si basa sul potere di ordine, bensì su quello di direttiva. Mentre l'ordine deve essere eseguito e la verifica concernente la sua esecuzione è di tipo puntuale, la direttiva presuppone invece un adattamento valutativo ad opera dell'autorità subordinata, con la conseguenza che la verifica in merito alla sua esecuzione si arresta ad un giudizio complessivo.

¹⁹ D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, Il Mulino, 2005, p. 252, parla al proposito di "relatività dei modelli e della impossibilità di ricondurre le situazioni concrete all'uno o all'altro". Anche A. MARI, *Amministrazioni destinatarie delle norme sulla dirigenza*, in F. CARINCI, M. D'ANTONA, *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, Commentario*, Milano, Giuffrè, I, 2000, p. 634, al proposito parla di "non modello".

²⁰ Non certo dettate da ignavia ma, quanto ai riflessi sul ricorso gerarchico, rappresentative al contrario della necessità di "salvare" l'unico rimedio giustiziale con il quale è possibile censurare l'attività dell'amministrazione sotto il profilo del merito.

Ciò, nei limiti consentiti dall'economia del presente lavoro e nella consapevolezza di muoversi su un terreno reso più che mai incerto dalle riforme organizzative degli anni Novanta; che hanno visto la stratificazione successiva di numerosi interventi normativi, chiari nei principi ispiratori ma non sempre coerenti, a livello di scelte concrete, con tali principi.

L'assetto è, dunque, ancora in fase di definitivo assestamento. Ciononostante, è possibile rilevare un elemento ormai incontrovertibile: la necessità di tenere fermamente distinta l'analisi del rapporto tra la sfera politica e quella amministrativa dall'analisi del rapporto interno all'ambito dirigenziale. Questo dato, emerso in modo più o meno nitido già nella prima versione del d.lgs. n. 29 del 1993²¹, è stato poi rafforzato dalle successive riforme introdotte ad opera dei d.lgs. n. 396/1997, 80/1998, 387/1998 e definitivamente confermato in sede di emanazione del d.lgs. n. 165 del 2001, così come modificato dalla l. 145/2002 (seppur non con riguardo ai profili che qui interessano).

Quanto al rapporto del primo tipo, il legislatore ha deciso di rovesciare il precedente modello, proponendone uno incentrato sulla distinzione tra funzioni di indirizzo e di controllo, affidate agli organi di governo delle amministrazioni e funzioni di amministrazione e gestione, affidate alla dirigenza²². Questo principio è oggi stabilito espressamente dall'art. 4, c. 1 e 2, del d.lgs. 165/2001; tale articolo, peraltro, oltre ad imputare in capo al dirigente la responsabilità per i risultati nell'attuazione degli indirizzi ricevuti (elemento cruciale nell'ambito delle finalità complessive della riforma) non si limita all'affermazione generica del principio in esame ma introduce da un lato un'elencazione tassativa degli atti qualificabili in termini di indirizzo

²¹ Si veda C. D'ORTA, C. MEOLI, *La riforma della dirigenza pubblica*, Padova, Cedam, 1994, i quali, pur aderendo a chiare lettere alla tesi del superamento della gerarchia a favore della direzione, evidenziano la persistenza di elementi incompatibili non solo con il modello della direzione ma anche con il disegno complessivo della riforma.

²² La letteratura sui modelli dirigenziali è copiosa. Tra i numerosi contributi sia consentito il rinvio a G. SCIULLO, *Modelli di disciplina della dirigenza in Italia e profili della fiduciarietà della nomina*, in «Le Istituzioni del Federalismo», 1998, p. 783 e ss.

e, dall'altro, una definizione piuttosto precisa delle attribuzioni dirigenziali, precludendone lo svolgimento agli organi politici ed ancorando le relative verifiche di responsabilità sia all'attività di gestione, sia all'attività di adozione di atti e provvedimenti amministrativi²³.

Ciò non significa che la distinzione in esame possa essere percepita in termini di netta separazione, dato che ancora oggi sussiste "un'insopprimibile area di sovrapposizione"²⁴ tra le due sfere. Cosa che induce, appunto, a chiedersi quale sia il modello configurato dal legislatore.

Tuttavia, nel ragionare in termini di fattori di prevalenza non si possono non tenere in considerazione alcune modifiche di rilievo apportate dal legislatore in occasione dell'emanazione del d.lgs. 80/1998. Come per esempio quella poi riprodotta nell'art. 14, c. 3, del d.lgs. 165/2001 che, escludendo espressamente i poteri ministeriali di revoca, riforma e avocazione (ancora previsti nell'originaria versione del d.lgs. 29/1993), consente di marcare un confine più netto tra l'ambito politico e quello amministrativo. Ed infatti la dottrina prevalente, facendo leva in particolare su questo elemento, oggi si esprime nel senso del definitivo superamento del modello gerarchico²⁵. Sebbene in realtà il legislatore abbia alla fine scelto per la reintroduzione (conferma?) del potere ministeriale di annullamento

²³ Di grande interesse al proposito le considerazioni di L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, Padova, Cedam, 2000, p. 18, la quale rileva come – nell'ambito dei rapporti tra politica e amministrazione – l'ordinamento stia addirittura passando dal modello organizzativo della direzione a quello dell'autonomia, a ciò indotto dall'evoluzione dei criteri di distribuzione delle responsabilità, che finiscono per "conformare le relazioni sistemiche sia sul piano strutturale, sia sul piano funzionale".

²⁴ Così L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale...*, cit., p. 15, ma anche C. D'ORTA, *Politica e amministrazione*, in F. CARINCI, M. D'ANTONA, *Il lavoro...*, cit., p. 390, che parla al proposito di "distinzione *soft*" ricordando le clausole di chiusura (art. 14, c. 3, sulla nomina ministeriale del commissario *ad acta* in caso di inerzia del dirigente e sul potere di annullamento per motivi di legittimità, potere, quest'ultimo, fortemente criticato dall'Autore) che, seppure di intensità diversa rispetto al passato, continuano a sussistere. Questo aspetto, infine, è segnalato anche da F. MERLONI, *Art. 3*, in A. CORPACI, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Commentario al D.lgs. 29/1993*, in «Le nuove leggi civili commentate», 1999, p. 1085 che sottolinea l'abbandono – ad opera delle successive modifiche al testo originario – del termine "separazione" e l'introduzione del termine "distinzione".

²⁵ Questo orientamento è pressoché indiscusso. Tra gli altri, G. ENDRICI, *Il potere di scelta*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 97.

degli atti del dirigente per motivi di legittimità²⁶; scelta che, in effetti, oltre ad essere infelice in quanto decisamente in contrasto con l'armonia generale della riforma, consegna nelle mani del ministro la miccia del suo fallimento. Basti pensare all'ampiezza dell'annullamento per "motivi di legittimità" e soprattutto alla evanescenza del confine tra il sindacato sull'eccesso di potere e quello sul momento propriamente discrezionale della scelta effettuata dal dirigente²⁷.

Orbene, tirando le fila del discorso fin qui fatto, è necessario chiedersi quali effetti comporti – nell'ambito della configurabilità del rimedio gerarchico – l'introduzione di un modello che presenta, quanto ai rapporti politica/amministrazione, i caratteri prevalenti della direzione; di un modello che, in buona sostanza, interrompe quel nesso di fungibilità funzionale che caratterizza gli ordinari modelli gerarchici. E la risposta è piuttosto semplice: l'acquisizione del carattere della definitività da parte dei provvedimenti adottati dal dirigente.

Se infatti, come accade nelle relazioni caratterizzate dal modello direzionale, le competenze del ministro non comprendono quelle del dirigente; se il primo può esercitare soltanto un potere di direttiva anziché di ordine sul secondo; se, a causa di ciò, il controllo del primo sul secondo si esaurisce nella mera verifica del raggiungimento di un risultato complessivo; tutto ciò significa che è il dirigente e non più il ministro l'autorità di grado più elevato cui spetta l'adozione di un particolare provvedimento. Ora, se quanto sopra corrisponde al vero, allora ne consegue che il provvedimento del dirigente preposto al vertice dell'amministrazione dovrà essere considerato definitivo e che pertanto, contro di esso, non potrà più essere presentato ricorso gerarchico.

²⁶ Potere che, secondo alcuni autori (ad esempio C. D'ORTA, C. MEOLI, *La riforma...*, cit., p. 77), nonostante l'ambiguità del testo precedente, poteva essere considerato come sostanzialmente abrogato.

²⁷ Questo rischio non sembra peraltro smentito dalle considerazioni effettuate, all'indomani dell'approvazione del d.lgs. 80/1998, da Cons. St., ad. gen., 10 giugno 1999, n. 9, consultabile al sito www.giustizia-amministrativa.it, in cui si considera perfettamente legittima (in quanto correlata al disposto di cui all'art. 95, c. 3 Cost.) l'attribuzione di questo potere in capo al ministro, insistendo sulla sua eccezionalità e sul carattere "di chiusura" della norma stessa.

Quanto appena rilevato è oggi sancito dall'art. 16, c. 4, del d.lgs. 165/2001, che, nel confermare una disposizione introdotta dal d.lgs. 80/1998, elimina le ambiguità sul punto ancora presenti nell'originaria formulazione del d.lgs. 29/1993 e successive modifiche²⁸. In conclusione, quanto alla sfera politico-amministrativa ed al rapporto tra ministro e dirigente non vi è più alcuno spazio per il ricorso gerarchico²⁹.

Il discorso cambia con riferimento ai diversi livelli dirigenziali, il cui rapporto, secondo una parte della dottrina³⁰, sembrerebbe ancora ispirarsi al modello gerarchico. Anche in questo caso, a dire il vero, la scelta del legislatore presenta qualche ambiguità. Infatti, l'art. 16, c. 1, del d.lgs. 165/2001 non sembra felicemente formulato, dato che da un lato attribuisce al dirigente generale poteri tipici delle relazioni gerarchiche (si pensi, in particolare, alle lettere d) ed e)); dall'altro non fa mai esplicito riferimento a poteri puntuali di ordine. Anzi, i poteri di cui alla lettera b), la cui specifica collocazione all'interno dell'articolo non appare priva di significato, nonché quelli, ai primi speculari, di cui all'art. 17, c. 1, lettera b), sembrerebbero richiamare i poteri tipici delle relazioni direzionali.

Anche in questo caso si è quindi in presenza di una pluralità di modelli destinati a combinarsi tra loro. Ma qui la valutazione in termini di prevalenza non sembra produrre risultati utili, dato che sussistono elementi a favore tanto della gerarchia quanto della direzione. Specialmente se l'ottica con la quale viene effettuata tale valutazione concerne il problema dell'esperibilità del rimedio gerarchico nei confronti degli atti del dirigente subordinato.

A questo interrogativo non è possibile rispondere in maniera univoca. Invero, è probabile che il legislatore abbia lasciato aperte entrambe le possibilità.

²⁸ Già criticate, del resto, da C. D'ORTA, C. MEOLI, *La riforma...*, cit., pp. 28 e 77.

²⁹ A questo principio, nonostante le oscillazioni in precedenza ricordate, sembra ormai essersi adeguata anche la giurisprudenza del giudice amministrativo; ad esempio, Cons. St., sez. III, 9 giugno 1998, n. 23, in «Cons. St.», 1999, I, p. 1515, nonché Cons. St., parere 30 settembre 1998, n. 1273 (a quanto consta non pubblicata).

³⁰ Così C. D'ORTA, *Politica e amministrazione...*, cit., p. 400.

Vi sono ipotesi in cui il rapporto tra i due livelli dirigenziali assume carattere più marcatamente gerarchico; accanto a queste se ne riscontrano altre in cui la relazione gerarchica resta più sullo sfondo ma è pur tuttavia presente, come nel caso della deconcentrazione, in cui lo spostamento territoriale della funzione non incide sulla sussistenza della relazione gerarchica³¹. Ebbene, in tutte queste ipotesi, gli atti del dirigente subordinato non saranno definitivi e contro di essi sarà proponibile un ricorso gerarchico al dirigente generale.

Ve ne sono altre in cui, al contrario, il dirigente generale si limita a dettare le linee del “progetto”, lasciando al dirigente subordinato il compito di attuarlo nel dettaglio; in queste ipotesi si è quindi in presenza di una relazione direzionale e agli atti del dirigente subordinato dovrà essere attribuito il carattere della definitività, con conseguente impossibilità di una loro impugnazione in sede gerarchica.

Il testo normativo sembra del resto confortare questa interpretazione. Infatti, l'art. 16, c. 1, lettera i) del d.lgs. 165/2001 attribuisce al dirigente generale il potere di decidere sui ricorsi gerarchici contro gli atti e i provvedimenti non definitivi degli altri dirigenti. È la formulazione letterale della norma ad apparire in questo caso particolarmente significativa. L'esplicito riferimento alla “non definitività” dei provvedimenti del dirigente subordinato non sembra costituire un richiamo alle regole generali (fin troppo note) che disciplinano il ricorso gerarchico. Al contrario, con questo riferimento, il legislatore riconosce implicitamente la possibilità che, accanto al potere di adottare atti non definitivi, il dirigente subordinato abbia anche il potere di adottare provvedimenti definitivi. Come ad esempio nei casi previsti dagli artt. 16, c. 1, lettera d) e 17, c. 1, lettera c), nei quali, cioè, il dirigente subordinato agisce sulla base di una delega ricevuta dal dirigente generale, in presenza della quale, come di regola si afferma sia in dottrina sia in giu-

³¹ Sul punto F.A. ROVERSI MONACO, *Profili giuridici del decentramento nell'organizzazione amministrativa*, Padova, Cedam, 1970, p. 147, che separa la deconcentrazione (o decentramento gerarchico) dal decentramento amministrativo in presenza del quale va esclusa la subordinazione gerarchica dell'organo decentrato.

risprudenza, il provvedimento amministrativo deve essere sempre considerato definitivo³².

4. *L'impossibilità di collocare il ricorso gerarchico proprio nell'ambito degli strumenti giustiziali*

Come si è visto, l'ambito di operatività del ricorso gerarchico proprio si è notevolmente ristretto con il passare degli anni. Quanto ai fattori che più direttamente ineriscono al rapporto tra i diversi strumenti di tutela che l'ordinamento mette a disposizione del cittadino, si è in precedenza evidenziato come un ruolo decisivo nel processo di marginalizzazione del rimedio in esame sia stato esercitato dall'abbandono del principio in base al quale l'azione giurisdizionale poteva essere intrapresa soltanto contro provvedimenti amministrativi definitivi. Fatto che ha reso superflua, ai fini della corretta instaurazione del processo, la previa presentazione del ricorso in sede gerarchica.

Nel paragrafo precedente è stato invece analizzato il ruolo che in tale processo di marginalizzazione hanno svolto le riforme degli anni Novanta relative al modello di organizzazione amministrativa che attualmente caratterizza il nostro ordinamento, avendo peraltro la conferma, qualora ve ne fosse la necessità, della correttezza degli orientamenti dottrinali che sottolineano la relazione obiettiva esistente tra modelli di amministrazione (di organizzazione e di azione amministrativa) e modelli di tutela, soprattutto non giurisdizionale³³.

³² Si fa riferimento, come è ovvio, al solo fenomeno della delega organica che non può in questa sede essere approfondito; sia consentito pertanto il rinvio a M. CAMMELLI, *Delega amministrativa*, voce in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1998. Sul rapporto tra delega e definitività del provvedimento si veda per tutti A.M. SANDULLI, *Manuale...*, cit., p. 1254. Più sfumato l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale la definitività presuppone non soltanto la delega ma anche l'intenzione del delegante di trasferire il potere decisionale in capo al delegato.

³³ Su questo aspetto A. PAJNO, *Modelli amministrativi e modelli di tutela*, in S. CASSESE (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 119 e ss.

A questo punto, una volta individuato il limitato margine di operatività che il ricorso gerarchico proprio mantiene alla luce di questi fattori, è opportuno verificare se, nell'ambito di tale margine, il rimedio in esame possa essere correttamente annoverato tra gli strumenti di una moderna amministrazione giustiziale. Nell'effettuare questa verifica, è sufficiente richiamare quelli che sono gli elementi irrinunciabili perché l'attività posta in essere da un'amministrazione possa essere definita in termini giustiziali, rinviando, per gli eventuali approfondimenti, alle considerazioni in precedenza svolte.

Il primo elemento è costituito dall'indipendenza del soggetto deputato alla risoluzione della controversia; intesa, in senso tendenziale, come la non riferibilità strutturale di tale soggetto ad alcuna delle parti in causa. Da cui deriva, a livello funzionale, la sua effettiva capacità di rapportarsi quale soggetto terzo (e dunque credibile) rispetto ai diversi interessi di cui le parti siano portatrici. Questa esigenza di terzietà è necessaria durante tutto lo svolgimento del procedimento giustiziale, non esaurendosi quindi nel solo momento decisorio. Ed è nell'ambito della dinamica che si instaura tra le parti che assume rilievo il secondo elemento fondamentale, cioè il rispetto del contraddittorio; che rappresenta la posizione di uguaglianza riconosciuta alle parti in ordine alla possibilità di determinare, mediante un'attiva partecipazione, il contenuto della decisione finale.

Orbene, se questi sono i requisiti minimi sui quali si incentra l'attribuzione di natura giustiziale ad un'autorità ed al procedimento che innanzi ad essa si svolge, è agevole escludere che tali requisiti siano soddisfatti nell'ambito dei procedimenti che si instaurano a seguito di ricorso gerarchico proprio.

Non è infatti soddisfatto il requisito dell'indipendenza dell'autorità cui viene presentato il ricorso. Anzi, come si è visto, questa autorità è legittimata ad adottare la decisione proprio sulla base della sua riferibilità all'autorità di primo grado; cioè sulla base della contiguità di tipo gerarchico (anche in senso lato) che lega la prima alla seconda. Ma non è neppure garantito il rispetto del contraddittorio, viste le limitazioni previste dal d.p.r. 1199/1971 e in precedenza evidenziate, sia riguardo alla tutela dei controinteressati, sia riguardo alla possibilità del ricorrente di replicare alle eventuali deduzioni della controparte.

Per queste ragioni sembra corretto affermare che il ricorso gerarchico proprio non può essere qualificato come uno strumento dell'amministrazione giustiziale. Resta, ovviamente, uno strumento di tutela amministrativa (del tutto simile al ricorso in opposizione) particolarmente utile in tutti i casi in cui il ricorrente intenda censurare il provvedimento anche sotto il profilo del merito. Ma, più che all'ambito giustiziale, sembra appartenere ai rimedi interni all'apparato amministrativo; cioè a quei rimedi facoltativi mediante i quali al ricorrente viene offerta l'opportunità di indurre l'amministrazione ad un ripensamento complessivo del proprio operato. Prima che il contrasto venga spostato ad altra sede e prima che l'amministrazione ne perda definitivamente il controllo.

5. *Il ricorso gerarchico improprio: uno sguardo in prospettiva*

Il discorso cambia radicalmente con riferimento al ricorso gerarchico improprio che, a dire il vero, di improprio sembra avere soprattutto il nome³⁴. Di certo non casuale se si pensa alla configurazione tradizionale dell'istituto; ma senz'altro da riconsiderare in prospettiva, cioè nell'ottica di una sua (ri)valorizzazione.

Come noto, si tratta di un rimedio (previsto dal d.p.r. 1199/1971) che, rispetto al ricorso gerarchico proprio, presenta due profonde differenze: in primo luogo, è ammesso in via eccezionale, cioè nei casi tassativamente previsti dalla legge che, di norma, ne detta la disciplina specifica. In via residuale, cioè quando la legge di settore non è esaustiva, si applica la disciplina generale prevista per il ricorso gerarchico proprio. In secondo luogo, è indirizzato ad un'autorità che si trova in una posizione di estraneità o indifferenza rispetto agli interessi in gioco. Ed è proprio questo il profilo che, seppur con

³⁴ Di questa denominazione nessuno in dottrina si è mai dichiarato soddisfatto. A titolo esemplificativo V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale...*, cit., p. 147, secondo il quale "la definizione di un istituto [...] mediante una qualificazione che alluda a ciò che esso non è non appaga appieno l'esigenza della sua individuazione in sede concettuale".

qualche variante, ne rende interessanti i possibili sviluppi agli occhi della dottrina prevalente³⁵.

È attualmente previsto in materie quali commercio, tributi, sanità, formazione delle liste elettorali, impiego scolastico, previdenza e assistenza obbligatoria, ordinamenti professionali, edilizia popolare ed economica, circolazione stradale e così via. Si tratta di ipotesi estremamente diverse tra loro e non è pertanto semplice individuarne i tratti comuni.

È utile verificare, in linea di massima, se l'autorità competente a ricevere e a decidere il ricorso possa essere considerata effettivamente estranea agli interessi in gioco. E dunque non riferibile, se non in senso ampiamente lato, all'amministrazione che ha adottato il provvedimento impugnato. Come già visto, questa verifica è essenziale per poter includere il ricorso in esame tra gli strumenti dell'amministrazione giustiziale.

Si scopre così che in molti casi di ricorso gerarchico improprio attualmente previsti dall'ordinamento positivo l'autorità competente a decidere è il Ministro (contro gli atti, ad esempio, dei consigli di leva o in materia di segnaletica stradale o in materia di provvedimenti prefettizi di sospensione o revoca della patente di guida³⁶) o una commissione ministeriale o, ancora, un'amministrazione periferica dello Stato (per esempio il Prefetto contro i verbali di accertamento di violazioni amministrative al codice della strada); oppure la giunta o il Presidente della giunta regionale (contro gli atti degli as-

³⁵ Sul punto, già V. BACHELET, *I ricorsi amministrativi...*, cit., pp. 443-445. Più di recente G. MORBIDELLI, *Sugli "strumenti di amministrazione giustiziale"*, in Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per la Funzione Pubblica (a cura di), *La riforma...*, cit., p. 46, A. PAJNO, *Amministrazione giustiziale...*, cit., p. 13, L. MAZZAROLLI, *Attualità dei ricorsi gerarchici propri ed impropri*, in L. MAZZAROLLI (a cura di), *Prospettive del processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1990, p. 154, A. TRAVI, *Ricorso gerarchico...*, cit., p. 405. Già A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali...*, cit., p. 264, dimostrando di apprezzarne la funzione, aveva sottolineato la posizione di neutralità dell'autorità cui viene presentato il ricorso.

³⁶ Ammesso che si tratti ancora, dopo la riforma di cui al d.lgs. 80/1998, di atti non definitivi. Su questo aspetto il Cons. St., ad. gen., 10 giugno 1999, n. 9, in «Cons. St.», 1999, I, p. 1980, afferma la persistente esperibilità di tali ricorsi al Ministro con argomentazioni non sempre condivisibili nel cui ambito, come spesso accade, risulta decisiva l'esigenza di evitare un depotenziamento degli strumenti di tutela di cui il cittadino può valersi.

essori), oppure ancora una commissione speciale, variamente composta e dalle competenze non sempre esclusive, prevista nell'ambito di uno specifico ente (per esempio in materia sanitaria).

Si tratta dunque di organi genericamente dotati di un'ampia posizione di supremazia o di controllo rispetto all'autorità che ha adottato il provvedimento, ma non legati a questa da un nesso di gerarchia in senso proprio. Il che è senz'altro corretto, nella misura in cui il ricorso in esame è, appunto, gerarchicamente "improprio"; il che tuttavia può non essere elemento sufficiente per poter affermare quell'estraneità necessaria tra le parti in causa che caratterizza le sedi giustiziali.

E infatti il ricorso è spesso previsto nell'ambito di un'identica amministrazione o di amministrazioni diverse legate però da rapporti di tipo funzionale. Questo giustifica il tipo di controllo esercitato dall'autorità decidente, cioè il sindacato puntuale su un provvedimento emesso dall'autorità di primo grado³⁷ e consente di escludere l'esperibilità del rimedio nei casi in cui tra l'autorità che ha adottato l'atto e quella che riceve il ricorso si configurino posizioni di autonomia costituzionalmente garantite (è tipico l'esempio del rapporto Stato-Regioni³⁸).

Ci si trova, in definitiva, di fronte ad un bivio: se si valorizza l'estraneità dell'autorità decidente rispetto agli interessi delle parti, diviene difficile giustificare – secondo il disposto normativo e le attuali impostazioni dogmatiche – i poteri ad essa attribuiti per la risoluzione del conflitto. Al contrario, se si valorizza la contiguità funzionale tra l'autorità di primo grado e quella che decide, si giustificano i poteri che la seconda può esercitare nello svolgimento della propria funzione, ma al tempo stesso ci si allontana dallo schema

³⁷ Secondo l'insegnamento di A. TRAVI, *Ricorso gerarchico...*, cit., p. 406.

³⁸ Questo principio è, alla luce della riforma del titolo V della Costituzione, ormai incontestabile. Comunque sia, anche in base all'assetto previgente, la Corte costituzionale non aveva ritenuto possibile il sindacato di un organo dello Stato su un atto espressione di competenza esclusiva propria della Regione (Corte cost., 27 marzo 1992, n. 135, in «le Regioni», 1993, p. 213). Di diverso avviso il Consiglio di Stato che, facendo leva sul carattere giustiziale del rimedio, ne ha di frequente ammesso l'esperibilità (Cons. St., ad. pl., 7 settembre 1984, n. 18, in «Cons. St.», 1984, I, p. 976).

proprio delle amministrazioni giustiziali, che presuppone l'indipendenza dell'amministrazione che decide.

È evidente che il problema non può essere risolto sulla base dello stretto diritto positivo. Anzi, se ci si limita a questo, sembra di poter escludere che la maggior parte delle ipotesi di ricorso gerarchico improprio attualmente previste dall'ordinamento possa essere qualificata in termini giustiziali³⁹; anche prescindendo, peraltro, dall'indagine sul livello di soddisfazione dell'ulteriore elemento necessario, rappresentato dalle modalità attraverso le quali in concreto si realizza il contraddittorio tra le parti.

A questo proposito risulta interessante la lettura delle proposte di riforma legislativa elaborate nel 1993 dalla Commissione di studio su "la giustizia nell'amministrazione" nominata dall'allora Ministro della Funzione pubblica, Sabino Cassese⁴⁰. Tali proposte rimasero senza seguito ma, ciononostante, rappresentano il tentativo più compiuto di dare un assetto moderno e coerente alla materia dei ricorsi amministrativi e pertanto costituiscono un ottimo spunto di riflessione per comprendere, al di là del dettato normativo attualmente in vigore, quali siano le prospettive entro cui collocare un'eventuale "riscoperta" del ricorso gerarchico improprio.

Delle tre proposte formulate – la prima concernente la riforma dei ricorsi amministrativi ordinari, la terza l'individuazione di uno "spazio giustiziale" all'interno del procedimento amministrativo – la seconda è quella più interessante ai fini qui prefissati.

Riguarda l'istituzione, in alcuni settori di amministrazione attiva, di strumenti speciali di amministrazione giustiziale, costruiti secondo lo schema generale dei ricorsi gerarchici impropri ma diretti ad autorità del tutto indipendenti rispetto all'autorità di primo grado, composte da persone di "specifica e comprovata competenza [...] e indiscussa indipendenza". Secondo il progetto, queste autorità, costituite su base regionale, avrebbero dovuto far parte dell'or-

³⁹ Per un'ampia panoramica sulle normative regionali che prevedono fattispecie di ricorso gerarchico improprio si rinvia al lavoro di A. MEALE, *Ricorsi amministrativi...*, cit., p. 172.

⁴⁰ Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per la Funzione Pubblica (a cura di), *La riforma...*, cit., p. 17 e ss.

ganizzazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri, alla quale – fatte salve alcune ipotesi eccezionali direttamente gestite dalla stessa Presidenza – era demandato il ruolo di coordinarne l'attività con compiti di mero sussidio organizzativo e documentale⁴¹. Ad esse si sarebbe potuto presentare ricorso per motivi sia di legittimità sia di merito ed a tutela tanto di interessi legittimi quanto di diritti soggettivi e, a livello procedimentale, si prevedevano regole specifiche destinate a garantire la completezza dell'attività istruttoria. Più ambigua, infine, era la disciplina del rapporto tra tutela giustiziale e giurisdizionale, benché fosse affermata espressamente la possibilità di impugnare le decisioni emesse in sede giustiziale in unico grado innanzi al Consiglio di Stato.

Qualunque considerazione diretta ad evidenziare le differenze tra il ricorso gerarchico improprio così come attualmente configurato all'interno del nostro ordinamento e quello appena delineato appare superflua.

Meno superfluo è invece soffermarsi, in via conclusiva, sulle indicazioni che si possono trarre dalla lettura di questo progetto. Esse hanno in certa misura il valore della conferma rispetto a valutazioni già effettuate in precedenza e possono essere così sintetizzate: a) l'individuazione di meccanismi stragiudiziali per la soluzione delle controversie deve necessariamente essere effettuata garantendo l'indipendenza della sede competente ad emettere la decisione finale; b) quanto più questa sede è indipendente, tanto più è garantito il rispetto dell'imparzialità nell'attività svolta in contraddittorio tra le parti; c) quanto più si realizza un contraddittorio imparziale, tanto più è completa l'acquisizione degli elementi sui quali dovrà fondarsi la decisione finale; d) quanto più completo è il momento istruttorio, tanto meno problematica è l'attribuzione all'autorità giustiziale del

⁴¹ Questo aspetto appare oggi più problematico in ragione della riforma del titolo V della Costituzione che ha ridisegnato l'assetto dei rapporti Stato-Regioni-Enti locali. A livello regionale si potrebbe pertanto ipotizzare una sostituzione della Presidenza del Consiglio dei Ministri con la Presidenza della Giunta, magari accompagnata – per cercare di compensare la riduzione in termini di “valenza istituzionale” della Regione rispetto allo Stato – da una qualche forma di collegamento di tipo organizzativo con il centro, che diverrebbe in tal modo il referente ultimo delle istanze di matrice più propriamente giustiziale.

potere di decidere, anche nel merito, la controversia ad essa sottoposta; e) quanto più è ampio lo spettro dei poteri decisionali dell'autorità decidente, tanto più giustificate risultano eventuali limitazioni all'esercizio dell'azione giurisdizionale. Sia riguardo al momento iniziale, così realizzando un'ipotesi classica di giurisdizione condizionata, cui sembra nuovamente indirizzarsi l'attenzione del legislatore⁴²; sia, in alternativa, riguardo al momento successivo, cioè quello dell'impugnazione della decisione adottata in sede giustiziale, il cui gravame potrebbe essere legittimamente limitato ad un unico grado di giudizio.

⁴² Durante la scorsa legislatura il Dipartimento della Funzione pubblica ha presentato uno schema di disegno di legge (ad oggi senza seguito) contenente "Norme per l'emanazione del codice del processo amministrativo e del processo contabile e per la definizione delle controversie pendenti davanti agli organi della giustizia amministrativa e contabile"; secondo la bozza di articolato, all'art. 1, c. 4, lettera u) si prevedeva la "introduzione di forme di definizione delle controversie in ambito precontenzioso ed in sede di conciliazione giudiziale e stragiudiziale mediante la razionalizzazione di adeguati strumenti di ricorsi amministrativi, eventualmente pregiudiziali, entro un termine massimo non superiore ai novanta giorni, alla proposizione del ricorso giurisdizionale; ricognizione ed inserimento delle vigenti norme in materia di ricorsi amministrativi con le modifiche e le integrazioni necessarie per il coordinamento con la disciplina del processo".

Capitolo II

IL RICORSO STRAORDINARIO AL CAPO DELLO STATO

1. *Il ricorso straordinario in generale*

Disciplinato dal Capo III del d.p.r. n. 1199 del 1971, il ricorso straordinario al Capo dello Stato è quel ricorso amministrativo mediante il quale il ricorrente, entro il termine perentorio di 120 giorni, impugna un provvedimento definitivo chiedendone l'annullamento per motivi di sola legittimità¹. È un rimedio di carattere generale che può essere azionato a tutela sia di interessi legittimi sia di diritti soggettivi².

¹ Sul significato del concetto di definitività del provvedimento amministrativo si rinvia a quanto osservato nel capitolo precedente.

² Il ricorso straordinario trova le proprie radici nel periodo monarchico. A quell'epoca il Sovrano accentrava su di sé tutti i poteri tra cui quello di sindacare, in ultima istanza, la legittimità dei provvedimenti dell'autorità pubblica, amministrativa o giudiziaria che essa fosse. Il suddito poteva quindi rivolgersi al Re ed ottenere una decisione di giustizia nei confronti dei provvedimenti illegittimi contro i quali non era più possibile reagire. Questo spiega la particolare denominazione del rimedio; l'intervento del Sovrano infatti riguardava atti che, per sua stessa volontà, erano stati demandati ad organi dell'apparato amministrativo. Il significato che oggi si attribuisce al concetto di "straordinarietà" è naturalmente diverso. Purtroppo in dottrina non si riscontra unanimità di vedute. Così A.M. SANDULLI, *Manuale...*, cit., p. 1264, ricollega la straordinarietà al fatto che il ricorso in esame è *extra ordinem*, cioè ammesso soltanto contro atti definitivi nei confronti dei quali "non sussiste possibilità di rimedi amministrativi nell'ambito dell'ordinamento proprio di quella particolare amministrazione da cui proviene l'atto che originò la controversia". Di diverso avviso sono G. PALEOLOGO, *La riforma...*, cit., p. 54 e A. DE ROBERTO, P. TONINI, *I ricorsi...*, cit., p. 218, secondo i quali l'espressione sta a significare il fatto che la soluzione della controversia è prevalentemente inattaccabile e che non è affidata ad un giudice ma ad un'autorità amministrativa. Ancora differente è l'opinione di L. MAZZAROLLI, *I ricorsi amministrativi...*, cit., p. 2142, il quale pone l'accento sulla posizione di terzietà che il Consiglio di Stato, pur nello svolgimento di una funzione tipicamente amministrativa, si trova ad occupare.

Come noto, il procedimento è piuttosto complesso. Il ricorso straordinario deve essere proposto all'autorità amministrativa che ha adottato l'atto impugnato o al Ministero competente per materia, il quale, una volta acquisiti tutti gli elementi valutativi necessari, ha l'obbligo di trasmettere la pratica al Consiglio di Stato. Questo, adito in sede consultiva, emette un parere che è parzialmente vincolante dal punto di vista formale, ma che dal punto di vista sostanziale costituisce di norma la vera e propria decisione³. Sulla base di questo parere, il Ministro competente formula la propria proposta di decisione al Presidente della Repubblica, al quale va imputata la adozione in concreto del provvedimento finale, che assume pertanto le forme del decreto.

La presentazione del ricorso straordinario in luogo di quello giurisdizionale è facoltativa. Tuttavia, a differenza dei rimedi in precedenza descritti, il rapporto tra le due vie è caratterizzato dall'applicazione del principio di alternatività, con la conseguenza che, una volta scelta una via, l'altra è definitivamente preclusa. Così, se il ricorrente opta per la via straordinaria, l'azione giurisdizionale è pre-

È sempre stata discussa anche la natura dell'istituto. Secondo un orientamento più risalente nel tempo (L. RAGNISCO, M. ROSSANO, *I ricorsi amministrativi*, Roma, Società Editrice del "Foro italiano", 1954, p. 316) il ricorso straordinario dovrebbe essere storicamente inquadrato tra i sistemi di "giustizia ritenuta" (nei quali il Sovrano era titolare del potere giurisdizionale che esercitava direttamente mediante l'adozione di provvedimenti a carattere, appunto, giurisdizionale) contrapposti ai sistemi di "giustizia delegata" (nei quali la decisione era adottata da un'autorità giurisdizionale del tutto indipendente dal potere regio). Secondo le ricostruzioni più recenti (tra gli altri V. BACHELET, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato e garanzia giurisdizionale*, in *Scritti giuridici...*, cit., p. 70), invece, il ricorso straordinario si caratterizzò fin da subito per la sua natura di rimedio amministrativo e dovrebbe pertanto essere ricondotto tra i ricorsi in via "graziosa" (caratterizzati dal fatto che la domanda veniva proposta al re con un'istanza e la decisione veniva estrinsecata in un documento finale avente natura amministrativa e chiamato "*placet*"). Nessun dubbio, invece, sulla natura amministrativa del rimedio una volta instaurata la fase monarchico costituzionale, dato che le decisioni erano formalmente imputate al re ma sostanzialmente attribuite al potere esecutivo.

³ È infatti vero che l'art. 14, c. 1 del d.p.r. in esame prevede che il Ministro possa discostarsi dal parere del Consiglio di Stato sottoponendo la questione al voto del Consiglio dei Ministri ma secondo qualche Autore (per esempio, C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 19), questa ipotesi non si sarebbe mai verificata. Sul punto si tornerà in seguito quando si cercherà di comprendere l'esatta collocazione del rimedio straordinario.

clusa e l'eventuale ed ulteriore ricorso proposto al giudice amministrativo diviene inammissibile⁴. Il d.p.r. 1199/1971 riconosce tuttavia ai controinteressati il potere di opporsi a tale scelta e di chiedere che il ricorso sia deciso in sede giurisdizionale; a questo punto il ricorrente, qualora intenda proseguire nell'impugnazione, ha l'onere di presentare il ricorso al giudice amministrativo. Dal principio di alternatività deriva, infine, un'ulteriore conseguenza: l'impossibilità di impugnare il decreto che definisce il ricorso se non per vizi attinenti alla forma o alla procedura⁵.

2. *Il principio di alternatività e la sua influenza sul regime giuridico del ricorso. Il lento cammino verso la giurisdizione*

Uno degli aspetti più interessanti del ricorso straordinario è il suo rapporto con il ricorso giurisdizionale. Anche se è proprio sulla base del principio di alternatività e sulle conseguenze che in concreto derivano dalla sua applicazione, che si sono incentrate le maggiori critiche della dottrina, dirette a mettere in discussione la stessa permanenza dell'istituto nell'ordinamento in ragione della sua non chiara compatibilità con il sistema delineato dalla Carta costituzionale e, in particolare, con l'art. 113⁶.

⁴ Si tralascia in questa sede l'analisi del rapporto tra ricorso straordinario ed azione davanti al giudice civile, nei confronti del quale non si incontrano particolari problemi di coordinamento, dato che tali rimedi sono autonomi l'uno dall'altro. Piuttosto, è bene rilevare come questa eventuale concorrenza appaia – in concreto – abbastanza rara, perché le ipotesi di lesione di un diritto soggettivo ad opera di un provvedimento amministrativo sembrano, benché più numerose rispetto a qualche anno fa, ancora eccezionali.

⁵ In aggiunta agli specifici richiami di volta in volta segnalati, per una verifica e un'analisi ad amplissimo raggio della giurisprudenza più recente in materia di ricorso straordinario sia consentito il rinvio a P.L. LODI (a cura di), *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (Rassegna di Giurisprudenza)*, in «Cons. St.», 2004, p. 1863 e ss.

⁶ In realtà, anche in seguito alla emanazione della l. 5992/1889, istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato, molte voci si levarono chiedendo la soppressione del rimedio. Già nel 1897, peraltro, era stato presentato dal governo Di Rudinì un disegno di legge (riportato da G. CHEVALLARD, *Ricorso straordinario (Il ricorso straordinario al Capo dello Stato)*, voce in *Noviss. Dig. It.*, XV, Torino, Utet, 1968,

Prima del 1971, infatti, l'art. 34 del T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato, nell'affermare il principio di alternatività e le conseguenti limitazioni all'impugnazione del decreto decisorio del Capo dello Stato, si riferiva esclusivamente al ricorrente ed ai cointeressati, nei confronti dei quali tali limitazioni venivano giustificate in base alla libera scelta da costoro effettuata (nel presentare il ricorso, per il ricorrente e nel non presentare opposizione, per il cointeressato)⁷. Nulla era stabilito a proposito dei controinteressati, che la giurisprudenza al tempo dominante riteneva vincolati alla scelta del ricorrente e ai quali, pertanto, estendeva le limitazioni sopra richiamate⁸. Con evidente compressione del disposto di cui all'art. 113, dalla quale non poteva che scaturire la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 34, c. 1 e 2, in quanto non in grado di assicurare ai controinteressati il diritto di reagire in sede giurisdizionale (per qualunque vizio) contro il decreto che decide il ricorso⁹.

Benché accolta con favore, fu presto chiaro che questa decisione avrebbe decretato la fine del ricorso straordinario; non più per manifesta incompatibilità con i principi stabiliti dalla Costituzione, bensì per evidente sproporzione tra la posizione del ricorrente e dei soggetti a questo equiparati e quella dei controinteressati. Nel senso che, in caso di rigetto del ricorso, per i primi – vincolati alla scelta in origine effettuata – sarebbero scattate le preclusioni di cui sopra, laddove invece, in caso di accoglimento, essi sarebbero rimasti comunque assoggettati all'eventuale azione impugnatoria (non limitata però nei contenuti) dei controinteressati. Compatibile con la Costituzione, dunque, ma senz'altro non conveniente per la parte attrice.

p. 1041) che ne prevedeva la abrogazione. L'argomento fondamentale sul quale si fondavano queste critiche scontava la non chiara individuazione della natura, amministrativa o giurisdizionale, della neo-istituita sezione; il fatto che questa all'inizio fosse prevalentemente percepita come amministrativa (sul punto E. FOLLIERI, *La legge 31 marzo 1889...*, cit., p. 445) induceva la dottrina prevalente a considerare superfluo il rimedio straordinario in quanto completamente sovrapponibile a quello previsto dalla legge del 1889.

⁷ Corte cost., 2 luglio 1966, n. 78, in «Cons. St.», 1966, II, p. 386 e ss.

⁸ Per esempio, Cons. St., ad. pl., 26 maggio 1961, n. 12, in «Foro amm.», 1961, I, p. 1346.

⁹ Corte cost., 1 febbraio 1964, n. 1, in «Foro it.», 1964, I, p. 241 e ss.

Di tale squilibrio si fece carico l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, valorizzando l'elemento dell'autonomia soggettiva delle parti, riconobbe il diritto di opposizione anche ai controinteressati e, così facendo, estese loro il regime giuridico delle limitazioni all'impugnazione¹⁰. Il d.p.r. 1199/1971 ha sostanzialmente positivizzato questo assetto¹¹.

Si è ritenuto opportuno indugiare brevemente su vicende ormai superate per meglio comprendere da un lato l'importanza che il principio di alternatività riveste in ordine alla concreta sussistenza del rimedio e, dall'altro, le ragioni ed il significato di quel fenomeno comunemente descritto di progressiva "giurisdizionalizzazione" della via straordinaria.

Quanto al primo aspetto, le assonanze con il ricorso giurisdizionale amministrativo sono a tal punto evidenti da non poter immaginare una coesistenza tra i due rimedi che non sia regolata in base ad un parametro di secca alternatività. Non ultima, nonostante la diversa pertinenza funzionale, quella relativa all'organo cui in concreto è attribuito il potere decisorio. Così, sia che il regime dell'alternatività trovi giustificazione nel rispetto del *ne bis in idem*, cioè nell'esigenza di evitare due pronunce fondate su identici motivi di legittimità¹²; sia che invece, come sembra più probabile, sia soltanto il riflesso delle modalità organizzative proprie della giurisdizione amministrativa, cioè consegua al modo in cui il Consiglio di Stato si pone nel procedimento per il ricorso straordinario e nella giurisdizione amministrativa¹³; certo è che, a quanto sembra, non è ipotizzabile l'esistenza del rimedio straordinario senza l'alternatività.

¹⁰ Cons. St., ad. pl., 28 settembre 1967, n. 11, in «Cons. St.», 1967, I, p. 1566, in cui si precisa altresì che tali limitazioni riguardano soltanto i controinteressati messi in condizione di esercitare il diritto di opposizione, non invece coloro che, pur essendo controinteressati, non hanno ricevuto la notificazione del ricorso straordinario.

¹¹ Più di recente, ai fini del riconoscimento del diritto di opposizione, ai controinteressati è stato equiparato l'ente pubblico diverso dallo Stato. Si veda al proposito Corte cost., 9 luglio 1982, n. 148, in «Giur. cost.», 1982, p. 1287, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 10, c. 1, del d.p.r. in esame nella parte in cui non prevede tale equiparazione.

¹² Come sostiene A.M. SANDULLI, *Manuale...*, cit., p. 1268.

¹³ Così A. TRAVI, *Ricorso straordinario...*, cit., p. 424.

Mettere in discussione il principio di alternatività significa pertanto porre le premesse per la soppressione del ricorso che intorno ad esso è incentrato; e ciò spiega, probabilmente, l'attenzione dimostrata dalla giurisprudenza più risalente nel difenderne la compatibilità con l'assetto costituzionale, ancorando alla libera scelta delle parti le limitazioni che ad esso accedono.

Se quelle sopra richiamate sono le esigenze che il principio di alternatività è destinato a soddisfare, non bisogna tuttavia dimenticare che – perché ciò non si traducesse in una illegittima compressione dei principi costituzionali sul diritto alla tutela giurisdizionale – l'operatività stessa del principio risulta oggi circondata da una serie di limiti e di cautele di natura normativa o derivazione giurisprudenziale¹⁴.

Basti pensare all'art. 8, comma 2, del D.p.r. 1199, ove si prevede che la preclusione alla proposizione del ricorso straordinario opera soltanto nei confronti del soggetto che ha già presentato il ricorso giurisdizionale e non quindi nei confronti di altri soggetti. È dunque possibile che uno stesso atto sia impugnato in diverse sedi da soggetti diversi. O, ancora, all'interpretazione che la giurisprudenza segue in tema di identificazione dell'atto, laddove l'operatività del principio è esclusa in tutti i casi di impugnazione di atti distinti anche se connessi¹⁵. In definitiva, l'orientamento giurisprudenziale che sembra prevalere richiede, perché scattino gli effetti preclusivi che derivano dall'alternatività tra i due rimedi, la sussistenza di tutti gli elementi necessari per poter qualificare come identica un'azione e cioè l'identità dei soggetti, della *causa petendi* e del *petitum*¹⁶.

Ma le tensioni con il disposto costituzionale non si esauriscono nelle limitazioni al diritto di ottenere tutela giurisdizionale. Si giunge così al secondo aspetto, che riguarda l'ampiezza della tutela che il

¹⁴ Per esempio, è stata esclusa da Cons. St., ad. pl., 15 marzo 1989, n. 5, in «Cons. St.», 1989, I, p. 225, qualsiasi applicazione analogica od estensiva del principio di alternatività.

¹⁵ Cons. St., sez. VI, 9 ottobre 1997, n. 1460, in «Cons. St.», 1997, I, p. 1427, Cons. St., sez. II, 8 novembre 1989, n. 921, in «Cons. St.», 1991, I, p. 570, Cons. St., sez. II, 28 novembre 1984, n. 1663, in «Cons. St.», 1986, I, p. 1703.

¹⁶ Si veda Cons. St., sez. II, 20 novembre 1996, n. 2131/94, in «Cons. St.», 1998, I, p. 1254, che nega l'operatività del principio nel caso di atto con pluralità di destinatari.

soggetto ottiene scegliendo la via straordinaria. In altri termini, perché le limitazioni derivanti dal principio di alternatività non entrassero in conflitto con le norme costituzionali – che, risolto il problema del libero accesso, impongono altresì che la tutela giurisdizionale sia effettiva – era necessario promuovere una sostanziale equiparazione tra le due vie di tutela. Da condurre all’insegna delle utilità che il ricorrente può conseguire presentando l’uno o l’altro rimedio.

Della centralità assunta dal cittadino nel rapporto con il potere pubblico e dei riflessi che tale centralità ha prodotto sulla stessa nozione di giustizia amministrativa, evidenziandone le connotazioni soggettivistiche, si è già detto nelle considerazioni in precedenza svolte¹⁷. Così come si è già accennato al fatto che, oggi, la configurazione e l’operatività di uno strumento di tutela non possono più prescindere da una valutazione in merito alla sua idoneità ad attribuire in capo al ricorrente le utilità sostanziali cui egli in concreto aspira; cioè, per dirla in altro modo, dalla sua capacità di soddisfare gli interessi del ricorrente¹⁸.

Ebbene, è proprio in quest’ottica che si coglie il senso del “parallelismo” tra il rimedio straordinario e quello giurisdizionale; in un’accezione impropria, come è ovvio, del concetto. Da un lato perché l’equiparazione tra le due vie non può che essere soltanto tendenziale, posta la necessaria ed inevitabile permanenza di differenze connesse con la loro diversa natura giuridica; dall’altro per il fatto che, affinché le regole in tema di alternatività restino all’interno di ciò che è consentito a livello costituzionale, è il ricorso straordinario a dover essere considerato parallelo a quello giurisdizionale e non viceversa. Si tratta dunque di un parallelismo a senso unico. Questo parallelismo ha orientato l’attività interpretativa della giurisprudenza verso la qualificazione del ricorso straordinario in termini di rimedio “paragiurisdizionale”, in quanto diretto esclusivamente ad un accertamento della legge nel caso concreto.

¹⁷ Per una recente descrizione delle differenze tra la concezione oggettiva e soggettiva della giustizia amministrativa v. M. CLARICH, *La giustizia*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato...*, II, cit., p. 2025.

¹⁸ Così, di recente, TAR Campania, Napoli, 27 aprile 2007, n. 4429 in www.giustamm.it.

Si rinviene traccia di questa tendenza nell'orientamento giurisprudenziale in tema di contraddittorio, che risulta permeato da un'applicazione analogica delle norme previste per il ricorso al giudice amministrativo¹⁹; o ancora in tema di sospensione del provvedimento impugnato²⁰, il cui potere è stato peraltro attribuito – anticipando la scelta effettuata dalla l. 205/2000 – al Ministro competente, previo parere del Consiglio di Stato²¹.

Tutto ciò ha progressivamente ridotto le differenze tra i due rimedi; che restano, tuttavia, ontologicamente diversi tra loro. E questo è evidente se si pensa alla evoluzione della disciplina del processo amministrativo, all'interno del quale – specialmente dopo l'emanazione della l. 205 – il giudice può spingere la propria indagine ben oltre i profili concernenti la mera legittimità dell'atto e, attraverso una cognizione più ampia del rapporto, dettare in sede decisoria “le linee di un nuovo assetto” degli interessi in conflitto²².

Il che ha fatto nuovamente saltare la tendenziale coincidenza tra i due rimedi; tra l'oggetto di essi e, di conseguenza, tra le utilità

¹⁹ Al punto che la giurisprudenza più recente (Cons. St., ad. pl., 27 giugno 2006, n. 9, in www.giustizia-amministrativa.it) riconosce al controinteressato pretermesso il potere di impugnare in sede giurisdizionale il decreto decisivo. Ancora in tema di contraddittorio Cons. St., comm. spec., 28 gennaio 1998, n. 1023, in «G.d.a.», 1998, p. 547, sul diritto del ricorrente, anche in mancanza di una specifica previsione, di prendere visione delle deduzioni effettuate dai controinteressati; sulla possibilità di proporre motivi aggiunti, Cons. St., comm. sp., 29 febbraio 2000, n. 201, in «Cons. Stato», 2000, I, p. 2805.

²⁰ Su cui C.E. GALLO, *La sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato nel ricorso straordinario*, nota a Cons. St., comm. spec., 3 maggio 1991, n. 16/91, in «Dir. proc. amm.», 1993, p. 535 e ss.

²¹ L'art. 3, c. 4, infatti dispone che “nell'ambito del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica può essere concessa, a richiesta del ricorrente, ove siano allegati danni gravi e irreparabili dall'esecuzione dell'atto, la sospensione dell'atto medesimo. La sospensione è disposta con atto motivato del Ministero competente ai sensi dell'art. 8 del decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, su conforme parere del Consiglio di Stato”. Sarà peraltro interessante verificare se in sede giurisprudenziale prevarrà un'interpretazione restrittiva della norma (mera sospensione dell'atto) oppure estensiva. Il parallelismo con la via giurisdizionale ed altre ragioni sistematiche sembrerebbero incoraggiare la seconda lettura secondo R. DEPIERO, *Disposizioni generali sul processo cautelare*, in V. ITALIA (a cura di), *La Giustizia amministrativa, Commento alla l. 21 luglio 2000*, n. 205, Milano, Giuffrè, 2000, p. 90.

²² Così già si esprimeva M. NIGRO, *Giustizia amministrativa...*, cit., p. 235.

cui il ricorrente può in concreto aspirare. Naturalmente a svantaggio del ricorso straordinario che, nel raffronto, “finisce con l’essere [considerato] un rimedio minore”²³; cioè meno effettivo, con nuove ed evidenti ripercussioni sulla tenuta costituzionale del principio di alternatività.

Più di recente altre dinamiche hanno direttamente interessato il ricorso straordinario, conferendo nuova linfa al processo di assimilazione tra le due vie. Si tratta di impulsi che derivano dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità europea che ha stabilito che “il Consiglio di Stato, quando emette un parere nell’ambito di un ricorso straordinario, costituisce una giurisdizione”²⁴ ai sensi dell’art. 234 del Trattato. Facendo leva, peraltro, su una nozione di “giurisdizione” di tipo funzionale, prevalentemente incentrata sulla valutazione in concreto della indipendenza e terzietà²⁵ che contraddistingue l’organo deputato alla soluzione del conflitto.

In conclusione, la “giurisdizionalizzazione” del ricorso straordinario potrebbe dirsi a questo punto compiuta. E infatti non v’è dubbio

²³ Quest’aspetto è efficacemente evidenziato da A. TRAVI, *Alternatività fra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale ed evoluzione del processo amministrativo*, nota a Cons. St., sez. VI, 18 luglio 1994, n. 1226, in «Dir. proc. amm.», 1996, p. 131.

²⁴ Per la parte che interessa ai presenti fini è possibile trovare questa sentenza in «Urbanistica e appalti», 1998, p. 443. Sia consentito inoltre il rinvio alle già segnalate note di commento di M. PROTTO, *Giurisdizione nazionale...*, cit., p. 459 e E. CHITI, *Nuovi sviluppi...*, cit., p. 140.

²⁵ Sottolinea efficacemente questo aspetto, sul quale in seguito si tornerà, A. SANDULLI, *Ricorso straordinario e interpretazione della normativa comunitaria*, nota a Cons. St., sez. I, parere 6 dicembre 1995, n. 3319, in «G.d.a.», 1997, p. 76, secondo il quale quando si pronuncia sui ricorsi straordinari il Consiglio di Stato esercita “se non una funzione giurisdizionale in senso stretto, quanto meno un’attività neutra, operando in posizione di arbitro *super partes*”. Di diversa opinione M. GOLA, *Nuovi sviluppi per le funzioni consultive del Consiglio di Stato: il “caso” del parere per la decisione dei ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica*, in «Dir. proc. amm.», 1999, p. 169, che ritiene determinante il ruolo svolto a livello procedurale dal Consiglio dei Ministri e A. MEALE, *Ricorsi amministrativi...*, cit., p. 89, che svaluta l’indole giustiziale del rimedio al punto tale da riproporre il problema della sua compatibilità con il nuovo assetto istituzionale introdotto con la riforma del titolo V Cost., sostenendo la necessità che non sia più il Ministro ma il Presidente della Regione ad assumere la responsabilità politica e giuridica delle decisioni su questioni concernenti la regolazione regionale.

che le affermazioni della Corte di Giustizia stiano a monte dell'indirizzo giurisprudenziale riguardo alla proponibilità di questioni di legittimità costituzionale in sede straordinaria²⁶, nonché del riconoscimento del diritto di chiedere l'esecuzione delle decisioni pronunciate a seguito di ricorso straordinario tramite un procedimento che il Consiglio di Stato, forse in un impeto eccessivamente semplificatorio, non esita a ricondurre *tout court* al giudizio di ottemperanza²⁷.

Benché tali pronunce non vadano esenti da critiche²⁸, l'intento che muove il giudice amministrativo sembra ancora una volta risiedere nell'esigenza di proteggere il principio di alternatività (e, dunque, l'istituto stesso) dalle eventuali censure in punto di legittimità costituzionale.

In altri termini, le limitazioni all'esercizio dell'azione giurisdizionale non troverebbero più giustificazione alcuna, nel momento in cui al ricorrente che abbia ottenuto in sede straordinaria una decisione favorevole, non venisse consentita la possibilità di attivarsi per ottenerne l'esecuzione. È vero infatti che egli potrebbe promuovere nei confronti dell'amministrazione inadempiente la

²⁶ A fronte di un orientamento decisamente contrario espresso per esempio da Cons. St., sez. III, 2 aprile 1996, n. 410, in «Cons. St.», 1997, I, p. 958, si registra una più recente apertura da parte di Cons. St., sez. I, 19 maggio 1999, n. 650, in «Cons. St.», 2000, I, p. 179, sulla quale tuttavia è calata la scure di Corte cost., 21 luglio 2004, n. 254, in «Giur. cost.», 2004, p. 2614, che ribadisce la natura amministrativa del rimedio straordinario, negando quindi al Consiglio di Stato in sede consultiva la dignità di organo remittente (per una critica a tale decisione v. M. GIOVANNINI, *L'equiparazione tra ricorso straordinario e giurisdizionale: un'occasione sfumata*, in «G.d.a.», 2005, p. 652 e ss.).

²⁷ F. GAFFURI, *L'esecuzione delle decisioni sui ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica attraverso il giudizio di ottemperanza: analisi del nuovo orientamento del Consiglio di Stato*, in «Dir. proc. amm.», 2001, p. 803.

²⁸ Che riguardano ad esempio l'asserita "giurisdizionalità", non più soltanto in senso meramente sostanziale, ma in senso formale (?) del procedimento su ricorso straordinario e della decisione che lo definisce. Per un approfondimento di questi aspetti sia consentito ancora il rinvio a M. GIOVANNINI, *Il ricorso straordinario...*, cit., p. 93. Ribadisce la natura amministrativa del rimedio in esame e della decisione Cass., sez. un., 18 dicembre 2001, n. 15978, in «Foro it.», 2002, p. 2448, così escludendo l'esperibilità del giudizio di ottemperanza. A questo orientamento sembra essersi definitivamente adeguata anche la giurisprudenza amministrativa; sul punto Cons. St., sez. V, 29 gennaio 2003, n. 456, in «G.d.a.», 2003, p. 401 (s.m.), nonché da ultimo Corte cost., 7 luglio 2005, n. 282, in www.cortecostituzionale.it.

formazione del silenzio rifiuto e, successivamente, agire in sede giurisdizionale utilizzando quel giudizio “di ottemperanza speciale” di cui all’art. 21 bis della l. 1034/1971, così come novellato dalla l. 205/2000²⁹. È anche vero tuttavia che, complessivamente considerata, questa soluzione è senz’altro più gravosa rispetto a quella che attribuisce al ricorrente il diritto immediato di intraprendere un giudizio speciale o anomalo che dir si voglia, comunque costruito sulla falsariga del giudizio di ottemperanza. Gravosa, ma anche basata su una situazione sostanziale radicalmente diversa da quella qui esaminata, dato che in questo caso non si tratta di ottenere l’adozione di un provvedimento a fronte di un’istanza del cittadino, ma si tratta invece di portare ad esecuzione l’atto definitorio di un procedimento giustiziale finalizzato alla risoluzione di un conflitto; con evidente diversità dell’oggetto del giudizio e dei poteri del soggetto legittimato a compiere l’attività esecutiva.

Quanto poi alle tradizionali perplessità di ordine più strettamente processuale ed al rapporto tra ottemperanza e giudicato, basti ricordare che la l. 205 ha svincolato l’esperibilità del giudizio di ottemperanza non solo dal requisito del passaggio in giudicato della sentenza da eseguire, ma anche dall’esistenza stessa di una sentenza, vista la possibilità ormai riconosciuta di ottenere l’esecuzione delle ordinanze emesse in sede cautelare.

Per queste ragioni non sembra esercitare un peso rilevante sulla problematica in esame il fatto che la decisione del giudice amministrativo sia stata in concreto ispirata da una vicenda concernente il trattamento economico di alcuni magistrati amministrativi. Al contrario, anche occasionata dal particolare *status* dei ricorrenti, la vicenda appare fondata su solide – ancorché non sufficienti – basi giuridiche, oltre che caratterizzata dal condivisibile desiderio di limitare gli effetti distorsivi di un impianto normativo che mostra inequivocabili i segni del tempo.

²⁹ Lo definisce in questi termini F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in «Dir. proc. amm.», 2002, p. 239.

3. *La collocazione del ricorso straordinario: dentro o fuori dalla giurisdizione?*

Qualche breve osservazione conclusiva è a questo punto opportuna in merito alla collocazione del ricorso straordinario nell'ambito degli strumenti giustiziali. Qui, a ben guardare, il discorso è più semplice ed al tempo stesso più complesso di quello fatto con riguardo ai ricorsi amministrativi ordinari. Perlomeno se si utilizzano i parametri in precedenza utilizzati per poter qualificare in termini giustiziali uno strumento di tutela.

Il discorso è più semplice per il fatto che, dalle considerazioni di cui sopra, non sembra possa sussistere alcun dubbio in merito alla soddisfazione di questi parametri. Anzi, sembra possibile affermare che, tra i diversi rimedi amministrativi, il ricorso straordinario è quello che meglio risponde ad una classificazione in termini giustiziali.

Del rispetto del contraddittorio e di come la giurisprudenza ritenga applicabili al rimedio in esame i principi che governano il processo, si è già accennato. Così come si già evidenziato che normalmente la decisione sul ricorso coincide con il parere del Consiglio di Stato; ciò ha portato ad affermare in via interpretativa la sua sostanziale riferibilità al massimo organo di giustizia amministrativa, cioè ad un'autorità della cui indipendenza non è possibile dubitare³⁰.

A dire il vero quest'ultimo punto è delicato e merita un supplemento di riflessione. Se fino a poco tempo addietro non era possibile reperire dati in proposito e dunque non si poteva che concordare con l'orientamento dottrinale dominante già richiamato in precedenza, oggi, a quanto consta, almeno un caso in cui il parere del Consiglio di Stato è stato disatteso si è verificato ed è per di più recente. Si tratta del d.p.r. del 5 marzo 2004 con il quale, previa delibera del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, viene respinto un ricorso straordinario contro

³⁰ Tra gli altri A. TRAVI, *Ricorso straordinario...*, cit., p. 429, secondo il quale "quando il parere viene condiviso la decisione... risulta determinata da un organo imparziale ed estraneo alle logiche degli apparati".

il parere della II Sezione del Consiglio di Stato, che si era espressa per l'accoglimento³¹.

Il tema tocca un profilo molto dibattuto, quello della natura amministrativa o giurisdizionale del ricorso straordinario; come noto infatti, chi si esprime per la natura amministrativa si basa sulla sussistenza del potere attribuito al Consiglio dei Ministri di disattendere il parere del Consiglio di Stato; chi invece opta per la natura (para)giurisdizionale, tende a sminuire tale profilo adducendo la sua assoluta rarità. La questione, posta in questi termini e sulla base del solo dato positivo, pare irrisolvibile, benché la statistica abbia il suo peso e sia un indispensabile strumento per orientare l'attività ermeneutica del giurista ed ancorarla alla realtà.

Tuttavia, la vicenda richiamata presenta un aspetto sicuramente degno di considerazione. La proposta del Ministro, poi accolta in Consiglio, non si discosta soltanto dal parere del Consiglio di Stato ma anche dalla nota trasmessa al Ministero in data 20 ottobre 2003 dal Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio dei Ministri, che si era espresso in linea con il suddetto parere. Ciò che rileva quindi, non è tanto il fatto che il singolo caso si sia verificato, quanto piuttosto la dinamica complessiva della vicenda ed il peso che su di essa ha esercitato la valutazione dell'autorità politica; il Ministro infatti, smentendo anche la valutazione di adesione alle argomentazioni giuridiche del Consiglio di Stato effettuata dalla Presidenza del Consiglio, finisce per dipingere con le tinte della politica una vicenda che, per poter essere qualificata in termini (anche solo para)giurisdizionali, dovrebbe essere esclusivamente ancorata al dato giuridico. In definitiva, se si esce dal tracciato del diritto, la statistica diviene meno significativa e un evento del tutto raro assume un significato rilevante in sé e per sé, in quanto diretto ad incidere sugli interessi del singolo ricorrente.

Ma il discorso, come si diceva, è allo stesso tempo più complesso. Il ricorso straordinario, mediante la valorizzazione del principio

³¹ La proposta del Ministro del lavoro e delle politiche sociali è protocollata 03423/6/46 ed il parere della II sezione del Consiglio di Stato è il 3217/2002.

di alternatività e pur restando un rimedio amministrativo³², è stato nel corso degli anni progressivamente attratto nell'orbita della giurisdizione.

Come in altra sede si è avuto occasione di sostenere³³, è possibile che tale processo rifletta il peso che alcune dinamiche di sistema – crisi della legislazione, crisi della giurisdizione e, in sostanza, crescente contrapposizione tra potere giurisdizionale e potere politico – hanno esercitato sulla configurazione strutturale dello stesso Consiglio di Stato. Finendo per incrinare la tradizionale unità delle funzioni, consultiva e giurisdizionale, da questo esercitate e facendo emergere l'attuale contraddittorietà di una istituzione che da tale unità ha sempre tratto la propria specifica giustificazione³⁴. Ciò ha determinato, all'interno della stessa funzione consultiva, una sorta di polarizzazione verso i due diversi ambiti cui questa fa riferimento: quello governativo, per quanto riguarda, ad esempio, l'attività consultiva su norme; quello giurisdizionale, per quanto riguarda l'attività consultiva esercitata in sede di parere su ricorso straordinario.

Tutto ciò è utile per comprendere che, nonostante la più recente giurisprudenza abbia riportato lo stato dell'arte all'interno di un tracciato maggiormente conforme alla tradizione, il percorso di assimilazione tra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale potrebbe essere per certi versi incontrovertibile, in quanto costituisce il riflesso di un cambiamento più profondo, che riguarda la collocazione istituzionale del massimo organo di giustizia amministrativa.

³² C.E. GALLO, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica tra presente e futuro*, nota a Corte cost., 31 dicembre 1986, n. 298, in «Foro it.», 1987, I, p. 677, secondo il quale il ricorso straordinario è un “rimedio formalmente amministrativo (in quanto rivolto ad una autorità soggettivamente amministrativa che opera con un procedimento amministrativo ed emana un provvedimento amministrativo) e sostanzialmente amministrativo (in quanto il provvedimento finale non ha natura ed efficacia diversa dal provvedimento amministrativo), [il cui] contenuto [tuttavia] è materialmente giurisdizionale, dal momento che si tende alla dichiarazione del diritto...”.

³³ M. GIOVANNINI, *Il ricorso straordinario...*, cit., in part. p. 103 e ss.

³⁴ In questi termini si esprime S. ROMANO, *Le funzioni e i caratteri del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato, Studi in occasione del centenario*, Roma, 1932, I, p. 26, nel celebre discorso pronunciato in occasione del centenario del Consiglio di Stato.

Al punto che parrebbe opportuno chiedersi non tanto se il ricorso straordinario possieda i requisiti minimi per poter essere collocato nell'ambito della tutela giustiziale, quanto se non li oltrepassi al punto tale da dover essere collocato, piuttosto, nell'ambito di quella giurisdizionale³⁵.

La risposta a tale quesito non può essere data in termini assoluti, se non altro per il fatto che il dato normativo – sistematicamente forzato in sede di interpretazione giurisprudenziale – offre un quadro dai tratti fortemente “mutevoli”. Le stesse divergenze di opinione che si registrano tra i principali operatori del diritto, a cominciare dai membri del Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa, sono un segno di quanto questo problema sia lontano dall'essere affrontato e risolto in via definitiva³⁶.

Comunque sia, se si considera quanto in precedenza segnalato a proposito del percorso di “giurisdizionalizzazione” che tutti gli strumenti alternativi hanno subito in misura più o meno consistente, sembra corretto affermare che il ricorso straordinario può, ancora oggi, essere considerato uno strumento giustiziale.

Per ciò che tuttora rappresenta, in primo luogo: un rimedio alternativo alla congestionata giurisdizione amministrativa; un'ulteriore possibilità riconosciuta al cittadino per poter tutelare il proprio interesse; in sintesi, uno strumento di differenziazione dell'offerta di giustizia, idoneo a colmare il vuoto rappresentato dall'assenza all'interno del nostro ordinamento di sedi credibili per poter risolvere i conflitti con l'amministrazione senza passare attraverso il processo.

Per come è tuttora strutturato, in secondo luogo: è infatti un rimedio dalle forme semplici, benché il perfezionamento delle garan-

³⁵ Una recente testimonianza di questo processo di avvicinamento alla giurisdizione è data dal d.d.l. “cd. Nicolais” in materia di efficienza delle amministrazioni pubbliche e di riduzione degli oneri burocratici per i cittadini e per le imprese, che introduce all'art. 8 una serie di modifiche alla disciplina sul ricorso straordinario dirette a perfezionare il contraddittorio (comma 1, lett. a) e b)), consentire l'incidente di costituzionalità in sede di parere (comma 2) e l'esecuzione della decisione tramite apposito giudizio da proporre entro il termine decennale di cui all'art. 2953 c.c. (comma 3).

³⁶ Stando a quanto risulta dai verbali della seduta pubblica dei giorni 11 e 12 ottobre 2006.

zie porti con sé un inevitabile aumento della complessità procedurale ad oggi, tuttavia, non ancora quantificato. Sulla carta, la semplicità formale consente la riduzione dei tempi per la definizione del conflitto (se non altro per l'assenza della pluralità di gradi di giudizio) e, di conseguenza, l'abbattimento dei costi del procedimento, fattore questo essenziale in tutte quelle ipotesi in cui, per il modesto valore della controversia o per l'assenza di condizioni sociali privilegiate, il cittadino è indotto a rinunciare all'azione giurisdizionale³⁷.

³⁷ Questo, del resto, sembrano confermare le statistiche riportate da C. TALICE, *Analisi dell'attività...*, cit., p. 1345, che quantifica in quasi settemila i pareri relativi a ricorsi straordinari resi dal Consiglio di Stato nel corso dell'anno 2000; segno di una persistente vitalità dell'istituto dimostrata ulteriormente – secondo le rilevazioni relative all'anno 2003 – dalle richieste di parere che in un caso risultano addirittura aumentate del 337% rispetto all'anno precedente. A ciò si aggiungano i dati relativi al 2005 (C. TALICE, *Analisi dell'attività...*, cit., i.c.d.p.) che quantificano in oltre novemila i pareri in esame. A dire il vero oggi si può dire che i ricorsi straordinari assorbono più dei due terzi dell'attività consultiva al punto che secondo Talice essa si risolve “in una azione integratrice della giustizia resa in forma giurisdizionale, rapida e assai poco costosa”.

Sezione II

La risoluzione della controversia con atto negoziale

CAPITOLO I

LA CONCILIAZIONE STRAGIUDIZIALE

1. *La conciliazione come fenomeno eterogeneo*

La conciliazione è stata in precedenza definita come quell'attività di risoluzione delle controversie in cui un soggetto imparziale, il conciliatore, assiste le parti in conflitto e, facilitando la comunicazione tra loro, fa emergere gli interessi complessivi alla base delle rispettive pretese in ordine alla individuazione di un accordo per entrambe soddisfacente.

Questa definizione evidenzia la costante che caratterizza il fenomeno conciliativo: la presenza di un terzo il cui intervento porta al componimento di un conflitto. Se questo elemento è sempre ricorrente, è tuttavia necessario rilevare che, stando all'esperienza concreta, si registra un'estrema varietà sia nell'utilizzo del termine conciliazione, sia nelle forme attraverso le quali essa in concreto si manifesta. Riguardo al primo aspetto, di norma, si fa riferimento tanto alla conciliazione-attività (come ad esempio nella definizione sopra offerta), tanto alla conciliazione-risultato, cioè all'esito della procedura rappresentato dalla soluzione finale della controversia¹.

Riguardo al secondo, invece, si è soliti fare una serie di distinzioni sulla base degli elementi che emergono dagli istituti di conciliazione così come recepiti dal diritto positivo².

¹ Per tutti, si veda F. LANCELLOTTI, *Conciliazione delle parti*, voce in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1961, p. 397.

² La letteratura italiana sulla conciliazione è ormai quantitativamente notevole. Con riferimento alle ricostruzioni più complete, si veda A.R. BRIGUGLIO, *Conciliazione giudiziale*, voce in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, Torino, UTET, 1988, p. 203,

Così, la conciliazione può essere innanzitutto giudiziale (o giudiziaria) nel caso in cui il procedimento sia affidato ad un soggetto facente parte dell'ordinamento giudiziario; nel qual caso sarà contenziosa⁵ o non contenziosa⁴, a seconda che il procedimento sia in-

A. ROSSI, *Conciliazione, I) Diritto processuale civile*, voce in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, F. SANTAGADA, *Conciliazione giudiziale...*, cit., p. 180, A. UZQUEDA, P. FREDIANI, *La conciliazione...*, cit. Sono numerose anche le trattazioni che affrontano lo studio della conciliazione nell'ambito della descrizione più generale del fenomeno delle *Adr*. Si veda al proposito G. DE PALO, G. GUIDI, *Risoluzione alternativa...*, cit., F.P. LUISSO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 2004, p. 1201, E. SILVESTRI, *Le alternative al processo...*, cit., p. 314, e *Osservazioni in tema di strumenti*, cit., p. 333, C. GIOVANNUCCI ORLANDI, *La conciliazione stragiudiziale: struttura e funzioni*, in G. ALPA, R. DANOVÌ (a cura di), *La conciliazione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell'avvocatura*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 217, I. TOTH, *Metodi alternativi di risoluzione...*, cit., p. 107, S. CHIARLONI, *Stato attuale e prospettive...*, cit., p. 453, M.P. CHITI, *Le forme di risoluzione...*, cit., p. 1. La conciliazione negli ordinamenti anglo-americani è chiamata *mediation*. Nonostante l'affinità terminologica essa non ha nulla a vedere con la nostra mediazione, istituto dai fini di tipo prevalentemente sociale, utilizzato per soluzione di controversie familiari, di vicinato, scolastiche o dai risvolti penalistici e caratterizzato da un livello assai elevato di informalità procedurale. La letteratura sulle tecniche di *Adr* in generale e sulla conciliazione negli ordinamenti di *common law* è sterminata. A titolo meramente esemplificativo, O.M. FISS, *Against Settlement...*, cit., p. 1076 e dello stesso Autore *Out of Eden...*, cit., p. 1669, F.E.A. SANDER, *Alternative Methods...*, cit., p. 1, H.T. EDWARDS, *Alternative Dispute Resolution: Panacea...*, cit., p. 679, S. ROBERTS, *Alternative Dispute Resolution and Civil Justice...*, cit., p. 452, J. RESNICK, *Many Doors?...*, cit., p. 230, L.L. FULLER, *Mediation. It's Forms and Functions*, in «Southern California Law Review», 1971, p. 305, P.H. GULLIVER, *On mediators*, in I. HAMMETT (a cura di), *Social Anthropology and Law*, London-New York-San Francisco, Academic Press, 1977, p. 15. Con riferimento alle opere monografiche più recenti, J.S. MURRAY, E.F. SHERMAN, *Processes of Dispute Resolution. The role of lawyers*, New York, The Foundation Press Inc., 1996, M. PALMER, S. ROBERTS, *Dispute Processes...*, cit., S.B. GOLDBERG, F.E.A. SANDER, N.H. ROGERS, *Dispute Resolution...*, cit., L. BOULLE, M. NESIC, *Mediation. Principles, Process, Practice*, London-Dublin-Edimburgh, Butterworths, 2001, H. GENN, *Mediation in Action*, London, Calouste Gulbenkian Foundation, 1999.

⁵ Lo schema conciliativo, cui fanno riferimento numerose leggi di settore, è delineato dall'art. 185 c.p.c. (il cui combinato disposto con l'art. 183 c.p.c. è stato in parte privato di effetti dalla l. 14 maggio 2005, n. 80 così come poi modificata dalla l. 28 dicembre 2005, n. 263); questa norma stabilisce che il giudice istruttore in qualunque momento dell'istruzione d'ufficio o su richiesta congiunta delle parti può interrogarle liberamente e procedere al tentativo di conciliazione. Alla stessa specie appartiene anche la conciliazione (talvolta definita quasi giudiziale per la particolare natura del procedimento) che si svolge innanzi al giudice di pace ai sensi degli artt. 320 e 322 c.p.c.

⁴ Questa seconda ipotesi è realizzata attraverso l'utilizzo della cosiddetta "finestra *Adr*" nell'ambito del processo ordinario. Nell'ordinamento italiano la norma

terno o esterno al processo in corso. Oppure può essere stragiudiziale (talvolta definita anche convenzionale); ciò avviene quando il terzo incaricato di gestire il procedimento non fa parte dell'ordinamento giudiziario, non solo dal punto di vista organizzativo ma anche sotto il profilo della formazione e della cultura professionale.

La conciliazione può inoltre essere preventiva o successiva, a seconda della sua collocazione cronologica rispetto al processo; oltre che facoltativa o obbligatoria, a seconda che il suo esperimento

di riferimento è l'art. 175 c.p.c. il cui comma 1 dispone che "Il giudice istruttore esercita tutti i poteri intesi al più sollecito e leale svolgimento del procedimento"; tuttavia, le potenzialità di questo articolo non sono ancora state sfruttate appieno, probabilmente per la mancanza di sedi credibili ove procedere al tentativo di conciliazione. La "timidezza" giurisprudenziale ma anche la complessità delle implicazioni emergono da quanto di recente stabilito da Cass., sez. I, 23 luglio 2003, n. 11424 secondo cui "in base al disposto dell'art. 175 c.p.c. il giudice deve esercitare tutti i poteri intesi al più sollecito e leale svolgimento del procedimento e, perciò, impedire, avvalendosi di essi, comportamenti processuali ed istruttorie dilatori e sostanzialmente rivolti a ritardarne la definizione; tuttavia, tale potere di direzione del giudice deve essere contemperato, non solo con il principio dispositivo della domanda e delle prove, ma anche con l'esigenza di assicurare alle parti il rispetto del diritto fondamentale, di rango costituzionale, della difesa e del contraddittorio. Ne consegue che il potere di impulso del giudice non può spingersi sino ad impedire l'esecuzione di attività istruttorie che pur avrebbero potuto essere richieste in tempi meno lunghi ed in modo più appropriato, senza necessità di integrazioni, ovvero a non prendere in considerazione, soprattutto in mancanza di eccezioni di controparte, ulteriori richieste istruttorie dirette a dimostrare punti decisivi della controversia. Da tanto deriva che, ove l'eccessivo protrarsi di un processo civile sia dipeso dalla formulazione di istanze istruttorie incomplete ad opera delle parti e dalla necessità, dalle stesse dedotta, di apportare successivamente precisazioni ed integrazioni in proposito, legittimamente la Corte d'Appello, investita della domanda di equa riparazione, nell'accertare la violazione del termine di durata ragionevole di quel processo, imputa detta protrazione al comportamento delle parti, ai sensi dell'art. 2 secondo comma della legge 24 marzo 2001 n. 89, anziché al mancato esercizio del potere di direzione da parte del giudice del processo presupposto".

Del tutto diversa è la situazione in Inghilterra ove già da qualche anno le Corti hanno elaborato una serie di progetti pilota per cercare di deviare sistematicamente dalle aule giudiziarie alcune controversie dal valore economico contenuto; sul punto specifico H. GENN, *The Central London County Court Pilot Mediation Scheme. Evaluation Report*, London, Lord Chancellor's Department, 1998, in cui l'Autrice, pur evidenziando alcuni profili critici (come la diffidenza delle parti nei confronti del conciliatore o, meglio, della sua imparzialità, da cui deriva peraltro qualche timida apertura in merito alla questione della obbligatorietà del procedimento alternativo), offre una lettura complessivamente positiva e di certo incoraggiante degli esperimenti fino ad ora compiuti.

venga lasciato alla libera determinazione delle parti, oppure venga previsto come passaggio necessario perchè l'azione giurisdizionale diventi procedibile.

Un'altra importante distinzione riguarda i poteri in concreto affidati al soggetto terzo incaricato di gestire il procedimento. Si avrà così una conciliazione di tipo "facilitativo" nel caso in cui il terzo (di norma definito semplice *orchestrator*) si limiti ad un semplice tentativo di ravvicinare le posizioni delle parti, oppure di tipo "valutativo" nel caso in cui il terzo (definito *deal maker*) prenda una posizione specifica o addirittura proponga la soluzione da adottare⁵. Sono infine possibili ulteriori distinzioni che ad esempio riguardano la natura (pubblica o privata) dell'organo incaricato di gestire il procedimento di conciliazione o la sua composizione (monocratica o collegiale) o, ancora, la procedura (amministrata o *ad hoc*⁶) cui questo deve attenersi nello svolgere l'attività cui è preposto. Si tratta tuttavia di distinzioni dal rilievo minore, in merito alle quali, per di più, non si riscontra in dottrina unanimità di scelte terminologiche.

La distinzione che comunque appare maggiormente significativa è quella tra conciliazione giudiziale e stragiudiziale. Si tratta infatti di tipi radicalmente diversi l'uno dall'altro che possono di volta in volta presentare uno o più dei caratteri distintivi ora individuati. Non è pertanto consigliabile una loro trattazione unitaria, il che induce a soffermarsi sull'analisi della sola conciliazione stragiudiziale, di maggiore rilievo ai presenti fini.

I motivi della scelta sono presto detti. Il primo è banale ma non privo di utilità: la conciliazione stragiudiziale è un fenomeno relativamente nuovo laddove, al contrario, la conciliazione giudiziale, da tempo positivizzata, è già stata ampiamente studiata. Bisogna poi sottolineare che – come la dottrina più recente unanimemente afferma⁷ – la

⁵ Si tenga presente che, come già ricordato in precedenza, questa distinzione è valorizzata in particolare a livello europeo. Infatti, delle due Raccomandazioni richiamate, la prima (1998/257/CE) è riferita, tra l'altro, ai procedimenti di conciliazione del secondo tipo, la seconda (2001/310/CE) a quelli del primo tipo.

⁶ A seconda, cioè, che i tratti prevalenti della disciplina siano fissati dall'organo terzo o in sede di preventivo accordo tra le parti.

⁷ Tra gli altri M. TARUFFO, *Forme e funzioni della conciliazione*, in «Impresa e Stato», 2002, 60, p. 65.

conciliazione giudiziale ha fino ad ora prodotto risultati assai modesti ed è fenomeno che appare in ulteriore diminuzione. Sia nella forma contenziosa prevista dall'art. 185 c.p.c., sia nella forma non contenziosa (o "quasi giudiziale" che dir si voglia) prevista, per esempio, dall'art. 322 c.p.c., in relazione alla quale le statistiche di qualche anno addietro evidenziavano addirittura un dato di cause conciliate assestato sul 4% circa⁸.

Le ragioni di questo fallimento sono molteplici. Alcune di più agevole individuazione, come quelle relative alla generale configurazione del procedimento di conciliazione. Per esempio, la disorganicità e l'errata collocazione temporale del procedimento medesimo; cercare infatti di valorizzare l'apporto collaborativo delle parti nel momento in cui i reciproci rapporti sono stati definitivamente compromessi dalla formale instaurazione del processo, non si è rivelata una scelta felice. Ciò, a prescindere dal fatto che il tentativo venga effettuato dal giudice o dal giudice di pace la cui competenza è peraltro limitata alle controversie di valore economico contenuto, elemento che probabilmente incide, di per sé, sulla stessa utilità del procedimento di conciliazione. Nel senso che in questo caso, se davvero sussiste la volontà di raggiungere un accordo, le parti ricorrono direttamente alla stipulazione di un contratto transattivo che, benché meno efficace del verbale di conciliazione, è pur sempre un accordo negoziale.

Si pensi ancora a fattori di tipo individuale, cioè relativi ai diversi soggetti che a vario titolo sono coinvolti nel procedimento. Le parti innanzitutto, che, fidandosi poco di ciò che poco conoscono, preferiscono mantenere un approccio di tipo "avversariale", chiudendo così ogni *chance* in merito all'instaurazione di un negoziato costruttivo. In ciò assecondate (se non addirittura incoraggiate) dall'atteggiamento ostruzionistico che quote non trascurabili di avvocati hanno tradizionalmente riservato alle tecniche alternative di risoluzione dei conflitti, nel timore – in realtà ingiustificato – di perdere una consistente quota di mercato. In particolare, questo dato induce una riflessione sullo scarso livello di consapevolezza dello stato di crisi della giustizia italiana e di responsabilizzazione di una parte

⁸ Il dato è riportato da *ibidem*, p. 66.

consistente del mondo forense nel saper contribuire alla ricerca di strumenti alternativi. Radicalmente diversa è la situazione negli ordinamenti di *common law*, ove l'avvocatura ha da tempo compreso le enormi potenzialità insite nella diffusione delle *Adr* non solo quale occasione per un complessivo miglioramento del sistema giustizia ma anche, per esempio, per l'individuazione di nuovi profili professionali (maggior coinvolgimento e specializzazione dei giovani) o per l'emersione di richieste di tutela altrimenti inesprese⁹.

Analoghe considerazioni devono essere svolte con riferimento al versante giudiziario, una buona parte del quale ha di certo contribuito al fallimento dei procedimenti di conciliazione giudiziale, nel complesso percepiti come un'inutile passaggio burocratico da espletare, ove possibile, con il minor sacrificio di tempo. Le ragioni di tale atteggiamento sono tuttavia profonde e riflettono il comprensibile disagio che accompagna il giudice nel momento in cui l'ordinamento gli chiede di svolgere una funzione per certi versi opposta a quella cui è istituzionalmente preposto. E questo sia nell'ipotesi in cui agisca da conciliatore in senso proprio, sia in quella in cui si limiti a controllare dall'esterno la regolarità del procedimento conciliativo.

Il problema nasce evidentemente dalla situazione paradossale che si determina nel momento in cui il legislatore dispone che il giudice non svolga il proprio compito istituzionale, che è quello di decidere¹⁰. In altre parole, ordinando al giudice di pacificare senza decidere, quando al contrario il suo ruolo si estrinseca nel decidere

⁹ In ciò favorita, a dire il vero, da una serie di misure premiali (per esempio di tipo contributivo) rapportate alla effettiva pratica delle vie informali di tutela. In sostanza, quello che contraddistingue l'esperienza giuridica del mondo anglosassone è la forte consapevolezza del fatto che o le associazioni professionali vengono in qualche misura coinvolte nei procedimenti alternativi, oppure è addirittura velleitario confidare in un definitivo consolidamento delle *Adr*. Sulla diffusione della *mediation* in Gran Bretagna e sul contributo del mondo forense sia consentito il rinvio a H. GENN, *The Central London...*, cit., p. 99, ove – tra l'altro – viene dimostrata l'esistenza di un nesso importante tra l'abilità dell'avvocato prestatore al ruolo del conciliatore e la riuscita della conciliazione. A livello statistico emerge infatti che la maggior parte delle conciliazioni ad esito positivo vedono la presenza in qualità di conciliatore del *barrister*, tipologia di avvocato che, contrapposto al *solicitor*, è generalmente considerata più prestigiosa.

¹⁰ Fondamentale al proposito è lo studio di E. RESTA, *Giudicare, conciliare...*, cit., in part. p. 564.

senza necessariamente dover pacificare, il legislatore commette un duplice errore: da un lato sottovaluta le ontologiche differenze tra il linguaggio del giudizio e quello della conciliazione; dall'altro mette in crisi il giudice, costringendolo ad un coinvolgimento che egli percepisce in pregiudizio della propria imparzialità.

Da qui gli esiti fallimentari di cui sopra. E in effetti il giudizio presuppone la collocazione *super partes* del soggetto che lo effettua; la sua indifferenza rispetto agli interessi in gioco. Per dirla altrimenti, il giudice, per essere tale, deve essere *nec utrum*, né l'uno né l'altro; neutro, appunto. Laddove invece nei procedimenti di conciliazione il conciliatore non resta distante dagli interessi delle parti; al contrario, deve farli entrambi propri, perché è soltanto attraverso questo coinvolgimento diretto che egli riesce ad attivare le loro risorse comunicative, "ribaltando il potenziale distruttivo del conflitto e trasformandolo in occasione di espressività riconciliativa"¹¹. Si è in presenza di una funzione per certi versi maieutica che nulla ha in comune con la lontana prospettiva propria, necessariamente, del giudice.

Non per questo, è bene precisarlo, il conciliatore deve essere considerato soggetto parziale; la sua imparzialità, tuttavia, differisce da quella del giudice. Questa infatti presuppone la distanza del soggetto che decide ed è proprio tale distanza che legittima l'autorità della decisione. Nella conciliazione invece, come si vedrà, il soggetto non decide ma si limita a sciogliere il conflitto, a decomporlo nei suoi elementi strutturali. Per poterlo fare, deve avvicinarsi e far propri gli interessi delle parti; senza che ciò implichi alcuna attività di scelta o anche solo di semplice e parziale preferenza dell'uno a scapito dell'altro.

2. *La conciliazione stragiudiziale amministrata nell'attuale ordinamento*

Le perplessità finora evidenziate non smentiscono il ruolo, pur marginale, della conciliazione giudiziale quale strumento di differenziazione dell'offerta di giustizia. Tuttavia, gli scarsi risultati da

¹¹ Le parole sono di E. RESTA, *ibidem*, p. 572.

questa ottenuti hanno di recente indotto il legislatore a ricercare altre forme di conciliazione che sappiano meglio rispondere alle aspettative di giustizia del cittadino.

In quest'ottica di estremo interesse è la conciliazione stragiudiziale "professionale"¹². Si è già detto che con tale espressione si fa riferimento a quel tipo di conciliazione che resta totalmente estranea al processo. Da un lato perché si colloca in una fase ad esso antecedente, in cui i rapporti fra le parti, non ancora definitivamente compromessi dalla formalizzazione del ricorso, possono essere gestiti con spirito di collaborazione; dall'altro, perché il suo svolgimento è affidato a soggetti non organicisticamente collegati con il potere giudiziario ma professionalmente qualificati, con il compito di "amministrarla" in via permanente, dettando le regole (laddove non siano previste dalla legge) che ne disciplinano in concreto l'organizzazione e garantendo che il suo svolgimento sia realizzato secondo parametri di professionalità, correttezza e indipendenza.

Sotto il profilo classificatorio inoltre, questi organi possono essere privati (come, ad esempio, nell'ipotesi dei procedimenti di conciliazione ed arbitrato presso Telecom Italia S.p.a., Poste Italiane, Ania o in quella dell'*ombudsman* bancario istituito su accordo del Consiglio e del comitato esecutivo dell'Abi, cui oggi si aggiunge il Conciliatore bancario, patrocinato dall'Abi e partecipato da alcuni grandi gruppi bancari¹³), oppure pubblici.

Ed è proprio alla seconda categoria di sedi conciliative che sono dedicate le riflessioni seguenti, in ragione del fatto che soltanto questa, per la natura pubblica del soggetto di riferimento, può essere descritta in termini giustiziali. Sempre che, in conformità a quanto precedentemente rilevato, tale soggetto possa essere considerato indi-

¹² Si veda quanto stabilito dal d.m. 222/2004 in tema di formazione dei conciliatori e loro qualificazione professionale, seppur con riferimento al solo ambito del diritto societario. In questi termini si sta dunque assistendo ad un rovesciamento della prospettiva tradizionale che A.R. BRIGUGLIO, *Conciliazione...*, cit., p. 210, definisce di *favor* legislativo per la sola conciliazione giudiziaria.

¹³ Per un approfondimento delle procedure di conciliazione che si svolgono presso questi soggetti sia consentito il rinvio a G. ALPA, *Riti alternativi...*, cit., p. 426 e più di recente a G. ROMUALDI, *La conciliazione amministrata: esperienze e tendenze in Italia*, in «Riv. arb.», 2005, p. 420.

pendente rispetto agli interessi delle parti e sia in grado di garantire un effettivo contraddittorio; verifica, quest'ultima, agevolata dal fatto che nei procedimenti conciliativi la disputa si chiude soltanto con l'accordo tra le parti che presuppone a sua volta il coinvolgimento e l'attiva partecipazione di entrambe al procedimento¹⁴.

Orbene, anche in questo caso si tratta di ipotesi assai eterogenee tra loro, sia sotto il profilo organizzativo sia sotto il profilo più strettamente procedurale, le quali, tuttavia, possono essere ricondotte ad unità nel momento in cui si assume la natura pubblica e non giurisdizionale del soggetto responsabile quale elemento caratterizzante le diverse fattispecie. Tre, in particolare, sono gli esempi che più interessano ai fini qui prefissati; di tali esempi verranno verificati in particolare gli aspetti che ne consentono la classificazione in termini giustiziali.

2.1. *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro pubblico*

Un primo richiamo deve essere fatto ai procedimenti di conciliazione previsti in tema di controversie individuali di lavoro pubblico¹⁵. Il tentativo obbligatorio di conciliazione previsto dagli artt. 65 e 66 del

¹⁴ E infatti, come si insegna negli ordinamenti di *common law*, il problema del contraddittorio nelle procedure in esame non coinvolge tanto l'aspetto (insito nel concetto stesso di conciliazione) della partecipazione attiva dei soggetti al procedimento ma, più che altro, quello delle modalità attraverso le quali tale partecipazione si realizza. Di grande interesse al proposito è il vivace dibattito in merito alla opportunità che il conciliatore incontri le parti non soltanto insieme ma anche separatamente, utilizzando quella particolare tecnica definita *caucusing*. Il punto è approfondito da I. ТОНН, *Metodi alternativi...*, cit., p. 111.

¹⁵ Si precisa che si farà riferimento ai soli procedimenti di conciliazione e non anche a quelli di arbitrato che – come stabilito dall'art. 55 d.lgs. 165/2001 in combinato con quanto già previsto dal contratto collettivo nazionale quadro in materia di procedure di conciliazione e arbitrato siglato in data 23 gennaio 2001 – pur intrecciandosi con i primi (per esempio l'art. 4 del c.c.n.q. prevedeva l'obbligo per l'arbitro di esperire un tentativo di conciliazione che sostituisce e produce gli stessi effetti di quello ex art. 66), hanno ad oggetto le sole controversie scaturite in seguito alla comminazione di sanzioni disciplinari. Si tratta dunque di una procedura arbitrale la cui specificità settoriale trascende le finalità prefissate in questa sede.

d.lgs. 165/2001 deve essere effettuato innanzi al collegio di conciliazione istituito presso la Direzione provinciale del lavoro. Il collegio è composto dal direttore della Direzione (che lo presiede in via permanente) e dai rappresentanti nominati di volta in volta dalle parti. Si tratta pertanto di un organo collegiale la cui composizione varia in funzione della specifica controversia che il collegio è chiamato a dirimere.

Questo elemento, raffrontato con la disciplina delle controversie di lavoro privato – in base alla quale il tentativo di conciliazione *ex art. 410 c.p.c.* viene effettuato innanzi ad una commissione, anch'essa situata presso la Direzione provinciale del lavoro, che però è a composizione fissa – ha indotto parte della dottrina a manifestare qualche motivo di perplessità in ordine alla affidabilità in concreto del collegio. Si teme, in altri termini, che la mutevole composizione dell'organo collegiale arrechi pregiudizio alla sua capacità di gestire l'intera procedura in maniera imparziale¹⁶.

Questi rilievi non sembrano tuttavia condivisibili soprattutto se riferiti ai procedimenti che si concludono con un accordo tra le parti, in rapporto ai quali, addirittura, la collegialità può rappresentare un fattore di stimolo più che di deterrenza. Il fatto, cioè, che siano gli stessi rappresentanti delle parti, coordinati e diretti dal presidente, ad agire in funzione di conciliatori sembra più che altro agevolare la loro capacità di far propri gli interessi dei soggetti in lite; cosa che accresce le possibilità di emersione della volontà conciliativa delle parti cui tende l'azione del conciliatore.

Sotto il profilo strettamente procedurale (per esempio forma e contenuto dell'istanza, sospensione dei termini di decadenza per proporre l'azione giurisdizionale, termine per l'espletamento del tentativo, efficacia esecutiva del verbale sottoscritto da entrambe le parti, sua impugnabilità¹⁷ e così via) la conciliazione nelle controversie in materia di pubblico impiego è oggetto di numerose trattazioni

¹⁶ A titolo esemplificativo, R. VOZA, *Collegio di conciliazione*, in F. CARINCI, M. D'ANTONA, *Il lavoro alle dipendenze...*, cit., 1962.

¹⁷ Invero, a questo proposito l'art. 66, c. 5, nell'affermare che "alla conciliazione non si applicano le disposizioni dell'art. 2113, commi primo, secondo e terzo del codice civile" dispone la non impugnabilità in sede giurisdizionale dell'accordo sottoscritto da entrambe le parti. Questa norma ha senz'altro carattere eccezionale.

specialistiche¹⁸ e presenta molti punti di contatto con altre tipologie conciliative che saranno in seguito meglio delineate. Vi è un aspetto, tuttavia, sul quale è opportuno soffermarsi non solo perché proprio esclusivamente delle conciliazioni ora trattate, ma anche per le indicazioni di carattere generale che da esso è possibile trarre in una prospettiva *de iure condendo*.

Si fa riferimento all'obbligatorietà del tentativo. Trattando in generale del rapporto tra strumenti alternativi di tutela e processo, si è in precedenza espressa una cauta preferenza per le soluzioni che, senza porsi in contrasto con il disposto costituzionale, subordinano la procedibilità dell'azione giurisdizionale al previo esperimento di un tentativo di composizione del conflitto effettuato in sede stragiudiziale. La preferenza espressa è apparsa in linea non soltanto con i più recenti orientamenti della Corte costituzionale¹⁹ che ha più volte sottolineato le potenzialità deflative delle disposizioni che obbligano le parti a differire nel tempo l'esercizio dell'azione; ma anche con l'esigenza, particolarmente sentita nelle ipotesi di squilibrio tra le parti di una controversia, di arginare il fenomeno che induce il soggetto più forte a speculare sui tempi di conclusione del giudizio.

Orbene, quanto affermato in via generale trova conferma anche riguardo alla conciliazione?

La domanda nasce dal fatto che si è in presenza di uno strumento in cui la volontà delle parti in conflitto esercita un ruolo decisivo per tutta la durata della procedura ricevendo definitiva consacrazione nell'accordo finale. Il dato strettamente giuridico, così come interpretato dalla giurisprudenza costituzionale, sembrerebbe sollecitare una risposta positiva a questo quesito. Sebbene in realtà, una parte della dottrina – con considerazioni non certo infondate – abbia manifestato qualche perplessità sulla legittimità costituzionale dell'obbligatorietà in tutte le ipotesi in cui la conciliazione non è lo strumento più idoneo

¹⁸ Tra cui A. PIZZOFERRATO, *Giustizia privata del lavoro...*, cit., p. 39, V. PINTO, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro privato e pubblico*, in F. CARINCI, M. D'ANTONA, *Il lavoro alle dipendenze...*, cit., p. 1897, V. TENORE (a cura di), *Le nuove controversie sul pubblico impiego privatizzato e gli uffici del contenzioso*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 152.

¹⁹ Proprio in tema di controversie di lavoro, Corte cost., 6 luglio 2000, n. 276, in «Giur. cost.», 2000, in part. p. 2158.

per la composizione del conflitto. Si pensi, per esempio, alle controversie in cui la tutela del lavoratore non riguarda direttamente un diritto patrimoniale ma dipende dal ripristino o dalla rimozione di uno stato di fatto; quest'aspetto sembra limitare in radice l'utilità dello strumento conciliativo con la conseguenza che l'obbligatorietà del tentativo rischia di tradursi in una inutile dispersione di tempo e risorse²⁰.

Tuttavia, se anche si prescinde da quest'ultimo rilievo di legittimità, la risposta positiva non sembra convincere fino in fondo.

Per due ragioni, entrambe di opportunità: la prima è stata in parte esposta nel formulare la domanda e risiede nella natura strettamente negoziale del procedimento di conciliazione; esso presuppone infatti l'effettiva volontà cooperativistica delle parti, la quale non sembra possa essere efficacemente stimolata attraverso un meccanismo che le obbliga a tentare di comporre ciò che queste, come spesso avviene, non hanno alcuna reale intenzione di comporre. La seconda poggia su alcune rilevazioni statistiche riguardanti la riuscita dei tentativi di conciliazione nel pubblico impiego²¹, dalle quali emerge che gli esiti positivi sono diminuiti non soltanto in senso relativo ma, ciò che più importa, in senso assoluto.

In sostanza si nota che oggi, a fronte di un maggior numero di tentativi esperiti, si conciliano un minor numero di controversie rispetto al passato. Il problema nasce dal fatto che l'obbligatorietà del tentativo non consente di distinguere tra istanze assistite da una reale volontà conciliativa e istanze che, al contrario, vengono inoltrate soltanto per ottemperare al comando legislativo. Ciò comporta, in definitiva, il sovraccarico dell'attività dei collegi che, non riuscendo a convocare le parti entro i 60 giorni decorsi i quali l'azione giurisdizionale diviene comunque procedibile, finisce per non riuscire a conciliare neppure le controversie del primo tipo, cioè quelle sorrette da un effettiva intenzione compositiva delle parti.

D'altro canto, come si è più volte sottolineato, l'obbligatorietà del tentativo può costituire un fattore di riequilibrio tra le parti in conflitto, inducendo la pubblica amministrazione all'abbandono

²⁰ È quanto rileva V. PINTO, *Il tentativo obbligatorio...*, cit., p. 1959.

²¹ M. TARUFFO, *Forme e funzioni...*, cit., p. 66, e S. CHIARLONI, *Conciliare, ma senza imporre*, in «Impresa e Stato», 2002, 60, p. 71.

delle strategie dilatorie cui è spesso indotta anche in ragione della durata del processo.

La realtà è che non è possibile dare al quesito una risposta assoluta: dipende dai casi, dai settori, dalla “posta in gioco” e dal luogo presso il quale il tentativo viene in concreto esperito. Per esempio, nel settore delle comunicazioni elettroniche, l’obbligatorietà del tentativo ha funzionato a dovere come in seguito si avrà occasione di sottolineare. Il problema resta dunque aperto benché il dato statistico, oltre che significativo punto di riferimento per un’eventuale estensione del ricorso alla giustizia conciliativa, sia sufficiente nel dimostrare la necessità di ripensare l’attuale configurazione delle conciliazioni nel pubblico impiego.

2.2. *La conciliazione presso le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura*

Di maggior interesse rispetto alla precedente in quanto utilizzabile in via generale per la risoluzione delle controversie nell’ambito del consumo, è l’ipotesi di conciliazione stragiudiziale che si svolge innanzi alle commissioni di conciliazione istituite presso le Camere di commercio²². Ai sensi dell’art. 2, c. 4, della l. 580/1993, le Camere di commercio possono “promuovere la costituzione di commissioni arbitrali e conciliative per la risoluzione delle controversie tra imprese e tra imprese e consumatori ed utenti”.

²² Le Camere di commercio sono tradizionalmente definite enti pubblici autonomi. Esse contribuiscono quindi ad evidenziare quello che G. DELLA CANANEA, *La risoluzione delle controversie nel nuovo ordinamento dei servizi pubblici*, in «Riv. ital. dir. pubbl. comunit.», 2001, p. 743, descrive come fenomeno di arricchimento dell’offerta di giustizia senza contestuale recessione della sfera pubblica; non si comprende dunque il motivo per il quale una parte della dottrina si ostini ad attribuire carattere privatistico al servizio di giustizia conciliativa offerto dalle Camere (in tal senso F. SANTIAGADA, *Conciliazione...*, cit., p. 196, o in senso più sfumato G. ALPA, *Riti alternativi...*, cit., p. 403). Sulle Camere di commercio in generale e sul significato della loro autonomia, si veda G. MARCHI, *Il ruolo delle Camere di commercio dopo le riforme degli anni Novanta*, in C.E. GALLO, A. POGGI (a cura di), *Le autonomie funzionali*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 73, nonché D. MORANA, *Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura*, voce in *Enc. Dir., aggiorn.*, VI, Milano, Giuffrè, 2002, p. 211.

Si tratta, come si evince dalla norma per intero riportata, di una mera possibilità. Ciononostante, secondo i dati diffusi da Unioncamere tutte le Camere di commercio hanno ormai provveduto ad istituire al proprio interno le suddette commissioni; a ciò indotte, probabilmente, dalla crescita esponenziale dell'interesse che il legislatore degli ultimi anni ha dimostrato nei confronti dei procedimenti (talvolta previsti in termini di obbligatorietà) di soluzione alternativa delle controversie da queste amministrati²³.

Tra i numerosi esempi, si può ricordare in ordine cronologico la l. 481/1995 che, all'art. 2, c. 24, lett. b), prevede la possibilità di rimettere in prima istanza la risoluzione delle controversie tra utenti e soggetti esercenti il servizio alle commissioni istituite dalle Camere di commercio; obbligatorio è poi il tentativo di conciliazione previsto in base all'art. 1, c. 11 e 12, della l. 249/1997 per la risoluzione delle controversie tra imprese esercenti il servizio nell'ambito delle comunicazioni ed utenti²⁴; ancora obbligatorio è il tentativo di conciliazione previsto dall'art. 10 della l. 192/1998 (disciplina della subfornitura nelle attività produttive) da effettuarsi presso la Camera di commercio nel cui territorio ha sede il subfornitore; facoltativo è invece il tentativo *ex art.* 3, c. 2, della l. 281/1998, promosso dalle associazioni

²³ A dire il vero le commissioni in esame possono essere configurate in concreto secondo tre differenti modalità organizzative indicate in ordine crescente di autonomia rispetto all'ente camerale di riferimento: ufficio interno della Camera di commercio che risulta essere la modalità maggiormente diffusa, azienda speciale e associazione non riconosciuta.

²⁴ Questa norma, a dire il vero, si riferisce al tentativo obbligatorio di conciliazione effettuato presso l'autorità, ma deve essere letta in combinato disposto con quanto previsto dal Regolamento attuativo emanato dall'autorità con delibera 173/2007 il cui art. 13 dispone che "in alternativa alla procedura conciliativa dinanzi al Corecom, gli interessati hanno la facoltà di esperire il tentativo obbligatorio di conciliazione, anche in via telematica, dinanzi agli organi di composizione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo, di cui all'articolo 1, lettera o del presente Regolamento [...] e che rispettino i principi di trasparenza, equità ed efficacia di cui alla Raccomandazione 2001/310/CE"; dunque, anche dinanzi alle commissioni di conciliazione presso le Camere di commercio. Sul tema, oltre a quanto in seguito precisato, si rinvia a G. DELLA CANANEA, *Le procedure di conciliazione e arbitrato davanti alle autorità indipendenti*, in AIPDA, *Annuario 2002*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 269 e ss. e a G. NAPOLITANO, *I rapporti tra organismi di telecomunicazione e utenti*, in F. BONELLI, S. CASSESE (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 285.

dei consumatori e degli utenti; l'art. 4, c. 3, della l. 135/2001, affida alle Camere di commercio la risoluzione delle controversie tra imprese e tra imprese e utenti nell'ambito della fornitura di servizi turistici; infine, gli artt. 38, 39, 40 del d.lgs. 5/2003, affidano alle Camere di commercio le procedure di conciliazione in materia societaria. Questa disciplina, peraltro, è destinata ad applicarsi anche alle controversie relative ai contratti di *franchising*, ai sensi della l. 129/2004 (disciplina dell'affiliazione commerciale), oltre che ai patti di famiglia nell'impresa, ai sensi della l. 55/2006; si tratta, in altre parole, di una soluzione destinata ad influenzare la futura produzione normativa²⁵.

Dal punto di vista procedurale, i procedimenti di conciliazione in esame non presentano tra loro margini rilevanti di differenziazione; questo fatto è senz'altro positivo ed è dovuto al ruolo svolto da Unioncamere nel fornire alle diverse Camere di commercio i criteri guida per la predisposizione di procedimenti dai tratti omogenei, tra i quali merita ai presenti fini di essere segnalato il rispetto del principio del contraddittorio²⁶.

Un aspetto, tuttavia, appare degno di nota: il fatto che, diversamente dalle conciliazioni nell'ambito del pubblico impiego, la legge non attribuisce valore di titolo esecutivo al verbale di conciliazione; esso avrà pertanto valore esclusivamente contrattuale, con tutto quel che ne deriva in termini di minor effettività della procedura, dato che l'esecuzione degli obblighi contenuti nel verbale resta sostanzialmente affidata alla correttezza di entrambe le parti. Quest'aspetto è indice di una certa timidezza da parte del legislatore che, probabilmente, nel 1993 ancora non era in grado di prevedere né la successiva diffusione normativa (anche a livello comunitario), né le effettive potenzialità giustiziali insite nella pratica dello strumento conciliativo presso le Camere di commercio che oggi tendono, al

²⁵ Per un'analisi ad ampio raggio delle più recenti tendenze normative in materia di conciliazione ed arbitrato G. BERNINI, *Giustizia non giurisdizionale e natura del contenzioso: conciliazione ed altri metodi di composizione extragiudiziale nell'attuale prospettiva dell'ordinamento italiano*, Relazione tenuta al convegno di Rimini sul tema "Cultura del conflitto e risoluzione alternativa delle controversie civili e commerciali" (ADR), 28-29 settembre 2001.

²⁶ Il nuovo Regolamento è stato approvato nel maggio 2005 ed è consultabile al sito www.unioncamere.it

contrario e con intensità crescente, a proporsi quali stabili protagonisti nel composito mondo della giustizia alternativa.

Questa timidezza emerge poi da un ulteriore aspetto. La l. 580 ha infatti lasciato ampi margini di discrezionalità alle singole Camere nella determinazione di alcuni profili essenziali dell'assetto organizzativo delle commissioni. Per esempio, alle Camere è affidata la scelta in merito alle qualità soggettive dei membri della commissione (*expertise* di tipo esclusivamente giuridico o tecnico professionale a seconda del settore di riferimento) o, ancora, in merito alla determinazione della loro struttura (collegiale, monocratica o variabile a seconda del tipo di controversia) e così via.

Ora, ciò può essere positivo laddove la flessibilità ha il merito di accrescere la capacità di adattamento e la funzionalità di un'istituzione che, operando a livello locale ed a tutela di interessi di settore, è destinata ad incidere sul tessuto economico e sociale a seconda delle peculiarità territoriali.

Al tempo stesso, tuttavia, non va dimenticato il dato strutturale riguardante la rappresentatività e i criteri di partecipazione degli iscritti alle Camere di commercio, fattori questi che inducono a ritenere precaria (talvolta in misura manifesta) la loro "tenuta istituzionale" rispetto alle pressioni locali cui in concreto risultano sottoposte. Con inevitabili ricadute sulla credibilità – in termini di livello minimo di indipendenza rispetto agli interessi delle parti in conflitto – delle stesse commissioni conciliative.

Questo induce una considerazione: nonostante le enfatiche affermazioni contenute nella l. 580/1993, l'orientamento di chi tende a qualificare le Camere di commercio come "autorità decentrate a garanzia del mercato"²⁷, non sembra rispecchiare adeguatamente la realtà. Ciò non toglie che esse siano comunque in grado di svolgere,

²⁷ Manifesta perplessità in tal senso E. MINERVINI, *Le Camere di Commercio e la conciliazione delle controversie*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 2001, p. 939. Del resto, anche secondo l'interpretazione della Corte costituzionale (Corte cost., 8 novembre 2000, n. 477, in «Giur. cost.», 2000, p. 3708), il significato dell'autonomia conferita alle Camere dall'ordinamento è speculare rispetto all'autonomia riconosciuta ai privati nell'ambito delle attività economiche facenti capo alle Camere stesse; ciò significa che è scorretto inferire una qualche forma di corrispondenza tra questo tipo di autonomia e quella delle vere e proprie autorità indipendenti.

in termini generali, la funzione di garanzia cui sono preposte²⁸. Ma, in relazione all'esercizio della funzione conciliativa secondo i parametri in precedenza individuati propri delle amministrazioni giustiziali, la discrezionalità di cui godono le singole Camere appare eccessiva e comunque non idonea a garantire il livello minimo necessario di indipendenza.

Questo in via generale, sia chiaro. La realtà è infatti diversificata al punto tale che, accanto ad esempi di commissioni che sicuramente non rispettano i parametri di cui sopra, ve ne sono altre che al contrario agiscono garantendone il pieno rispetto. La vera scommessa consiste dunque nel ricondurre i servizi conciliativi delle diverse Camere di commercio a medesimi livelli di qualità ed efficienza operativa.

Ciò appare possibile, stante l'attuale eterogeneità, soltanto se le Camere sapranno ricercare la collaborazione di altri soggetti "istituzionalizzati" a livello territoriale, secondo le linee di un modello di "indipendenza" dei soggetti deputati alla risoluzione delle controversie, non già caratterizzato (sulla falsariga degli ordinamenti giudiziari) dall'isolamento, per certi versi autoreferenziale, dell'organo che compone il conflitto, bensì dalla reciproca neutralizzazione degli interessi contrapposti prodotta dalla loro costante contaminazione interattiva²⁹.

²⁸ E. MINERVINI, *Le Camere di Commercio...*, cit., p. 942, parla al proposito di contraddittorietà della funzione delle Camere di commercio tenute a salvaguardare gli interessi del mercato e, al tempo stesso, dei consumatori.

²⁹ A questo proposito appare di grande interesse il percorso seguito da alcune Camere di commercio che, una volta istituita la propria commissione di conciliazione, hanno stipulato una serie di protocolli d'intesa con i Consigli dell'Ordine degli avvocati, garantendosi in tal modo la collaborazione attiva della categoria sia in termini di fissazione concordata della disciplina dell'organizzazione e del funzionamento della commissione, sia in termini di promozione e diffusione dei programmi di conciliazione da questa offerti. Per esempio, nel protocollo siglato dalla Camera di Rimini nel luglio 2002, si afferma che le parti, "al fine di sfruttare tutte le possibili sinergie per lo sviluppo di una cultura e pratica della conciliazione nel territorio riminese", si impegnano a predisporre lo Statuto e il regolamento della commissione di conciliazione, a realizzare tutte le iniziative utili per una corretta formazione dei conciliatori e ad individuare concordemente le risorse umane ed economiche necessarie provvedendo alla ripartizione dei relativi oneri finanziari. Gli sviluppi di questo modello meritano pertanto di essere osservati con attenzione.

Si potrebbe incoraggiare, in altre parole, ciò che gli studi sui processi decisionali pubblici ad ampia partecipazione hanno da tempo evidenziato: i diversi soggetti, anche organizzati in forme più o meno esplicite di *lobby*, dunque portatori di interessi radicalmente contrapposti tra loro, se fatti confluire allo “scoperto” di una sede ufficialmente deliberativa, sono spinti ad adottare una prospettiva di tipo sinottico, e a prendere in considerazione (solo) ciò che può essere giustificato in riferimento all’interesse collettivo, di cui l’interesse individuale rappresenta una (seppur minima) porzione. Questo, da un lato, per l’oggettiva difficoltà di farsi “paladini” in via esclusiva del proprio interesse all’interno di un contesto istituzionalizzato e collettivo; dall’altro, perché trattandosi di interessi contrapposti è elevato il rischio di perdere su tutta la linea, qualora non dovesse prevalere la propria opzione, ragion per cui si preferisce assumere un atteggiamento più cooperativo³⁰. Va da sé che in tal modo, nonostante la lontananza delle condizioni iniziali, diviene possibile il perseguimento di obiettivi comuni.

Di recente, peraltro, sembra si sia in parte attenuata la diffidenza mostrata dagli operatori nell’utilizzare i servizi di conciliazione offerti dalle Camere. Le statistiche al riguardo paiono incoraggianti e, al di fuori del caso della Camera di commercio di Milano da tempo particolarmente attiva e dunque non statisticamente significativo³¹, non si può concordare con l’orientamento che definisce ancora marginale il fenomeno della conciliazione³², in ragione di una inadeguata pubblicizzazione, di una imperfetta disciplina procedimentale e della decisa azione di boicottaggio contro di esse intrapresa da una parte consistente del mondo forense. Se anche ciò è stato, la realtà di oggi sembra diversa. Il Rapporto 2005 sul sistema camerale diffuso da Unioncamere evi-

³⁰ Sui processi decisionali pubblici come strumento di sintesi o quantomeno di riduzione della complessità si veda J. HABERMAS, *Fatti e norme: contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, Guerini, 1996. La tesi sopra riportata è di J. ELSTER, *Deliberation and Constitution Making*, in J. ELSTER (a cura di), *Deliberative Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, pp. 101-102.

³¹ Sulle attività giustiziali della Camera di commercio di Milano si veda G. SCHIAVONI, *Il progetto della Camera di Milano per una giustizia civile*, in «Impresa e Stato», 1997, 40, p. 20.

³² In questo senso M. TARUFFO, *Forme e funzioni...*, cit., p. 67, ma il rilievo è pressoché indiscusso.

denzia che dal 1997 al 2004 sono state effettuate 10.280 conciliazioni; la cifra, non alta in assoluto, diviene significativa se si considera che, mentre nel 1997 il numero ammontava a 112, nel 2004 le domande presentate risultano essere 4.500. Interessante anche il dato che indica in € 49.631 il valore medio della controversia (dunque alto rispetto alle finalità perequative in precedenza segnalate) e in 43 giorni il tempo medio necessario per la chiusura del procedimento³³.

Questo è il quadro complessivo della conciliazione presso le Camere di commercio. Si tratta di un quadro in continua evoluzione sia a livello normativo, sia a livello di iniziative intraprese dalle singole Camere. La cui generica configurazione quali enti di riferimento del sistema economico locale consente di valorizzarne l'indole giustiziale in relazione alla gestione del contenzioso che nasce all'interno del sistema medesimo.

E infatti, un dato sembra ormai incontrovertibile: le attività conciliative ora esaminate hanno in questi ultimi anni acquisito un ruolo sempre più centrale nell'ambito delle attribuzioni proprie delle Camere di commercio. Ciò ha comportato una modificazione del modo stesso in cui queste vengono percepite dal mondo dell'impresa e da quello del consumo, cioè dai due protagonisti principali sugli interessi dei quali l'attività delle Camere è destinata ad incidere. Ecco perché sembrerebbe interessante a questo punto verificare – evidentemente non in questa sede – in che termini tale mutata percezione si rifletta sulla stessa configurazione istituzionale delle Camere di commercio, eventualmente modificandone la caratterizzazione funzionale all'interno delle specifiche comunità di riferimento.

2.3. Le Camere di conciliazione presso i tribunali

Un ulteriore luogo di giustizia conciliativa operante all'interno del nostro ordinamento è rappresentato dalle Camere di conciliazione istituite, ad opera dei Consigli dell'ordine degli avvocati, presso i tribunali di relativa pertinenza. In realtà sono ancora pochissime (secon-

³³ Il Rapporto è consultabile al sito www.unioncamere.it.

do gli ultimi dati a disposizione, Roma, Forlì, Catania, Napoli, Monza), ma l'esempio appare di estremo interesse nella misura in cui, tra l'altro, a differenza delle ipotesi precedenti, tali Camere operano per la risoluzione di controversie dall'oggetto non specifico e, dunque, al di fuori di qualunque limite di materia. Un breve accenno all'esempio più significativo, quello romano, può essere di qualche interesse³⁴.

Attivata nell'aprile del 1996, la Camera di conciliazione di Roma ha potuto inizialmente usufruire dell'apporto fondamentale della Corte d'appello. Il dato è importante e rappresenta un'interessante eccezione nell'ambito dei rapporti, spesso difficili, tra giudici e avvocati. In questo caso infatti, come da tempo avviene negli ordinamenti di *common law*, i principali operatori del diritto, preso atto della situazione di crisi in cui versa la giustizia italiana, hanno deciso di affrontare uno sforzo sinergico per offrire al cittadino un'alternativa alle ordinarie vie giurisdizionali credibile e destinata a migliorare la "vivibilità" del comune ambiente professionale. Il punto deve essere adeguatamente sottolineato e costituisce l'occasione per ribadire l'opportunità che qualunque intervento diretto a differenziare l'offerta di giustizia sia effettuato attraverso il pieno coinvolgimento (quantomeno) del mondo forense.

Un apposito regolamento disciplina l'organizzazione ed il funzionamento della Camera che risulta retta da un Consiglio composto da tre membri, uno dei quali è nominato dal Consiglio dell'ordine, l'altro dal Presidente della Corte d'appello ed il terzo, con funzione di Presidente, dai primi due. Non è stato possibile accedere ai dati quantitativi relativi al funzionamento della Camera di conciliazione di Roma e non si può quindi conoscere con esattezza il suo livello di produttività. Tuttavia, a detta di alcuni responsabili, circa il 40% delle istanze annualmente ricevute viene normalmente conciliato; il dato, se reale, merita di essere apprezzato. Ciò che invece deve essere senz'altro perfezionato è il livello di professionalità del conciliatore nella gestione complessiva del procedimento e la sua impermeabilità rispetto alle pressioni ambientali provenienti dal contesto locale.

³⁴ F. BADÓ, F. CAROLEO, *La Camera di conciliazione di Roma. Costituzione, evoluzione, esperienze e riflessioni*, in «Documenti Giustizia», 2000, 5, p. 817.

3. *La conciliazione stragiudiziale nell'attività di progettazione normativa: uno sguardo in prospettiva*

A conferma dell'accresciuto interesse legislativo, negli ultimi anni sono stati presentati alcuni disegni di legge aventi ad oggetto l'istituto della conciliazione stragiudiziale³⁵. Alcuni di questi si segnalano in particolare per ampiezza di prospettive e capacità innovativa: si tratta, innanzitutto, del d.d.l. 2463/C recante "norme per la promozione della conciliazione stragiudiziale professionale" e più di recente del d.d.l. 5492/C recante "disposizioni per la promozione della conciliazione stragiudiziale"³⁶. Per certi versi si può dire che se il primo ha ispirato l'impianto complessivo della conciliazione in materia societaria introdotta con il d.lgs. 5/2003, il secondo fa proprio tale impianto mediante un esplicito rinvio disciplinare ma aggiungendo un *quid novi* che consente di ampliare l'ambito delle controversie e di anticipare quanto ipotizzato in sede di proposta di Direttiva a livello comunitario³⁷.

Si tratta dunque di atti che, pur diversi per valore giuridico e ampiezza di intervento, sono accomunati dal medesimo fine e pertanto si influenzano reciprocamente. Può dunque essere utile, per comprendere meglio le tendenze in atto all'interno del nostro ordinamento, analizzarli in maniera unitaria, facendo esclusivo riferimento all'impianto complessivo (e virtuale) di principio che ne emerge.

Orbene, sembra che la direzione intrapresa vada verso la fissazione di una disciplina generale della conciliazione stragiudiziale, che potrà così essere utilizzata con riferimento al più ampio numero di controversie; si è dunque in presenza di un intervento di tipo tra-

³⁵ Per un confronto analitico tra i diversi disegni di legge in tema di strumenti alternativi di soluzione delle controversie sia consentito il rinvio a M. GIOVANNINI, *Giustizia in crisi: considerazioni a margine di un dibattito non sempre costruttivo*, in «Politica del diritto», 2004, p. 308.

³⁶ Si noti che entrambi sono da ricondurre alla medesima iniziativa parlamentare. Il primo, presentato alla Camera il 5 marzo 2002, riprende e perfeziona (anche nel senso di un rafforzamento del ricorso agli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie) il precedente d.d.l. 541/C presentato alla Camera il 6 giugno 2001. Il secondo è stato presentato alla Camera il 15 dicembre 2004.

³⁷ Si tratta della proposta di Direttiva 718 da attuarsi entro l'anno 2007.

sversale, destinato non solo ad influenzare la successiva produzione normativa di carattere settoriale ma anche a produrre effetti sulle fattispecie conciliative già previste dall'ordinamento.

Questo è un profilo essenziale: la fissazione di una disciplina generale della conciliazione stragiudiziale è un imprescindibile punto di partenza per un serio sviluppo della pratica conciliativa, troppo condizionata, oggi, dalla profonda eterogeneità delle soluzioni in concreto prospettate dal diritto positivo.

La conciliazione stragiudiziale viene definita come quella procedura "in cui un terzo soggetto neutrale, diverso dal giudice competente, facilita la comunicazione e la negoziazione tra le parti coinvolte in una controversia al fine di promuoverne la risoluzione consensuale tramite un accordo". La precisazione è importante in quanto, oltre a chiarire al di là di ogni dubbio la natura negoziale del procedimento e dell'atto che lo conclude (con tutto ciò che ne deriva in merito al regime giuridico di un'eventuale sua impugnazione che dovrà necessariamente seguire il regime previsto per l'impugnazione dei normali contratti), attribuisce al conciliatore, dopo averne peraltro ribadito la necessaria neutralità, poteri esclusivamente facilitativi nella composizione della controversia. In altre parole, in conformità alla natura schiettamente negoziale del procedimento, il legislatore opta per un conciliatore configurato più in termini di *orchestrator* che non di *deal maker*.

Il conciliatore (e questa è un'altra novità) deve poi essere adeguatamente formato dall'organismo di appartenenza che deve garantirne la preparazione, l'esperienza generale in tema di conciliazione e la competenza in materie specifiche.

Vengono affermati i principi generali e inderogabili cui deve essere improntata l'intera procedura di conciliazione, richiamando esplicitamente quelli comunitari stabiliti in materia di consumo. Informalità, concentrazione, oralità, volontarietà in merito all'instaurazione della procedura, riservatezza. In particolare, con riferimento a quest'ultimo aspetto, si stabilisce che "ogni elemento risultante dalla procedura [...] è riservato" e ne è categoricamente esclusa "l'utilizzabilità in giudizio come elemento o argomento di prova". La disposizione, di grande rilievo, recepisce l'orientamento ormai indiscusso negli ordinamenti di *common law*, in base al

quale è necessario evitare che le parti, per tutelarsi nell'eventualità di una successiva fase giurisdizionale, scelgano di non scoprire troppo le proprie "carte" in fase di conciliazione. Infatti, tanto più sussiste questo timore in capo alle parti, tanto meno probabile è la riuscita della conciliazione preventiva; con il rischio, per di più, che esso si presti ad un utilizzo di tipo strumentale ad opera del soggetto che, fin dall'inizio privo di una reale volontà conciliativa, acconsente all'instaurazione della procedura per carpire ai danni della controparte informazioni da riutilizzare in seguito innanzi al giudice.

Sono previste tre tipologie di organismi di conciliazione e si specifica che soltanto la conciliazione da questi amministrata produce gli effetti e beneficia degli incentivi che in seguito si vedranno. Tali organismi si distinguono in privati e pubblici: i primi operano a fini di lucro, possono essere costituiti soltanto mediante lo strumento della società per azioni la cui maggioranza deve però essere posseduta da avvocati, commercialisti ed altre specifiche categorie professionali. I secondi agiscono, invece, senza finalità lucrative e ricalcano gli organismi pubblici che già operano nell'ambito della conciliazione stragiudiziale; cioè le Camere di conciliazione istituite dai Consigli dell'ordine presso i tribunali e le Camere (non più Commissioni, secondo la nuova formulazione normativa) istituite presso le Camere di commercio, industria, agricoltura e artigianato per la risoluzione delle controversie tra imprese e consumatori. Entrambi devono essere registrati in un apposito registro istituito presso il Ministero della giustizia³⁸.

La distinzione tra organismi privati e pubblici assume rilievo (oltre che ai fini del presente lavoro) in rapporto ad alcuni aspetti della procedura. L'elemento che si ritiene di maggior interesse è comunque quello relativo all'efficacia del verbale di conciliazione: quello sottoscritto innanzi agli organismi privati può essere sottoposto all'omologazione del tribunale competente e, soltanto in seguito

³⁸ Sul punto si rinvia all'esempio del d.m. 23 luglio 2004, n. 222 che, in attuazione dell'art. 38 del d.lgs. 5/2003, disciplina i criteri e le modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi che svolgono servizi di conciliazione in materia societaria.

a ciò, acquista valore di titolo esecutivo; quello invece sottoscritto innanzi ad un organismo pubblico, acquista valore di titolo esecutivo fin dal momento della sottoscrizione e può essere immediatamente utilizzato per ottenere l'espropriazione forzata, l'esecuzione in forma specifica, l'iscrizione di ipoteca giudiziale e la trascrizione nei pubblici registri.

Infine, onde favorire il ricorso alla conciliazione stragiudiziale, si prevedono una serie di incentivi a volte di natura contributiva (esenzione dalle imposte di bollo e da ogni altra spesa, compresa l'imposta di registro del verbale di conciliazione), a volte di diversa natura, come l'interruzione dei termini di prescrizione o la previsione di un obbligo in capo all'avvocato di informare il proprio cliente in merito alle possibilità di conciliare la controversia, a pena di improcedibilità dell'azione; o, ancora, la possibilità riconosciuta al giudice del merito di valutare, ai fini della condanna al pagamento delle spese processuali, il comportamento complessivo che ciascuna delle parti ha assunto nella fase conciliativa³⁹.

Si tratta in effetti di profili importanti da cui può dipendere la reale capacità diffusiva della conciliazione. Le finalità qui prefissate suggeriscono tuttavia di non indugiare sull'analisi degli organismi privati che provvedono alla gestione dei procedimenti stragiudiziali di conciliazione. Essi senz'altro costituiscono ipotesi interessanti nell'ottica dell'aumento delle *chance* di tutela del cittadino, ma la loro natura privatistica ne impone la collocazione al di fuori dell'ambito relativo allo studio degli strumenti di amministrazione giustiziale.

Nel concludere, è invece utile ribadire l'interesse per l'esperienza conciliativa amministrata dai due organismi pubblici sopra descritti. Infatti, tanto le Camere di commercio quanto le Camere

³⁹ Sul punto specifico D. BORGHESI, *La conciliazione in materia societaria*, in «Riv. arb.», 2004, p. 240. Molto interessante una recente sentenza del Consiglio di Stato (sez. V, 17 maggio 2007, n. 2480, in www.giustamm.it) secondo la quale "il potere di compensazione delle spese processuali può ritenersi legittimamente esercitato da parte del giudice, in quanto risulti affermata e giustificata la sussistenza dei presupposti cui esso è subordinato, sicché il suo esercizio, per non risolversi in mero arbitrio, deve essere necessariamente motivato".

presso i tribunali, pur concretizzando soluzioni diverse, presentano molteplici profili comuni, contribuiscono a differenziare l'offerta di giustizia e perciò non devono in alcun modo essere poste in concorrenza tra loro⁴⁰.

4. *La conciliazione stragiudiziale quale rimedio generale nelle controversie con l'amministrazione*

Si tratta a questo punto di restringere il campo di indagine e svolgere qualche considerazione specifica in merito alle ipotesi in cui una delle parti in conflitto è una pubblica amministrazione, onde verificare se e in quali termini questo elemento imponga una modifica di quanto finora detto.

In via del tutto generale, nessuno ha mai messo seriamente in discussione il diritto delle amministrazioni, al pari di ogni altro soggetto dell'ordinamento, di avvalersi – nel perseguimento del pubblico interesse – oltre che degli strumenti tipici del diritto pubblico an-

⁴⁰ A onor del vero, tuttavia, non si può fare a meno di esprimere una cauta preferenza per la soluzione della Camera di conciliazione situata presso il tribunale, sebbene il suo sviluppo sia ad oggi inferiore a quello delle camere di commercio. Per le seguenti ragioni: a) la sua competenza non è limitata alle controversie nel settore del consumo. Questo aspetto, lungi dal rappresentare una mancanza di specificità qualitativa nel servizio offerto (elemento questo controbilanciato attraverso un'adeguata formazione settoriale dei singoli conciliatori), fa sì che le Camere possano contribuire alla risoluzione del più ampio numero di controversie, comprese quelle di matrice pubblicistica o comunque caratterizzate dalla presenza in qualità di parte necessaria di un'amministrazione pubblica; b) è istituita dal Consiglio dell'ordine e si avvale, tra l'altro, della sua struttura organizzativa. Il mondo forense non risulta in questo modo "bypassato" e ciò può indurre la categoria ad una cooperazione sempre più intensa nel processo di diffusione ed implementazione del servizio; c) è collocata presso ogni tribunale ove ha sede il Consiglio dell'ordine. Ciò può rivelarsi fattore in grado di accrescerne la visibilità, con conseguente incremento del livello di fiducia da parte del cittadino sia nella qualità della tutela offerta, sia nell'imparzialità del conciliatore, la cui azione, vista l'unicità della sede, diviene più facilmente controllabile secondo parametri tra loro omogenei; d) è rappresentativa di una realtà radicata a livello territoriale. Sotto questo profilo, in realtà, non differisce molto dalla Camera di conciliazione presso le Camere di commercio, la cui rappresentatività, anzi, appare maggiore se considerata in rapporto alla tutela di interessi settoriali, che diviene essa stessa veicolo di autoregolamentazione a livello locale in linea con quanto impone il rispetto del principio di sussidiarietà.

che degli strumenti che normalmente attengono all'ambito del diritto privato e in particolare dei contratti, tipici o atipici che essi siano. Si è peraltro già rilevato come, negli anni più recenti, l'orientamento tradizionale che ha sempre espresso riserve in merito all'estensione dei moduli negoziali all'agire pubblicistico, sia stato sostanzialmente superato. Oggi è dunque diffusa la consapevolezza che lo strumento negoziale, a differenza dell'atto di imperio, possa consentire all'amministrazione di soddisfare con maggior efficacia l'interesse pubblico al cui perseguimento essa è tenuta.

Del resto – nonostante non vi sia una norma generale che l'autorizzi espressamente – è da tempo pacificamente riconosciuta la possibilità per l'amministrazione di ricorrere all'utilizzo della transazione di cui all'art. 1965 c.c., sia nell'ambito di rapporti di diritto privato, sia in quello dei rapporti di diritto pubblico seppur con le limitazioni che in seguito verranno evidenziate. Dall'ammissibilità del contratto transattivo, dottrina e giurisprudenza hanno implicitamente derivato il riconoscimento (anch'esso ormai indiscusso) in capo all'amministrazione del potere di ricorrere all'istituto della conciliazione per la composizione stragiudiziale delle liti (di una parte di esse) che la vedano contrapporsi al privato⁴¹. Ma, come per la transazione, il legislatore si è finora limitato ad introdurre una serie di disposizioni di settore, senza mai porsi il problema dell'introduzione di una norma legittimante in via generale il ricorso alla conciliazione.

Da questo punto di vista risulta di grande interesse l'art. 1, c. 2, del d.d.l. 5492/C che estende l'applicazione della legge alle controversie in cui è parte una pubblica amministrazione⁴².

⁴¹ Anche ordinamenti molto simili al nostro, come quello francese, prevedono il ricorso generalizzato ai procedimenti di conciliazione; sul punto, CONSEIL D'ETAT (a cura di), *Régler autrement les conflits...*, cit., p. 39, nonché da ultimo lo studio ad ampio raggio di A. SIMONATI, *Nuovi poteri del giudice amministrativo e rimedi alternativi al processo. L'esperienza francese*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2004.

⁴² Il comma 2 infatti così dispone: "Salvo diverse previsioni contenute in leggi speciali, la presente legge si applica anche alle controversie nelle quali è parte una pubblica amministrazione di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni. La conciliazione della lite da parte di ci rappresenta la pubblica amministrazione, se favorita da un conciliatore che svolge la propria attività all'interno di uno degli organismi di conciliazione previsti dalla presente legge, non dà luogo a responsabilità amministrativa".

Sulla carta, si tratta di una norma di estremo rilievo, dalla cui approvazione potrebbero derivare effetti tali da invertire il rapporto, tuttora fortemente sbilanciato a favore della giurisdizione, tra liti definite in via consensuale e in via giudiziaria.

Ciò, benché l'attuale formulazione presenti alcuni margini di incertezza non trascurabili. La versione originaria della norma faceva riferimento alle sole "controversie civili che vertono su diritti disponibili". Ora, a prescindere dal corretto riferimento alla disponibilità del diritto⁴⁵, questa formula escludeva dal proprio ambito di applicazione le controversie non civili in senso stretto, cioè quelle amministrative o comunque attribuite alla giurisdizione di un giudice diverso da quello ordinario, anche se aventi ad oggetto diritti pienamente disponibili. Si trattava in definitiva di una restrizione non in linea con l'impianto normativo attuale, dato che oggi, in sede di giurisdizione esclusiva, il giudice amministrativo si pronuncia spesso anche a tutela di diritti soggettivi, cioè di situazioni giuridiche della cui disponibilità non è possibile dubitare; oltre che ai limiti della tenuta costituzionale, dato che il ricorso alle potenzialità delle tecniche conciliative non era ancorato alla consistenza della situazione giuridica delle parti o al limite al tipo di controversia in atto, bensì al tipo di giudice competente a risolverla, così trattando diversamente due ipotesi tra le quali non sembrano esservi altre e più significative differenze. È un bene, dunque, che la versione della norma ad oggi approvata sia stata adeguatamente corretta.

I problemi tuttavia non finiscono qui. La clausola che fa salve le "diverse previsioni contenute in leggi speciali" è da condividere, in quanto introduce un criterio di prevalenza da applicare entro un ambito assai ricco di disposizioni di settore che prevedono il ricorso a procedure conciliative. Così facendo tuttavia, il legislatore finisce per non distinguere, fraintendendo il significato del proprio intervento: che non consiste nel ricondurre ad unità le diverse discipline

⁴⁵ Corretto ma come in seguito si vedrà, in quanto principio generale, non più necessario, analogamente a quanto accade per molte fattispecie transattive implicitamente ammesse, pur in assenza di una chiara disposizione, soltanto se aventi ad oggetto diritti disponibili. Ciononostante, anche in tema di arbitrato, la disponibilità del diritto è esplicitata dall'art. 6, c. 2, della l. 205/2000.

di settore (che infatti vengono fatte esplicitamente salve), ma nell'attribuire valenza generale (dunque vincolante anche a livello settoriale) ai principi e agli standard qualitativi di base fissati dalla legge, come per esempio l'obbligo di riservatezza, la volontarietà della procedura o il valore di titolo esecutivo del verbale⁴⁴. Si pensi infine alla circoscrizione della clausola di esclusione della responsabilità (sulla quale si tornerà in seguito) alle sole conciliazioni avvenute presso gli organismi previsti dalla legge; se infatti l'intento incentivante del legislatore è chiaro e in linea generale condivisibile, il profilo in parola è a tal punto delicato da non risultare significativamente alleggerito da una restrizione applicativa fondata sul criterio proposto.

In conclusione e nonostante le perplessità appena esposte, va comunque ribadito che la norma in oggetto – introducendo espressamente il principio generale in base al quale anche le amministrazioni, al pari di ogni altro soggetto dell'ordinamento, sono legittimate a ricorrere allo strumento conciliativo – potrebbe rappresentare una “piccola rivoluzione copernicana”. E ciò spiega l'attenzione dedicatale in questa sede, nonostante la legge risulti al momento arenata nelle secche della Commissione giustizia della Camera⁴⁵.

4.1. *La disponibilità del diritto*

Giungendo all'analisi dei principali problemi che la natura pubblica di una delle parti determina in merito alla instaurazione della procedura di conciliazione, un breve accenno merita la questione del diritto disponibile. La sostanza non cambia, peraltro, con riferimen-

⁴⁴ Ciò garantisce, in particolare, l'effettività della conciliazione. Infatti, l'esecutività del verbale consente l'equiparazione delle somme in esso contenute alle somme di cui l'amministrazione risulti debitrice a seguito di sentenza passata in giudicato (somme che le amministrazioni, vista la durata dei processi, riescono ad accantonare nel corso degli anni, diluendone l'impatto finanziario su più esercizi), risolvendo da un lato il problema di una conciliazione stipulata ma che, in concreto, non risulta coperta a livello finanziario e sollevando dall'altro il dipendente dal dovere specifico (nonché da una sua eventuale responsabilizzazione) di attivarsi preventivamente per accertare tale disponibilità.

⁴⁵ Cui risulta affidata fin dall'ormai “remoto” 24 gennaio 2005.

to alla fattispecie transattiva, benché le cause dei due istituti non siano tra loro pienamente sovrapponibili.

Orbene, si è già detto che è da sempre ammessa la possibilità per l'amministrazione di ricorrere alla transazione per risolvere i conflitti nei quali si trovi coinvolta⁴⁶. Questo è certo nell'ambito delle controversie che scaturiscono da rapporti di diritto privato nei quali, cioè, l'amministrazione non esercita potestà di tipo autoritativo; in queste ipotesi, infatti, essa agisce sullo stesso piano giuridico della controparte privata e la controversia originata da questo rapporto avrà pertanto ad oggetto situazioni giuridiche qualificabili in termini di diritto soggettivo, del quale le parti sono sempre libere di disporre⁴⁷.

Tradizionalmente escluso, invece, è l'utilizzo della transazione in merito alla composizione di controversie derivanti da rapporti di diritto pubblico, cioè caratterizzati dall'esercizio di una funzione amministrativa in senso proprio. Qui, il rapporto dal quale scaturisce la controversia non è di tipo paritario ed essa avrà pertanto ad oggetto la tutela della situazione giuridica soggettiva che trae dall'esercizio del potere la propria consistenza, cioè l'interesse legittimo.

Il problema nasce in questo caso dal fatto che la transazione (come l'accordo conciliativo) avente ad oggetto un rapporto in tal modo configurato – stante la stretta e necessaria correlazione tra l'interesse legittimo e il potere – passa necessariamente attraverso

⁴⁶ Di quest'avviso era già E. GUICCIARDI, *Le transazioni degli enti pubblici*, in «Arch. dir. pubbl.», 1936, I, p. 65 e ss., che constatava come anche la prassi amministrativa conoscesse un ampio utilizzo del contratto di transazione.

⁴⁷ Di grande interesse la recente analisi di G. GRECO, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, in «Dir. amm.», 2005, p. 229, che concepisce oltremodo esteso tale ambito e in esso include le obbligazioni *ex lege* derivanti da illecito aquiliano *ex* 2043 c.c. o da arricchimento senza causa *ex* 2041 c.c., e quelle contrattuali per esempio connesse alla validità, interpretazione, esecuzione di contratti di diritto privato (a prescindere dal fatto che siano stipulati secondo una procedura di evidenza pubblica), o nell'ambito di servizi pubblici (contratto di servizio, di utenza e così via), nonché le obbligazioni derivanti da contratti di diritto pubblico, in ragione del fatto che tali contratti «prevedono, accanto all'esercizio di poteri amministrativi, prestazioni che, singolarmente considerate, ricadono nel diritto comune» (ad esempio quelle poste a carico del privato o quelle a carico dell'amministrazione ma di contenuto esclusivamente patrimoniale).

la disposizione, mediante reciproche concessioni, dell'interesse pubblico al cui soddisfacimento è diretto l'esercizio del potere medesimo. Da ciò o meglio, dalla necessità di evitare che il contratto venga stipulato in pregiudizio di tale interesse pubblico, l'orientamento tradizionale fa derivare la sottrazione ai soggetti (l'amministrazione da un lato, il cittadino dall'altro) del potere di disporre delle situazioni giuridiche soggettive che formano oggetto di un rapporto così configurato. Da ciò, ancora, la semplificazione normalmente descritta in termini di indisponibilità dell'interesse legittimo.

Che si tratti di una semplificazione è già stato ampiamente evidenziato dall'illustre Autore che si è diffusamente occupato della questione, rilevando che l'indisponibilità non riguarda tanto (e meccanicamente) l'interesse legittimo, bensì le modalità attraverso le quali è configurato il rapporto che si instaura tra amministrazione e cittadino. In altre parole, il fatto che all'interno di un rapporto siffatto la situazione giuridica del privato possa assumere la consistenza dell'interesse legittimo, non sposta i termini del problema: che è e resta un problema relativo al rapporto tra amministrazione e privato e all'interesse pubblico sottostante tale rapporto. Ciò significa che, se di norma è da escludere, in alcune ipotesi è ben possibile disporre dell'interesse legittimo, a patto che da tale atto dispositivo non ne risulti pregiudicato l'interesse pubblico che orienta l'amministrazione nelle proprie scelte⁴⁸.

Il grande merito di questa dottrina consiste nell'aver intuito un aspetto che oggi si dà per scontato ma che non lo era affatto nella prima metà del secolo scorso: non sempre il potere amministrativo implica l'interesse legittimo, quanto meno nei termini

⁴⁸ È la tesi di E. GUICCIARDI, *Le transazioni...*, cit., p. 135 e ss., che analizzando i rapporti di diritto pubblico che possono in concreto dar luogo a transazione, distingue tra quelli che hanno ad oggetto diritti pubblici generali (non transigibili in quanto facenti capo alla pubblica amministrazione o al cittadino in forza di un'attribuzione diretta da parte della legge e, dunque, senza alcun apporto volontaristico dei loro titolari, come per esempio i diritti di supremazia per l'amministrazione e di libertà, per il cittadino) e quelli che hanno ad oggetto diritti pubblici speciali (transigibili in quanto derivanti ai loro titolari in forza di un rapporto volontariamente costituito che trae origine non direttamente dalla legge, bensì da un semplice atto amministrativo). A prescindere, dunque, dalla loro qualificazione in termini di diritto soggettivo o interesse legittimo.

e con le caratteristiche che tradizionalmente ad esso vengono attribuite. Pertanto, quando la dottrina più recente mostra di non condividere questa impostazione⁴⁹, esprime forse un disagio più legato alle forme espressive che non alla sostanza del problema. Sembra in altri termini di poter rinvenire una stretta analogia tra l'ambito dei "diritti pubblici speciali", sempre transigibili secondo Guicciardi, e quello che – come si è detto in precedenza⁵⁰ – la dottrina più recente definisce "fungibile", in quanto caratterizzato dalla compresenza (fondata sulla impossibile distinzione) tra poteri privati e pubblici, strumenti di diritto privato e pubblico, diritti soggettivi e interessi legittimi. Con una significativa differenziazione di ordine quantitativo, posto che la legge sul procedimento, pur non consentendo la negoziazione del potere discrezionale⁵¹, tuttavia, con l'art. 1, c. 1 bis, comprime in misura consistente il momento dell'autorità e dell'interesse legittimo tradizionalmente inteso, legittimando la più ampia ricerca del consenso dei destinatari dell'azione.

Per queste ragioni, l'indisponibilità *tout court* delle situazioni giuridiche soggettive che, volendole chiamare di interesse legittimo, rispecchiano rapporti di diritto pubblico non è più sostenibile e non appare più in linea con il "diverso modo di amministrare" che carat-

⁴⁹ Si esprimono in termini cautamente critici C. FERRARI, *Transazione...*, cit., p. 5, e soprattutto G. GRECO, *Contratti e accordi...*, cit., p. 243, secondo il quale i casi (gli unici casi) individuati da Guicciardi come transazioni di diritto pubblico, pur se incidenti su una lite avente ad oggetto un atto amministrativo, sono invece transazioni di diritto privato; in sostanza, le peculiarità derivanti dal carattere pubblicistico del rapporto non mutano la natura della transazione. Si ricordi peraltro che l'interpretazione di Guicciardi presuppone l'esistenza di una linea di demarcazione netta tra la transazione, ammissibile nei limiti sopra richiamati, e l'arbitrato, mai ammissibile nei rapporti non schiettamente privatistici in ragione della estraneità dell'amministrazione rispetto alla decisione finale che in questo modo risulterebbe "delegata" a terzi. Sul punto, oltre a quanto segnalato in precedenza, F. GOISIS, *Compromettibilità in arbitri (e transigibilità) delle controversie relative all'esercizio del potere amministrativo*, in «Dir. proc. amm.», 2006, p. 249.

⁵⁰ Si veda la parte I, cap. II, § 9.

⁵¹ Sull'art. 11 della l. 241 si incentra la caduta del dogma della non arbitrabilità dell'interesse legittimo anche secondo la recente giurisprudenza (TAR Lazio, Roma, 6 giugno 2005, n. 4362 in www.giustizia-amministrativa.it). Sul punto si rinvia allo studio di N. AICARDI, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e caratteri*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 1997, p. 1 e ss.

terizza l'esperienza giuridica contemporanea, fondato su una concezione del rapporto tra potere e cittadino (nonché del rilievo assunto dall'interesse pubblico nell'ambito di questo rapporto) radicalmente diversa rispetto al passato.

Basti pensare alla centralità acquisita dall'individuo nel rapporto con il potere; essa ha comportato una mutazione della stessa consistenza giuridica dell'interesse legittimo che vede oggi stemperata la propria (ed esclusiva) dimensione relazionale con quel potere; ed è per questo che l'interesse legittimo, da figura di ordine meramente processuale, è oggi concepita in termini di "figura di diritto sostanziale", con un proprio (autonomo) contenuto, in merito al quale appare difficile escludere qualunque tipo di potere transattivo eventualmente esercitato dal suo titolare.

Qualche esempio concreto di questa perdita dimensionale del potere a favore dell'interesse individuale: un accordo transattivo avente ad oggetto soltanto alcune aree rispetto a quelle originariamente previste all'inizio del procedimento espropriativo; o, ancora, in seguito a diniego di concessione edilizia, l'accordo concluso avente ad oggetto l'originario progetto "depurato" di alcune sue parti. Ebbene, tali vicende sono oggi qualificate in termini di transazione o al più di accordo transattivo, in quanto della transazione hanno l'elemento giuridico principale, cioè la causa⁵². Che deve essere comune ad entrambe le parti e dunque non può consistere nell'interesse pubblico, che vincola la sola amministrazione e che rappresenta più precisamente la causa dell'esercizio del potere amministrativo e di conseguenza il parametro attorno al quale costruire il sindacato giurisdizionale di legittimità in merito alla scelta di transigere.

Quanto sopra merita senz'altro ulteriori approfondimenti ma è di per sé indice sufficiente della necessità di un ripensamento complessivo nel modo di impostare la problematica esaminata; questo ripensamento, tuttavia, non sembra scorgersi nelle intenzioni più recenti del legislatore che, con l'art. 6, c. 2, della l. 205/2000, ha preferito limitare il suo intervento alla ratifica di quanto consegnato

⁵² G. GRECO, *Contratti ed accordi...*, cit., p. 249.

dalla prassi, riproponendo un'anacronistica distinzione incentrata sulla natura della situazione soggettiva anziché sulla sua espansione in chiave dispositiva⁵⁵.

4.2. *Il consenso dell'amministrazione nell'ottica dell'autolimita*

Il consenso delle parti alla instaurazione della procedura alternativa è profilo alquanto delicato, oltre che oggetto di ampio e vivace dibattito.

Il problema nasce dal fatto che in una controversia in cui il rapporto di forza tra le parti è squilibrato (e questo normalmente accade nelle controversie tra cittadino e amministrazione), a fronte di una fisiologica predisposizione della parte debole alla ricerca di una composizione stragiudiziale, si riscontra un atteggiamento refrattario da parte del soggetto più forte. L'amministrazione può infatti essere indotta a speculare sulla propria superiorità sostanzialmente in due modi: o, nella migliore delle ipotesi, prestando il proprio consenso alla procedura di conciliazione ma, ad essa non genuinamente interessata, imponendo una base di trattativa oltremodo onerosa per la controparte debole, con evidente diminuzione delle *chance* di riuscita della conciliazione; oppure, dichiarandosi fin dal principio non disposta alla procedura stragiudiziale e addossando in tal modo sul cittadino l'onere dell'azione giurisdizionale, con tutte le implicazioni in termini di tempo e costi.

Il consenso necessario di entrambe le parti può dunque accrescere lo squilibrio fisiologico nei rapporti di forza all'interno di una

⁵⁵ La norma limita il ricorso all'istituto arbitrale alle "controversie concernenti diritti soggettivi devoluti alla giurisdizione del giudice amministrativo", anche se in realtà, per esempio secondo F. Goisis, *Compromettibilità in arbitri...*, p. 284, tale norma non avrebbe valore generalmente preclusivo ma andrebbe reinterpretata ammettendo la possibilità di ricorrere all'arbitrato in situazioni in cui gli interessi legittimi sono "comparabili con i diritti soggettivi". Da segnalare la posizione della giurisprudenza amministrativa (per esempio, Cons. St., sez. VI, 9 luglio 2004, n. 5025 in www.giustizia-amministrativa.it) secondo la quale la l. 205/2000 avrebbe addirittura dato base normativa al principio della non arbitrabilità delle controversie concernenti interessi legittimi.

controversia; ciò è dannoso di per sé ma diviene inaccettabile se la vicenda conflittuale non presenta margini di complessità tale da rendere imprescindibile l'intervento decisorio del giudice; si pensi per esempio alle controversie meramente risarcitorie o indennitarie, nelle quali l'oggetto del contendere è rappresentato quasi esclusivamente dalla determinazione del *quantum* (spesso effettuata, peraltro, sulla base di consulenze tecniche che il giudice è in grado di controllare soltanto dall'esterno, ciò che giustifica ancor meno il suo coinvolgimento diretto⁵⁴).

Il panorama normativo come si è già visto è dei più vari: accanto a fattispecie conciliative improntate al criterio della volontarietà, ve ne sono altre a carattere obbligatorio, il cui esperimento è cioè configurato in termini di condizione di procedibilità dell'azione giurisdizionale. Secondo autorevoli voci questa seconda opzione – la cui compatibilità con il dettato costituzionale trova consensi pressoché unanimi tanto in dottrina quanto in giurisprudenza – a dispetto delle intenzioni, non si è rivelata la via più opportuna né per garantire un'adequata diffusione dello strumento conciliativo, né tanto meno per deflazionare il contenzioso giurisdizionale.

Questo è il motivo per il quale le più recenti proposte legislative sembrano (ri)orientarsi nel senso della volontarietà della procedura; ciò lascia però irrisolto il problema del suo utilizzo strumentale.

Orbene, ci si trova di fronte ad una classica situazione di stallo: da un lato, l'obbligatorietà si rivela inefficace, se non addirittura controproducente; dall'altro, la volontarietà si presta a possibili strumentalizzazioni a danno del cittadino.

È necessario quindi individuare altre vie attraverso le quali – facendo tendenzialmente salva la volontarietà della procedura – “indurre” le amministrazioni a percorrere la via conciliativa. A tal fine, è utile focalizzare l'attenzione sull'aspetto che al fondo qualifica le controversie in esame: la presenza, in qualità di parte necessaria, di una pubblica amministrazione; la cui predisposizione istituzionale al perseguimento dell'interesse della collettività si riflette sulla configurazione della controversia, conferendole tratti di specialità che

⁵⁴ Il punto sarà approfondito in seguito.

la differenziano dalle normali controversie tra soggetti privati. Non solo nel regime giuridico, il che è ovvio; ma soprattutto in relazione alla dinamica complessiva del rapporto conflittuale, alla cui dimensione “individuale” se ne aggiunge una ulteriore, a carattere collettivo, (in)direttamente interessata dal conflitto individuale o, meglio, dagli effetti “collettivi” prodotti dal singolo conflitto.

Sembra di poter cogliere in questo aspetto un profilo di quel processo che Luisa Torchia descrive come emersione, “accanto alla specialità intesa come deroga e come supremazia”, di una “specialità come regime di garanzie ulteriori rispetto a quelle assicurate dalla (presunta) pari posizione dei soggetti”⁵⁵. In altre parole, la presenza dell’amministrazione collettivizza il conflitto che, dal punto di vista strettamente processuale, essa ha con il solo cittadino, mutandone gli effetti e soprattutto il significato. Questa mutazione si manifesta su due piani, diversi ma tra loro strettamente connessi: quello della politica e quello del diritto, comprimendo il privilegio cui tradizionalmente la specialità è associata e valorizzando il momento garantistico ad essa correlato.

Quanto al primo dei due piani, ci si limita ad un brevissimo e generico accenno. Come noto, le amministrazioni che traggono la propria legittimazione dal contesto territoriale sul quale insistono, nel rapportarsi alle comunità di riferimento, possono assumere sia il volto suadente di chi è in cerca di consenso elettorale, sia quello minaccioso di chi – consapevole della propria “forza” – resiste a oltranza in giudizio contrastando la pretesa del singolo.

Non si è naturalmente in grado di quantificarne il potenziale ma sembra ragionevole ritenere che la valorizzazione dell’istituto conciliativo realizzata da parte degli enti territoriali per la composizione del contenzioso con i propri cittadini-elettori, potrebbe essere utilizzato da questi enti quale strumento aggiuntivo di cattura del consenso elettorale. Non sembra infatti che l’elettorato possa restare insensibile ad un atteggiamento scientemente ostile da parte delle istituzioni del governo locale, né tanto meno indifferente – in chia-

⁵⁵ L. TORCHIA, *La scienza del diritto amministrativo*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 2001, p. 1132.

ve di adesione al programma, di supporto necessario per i processi di implementazione delle politiche locali e/o disponibilità al rinnovo della fiducia una volta scaduto il mandato – rispetto all'ammontare delle risorse complessive e del valore dichiarato nei capitoli di bilancio dedicati alle spese legali, la cui crescita è comunque realizzata a scapito del cittadino-elettore: in via diretta, a livello processuale e in via indiretta, a livello contributivo⁵⁶.

Prendendo a prestito dalla scienza dell'amministrazione una nota classificazione, si può dire che l'amministrazione che non ricorre ad una soluzione conciliata della lite vede accrescere i "costi esterni" della propria azione, cioè i costi cui il pubblico va incontro ogni volta che prescinde dal coinvolgimento degli interessi dei destinatari dell'azione medesima, i quali, sentendosi esclusi, sono in tal modo spinti ad adottare strategie di resistenza e contrasto⁵⁷. La conciliazione può quindi essere utilizzata quale strumento di (ri)inclusione del cittadino nel processo di attuazione delle politiche pubbliche, e svolgere quindi un ruolo fondamentale in termini di legittimazione *ex post* all'esercizio del potere politico-amministrativo.

Sul piano giuridico, d'altro canto, se si accetta la sussistenza della relazione strumentale tra i rimedi giustiziali e una piena ed effettiva attuazione dei diritti del cittadino, è opportuno domandarsi se le amministrazioni coinvolte in un conflitto siano legittimate a restare indifferenti o quanto meno tangenziali rispetto a questa rela-

⁵⁶ Livello che copre, peraltro, anche l'area delle spese di mera gestione del circuito giudiziario (apertura degli uffici giudiziari, loro funzionamento, locali degli ordini degli avvocati e funzionamento dei giudici di pace) che risulterebbero indirettamente sfoltite da una politica di de-centralizzazione dell'offerta di giustizia. Si veda «Il Sole-24 Ore», del 20 febbraio 2006 sui costi della giustizia "a carico" dei Comuni, attualmente registrati in circa 18 milioni di euro che ogni grande Comune ha speso nel biennio 2003-2004, con una percentuale di rimborsi provenienti dal Ministero della Giustizia che si aggira attorno al 43% (con picchi massimi – per esempio Torino che ha una percentuale di rimborsi del 63% – e minimi – per esempio Firenze, la cui percentuale si aggira attorno al 68,5% delle sole spese effettuate nell'anno 2001).

⁵⁷ La scelta se privilegiare i costi esterni oppure quelli decisionali è alla base delle strategie di *policy making* di esclusione o inclusione dei destinatari dal momento della decisione pubblica. Sul punto si veda di recente F. TOTH, *Il costo del consenso*, Roma, Carocci, 2006, p. 142.

zione oppure se, al contrario, siano tenute a condividerne le finalità ed accettarne le implicazioni. In definitiva, il punto è se – in presenza di un assetto normativo adeguatamente reimpostato e corretto in chiave giustiziale – l'amministrazione che è parte di un conflitto debba farsi carico del perseguimento di quello che Giannini definiva "interesse della collettività generale alla composizione operativa degli interessi"⁵⁸.

Come già visto in precedenza, la prospettiva da cui nasce questo interrogativo la si ritrova nel significato classico della funzione giustiziale o alla base di alcuni suoi istituti, quali il ricorso gerarchico proprio e in opposizione. Che appunto erano concepiti come strumenti di giustizia interna all'amministrazione, affinché essa potesse adoperarsi per risolvere la controversia prima che questa investisse l'ordinamento generale. Oggi questi strumenti non possono più essere ricondotti all'ambito giustiziale, ma di essi va senza dubbio ripresa l'idea della partecipazione attiva nella composizione di una controversia da parte del medesimo soggetto che ha tenuto il comportamento dal quale è sorto il conflitto.

In altri termini, il vuoto lasciato dal fallimento di alcuni istituti tradizionali dell'amministrazione giustiziale si presta ad essere riempito dai procedimenti di conciliazione che di tali istituti, in un certo senso, condividono la filosofia. Anche se in questo caso l'apporto dell'amministrazione non si estrinseca nell'esercizio di un potere decisorio ma nel contributo che essa fornisce per facilitare il raggiungimento di un accordo idoneo a porre fine alla lite.

Ebbene, per tornare all'interrogativo principale, il ruolo cui è destinato il pubblico potere non sembra possa essere descritto in termini di indifferenza.

Perché il compito istituzionale di promuovere i diritti del cittadino e, *in primis*, l'art. 24 Cost. non funge soltanto da elemento sul quale incentrare l'introduzione delle forme di tutela giustiziale, ma investe tutte le amministrazioni, anche quelle coinvolte in un conflitto. Il diritto ad una tutela effettiva assume dunque i tratti del diritto a protezione necessaria; di un diritto, cioè, che non può non essere

⁵⁸ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia...*, cit., III, p. 247.

protetto e a cui pertanto “corrisponde una situazione di doverosità”⁵⁹ in capo a ciascun potere pubblico.

Limitarsi perciò ad esprimere un giudizio di decisa condanna nei confronti degli atteggiamenti ostruzionistici che l'amministrazione assume – spesso a fini esclusivamente dilatori – nella gestione dei conflitti con gli amministrati, si rivela operazione poco utile, se non accompagnata dal tentativo di verificare su che basi e in che modo essa debba in concreto farsi carico di quanto sopra affermato.

Ebbene, nel caso di specie sembrerebbe possibile parlare di dovere a patto che lo si intenda nell'accezione “generica” utilizzata da Giannini, cioè non riferito ad un bene determinato, nel qual caso si avrebbe invece un “dovere specifico” o, al più, un obbligo⁶⁰. E in effetti l'obbligo si rivela inadeguato, dato che implicherebbe il riconoscimento in capo al cittadino di una corrispondente situazione giuridica di diritto alla conciliazione. Il che, oltre ad evocare presumibili incompatibilità con il disposto dell'art. 24 Cost., stravolgerebbe il quadro complessivo, trasformando l'istituto conciliativo da fattore di contenimento a veicolo di crescita del contenzioso.

Più utile può risultare invece il riferimento al concetto di autolimitate amministrativo, benché sia necessario circoscriverne la portata, questa volta in termini opposti a quelli di cui sopra. Nel senso che, mentre la nozione di dovere va necessariamente stemperata onde evitare di cadere nelle maglie dell'obbligo, quella di autolimitate va, al contrario, ulteriormente circoscritta, affinché ne risulti attenuato uno degli elementi fondanti: l'assenza di un obbligo predeterminato ed esplicito in tal senso⁶¹.

⁵⁹ L'espressione è di G. Rossi, *Introduzione al diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 80. Sul concetto di doverosità si segnala, per interesse ed originalità, lo studio di F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2005.

⁶⁰ Si tratta dunque di un “dovere” di carattere istituzionale, derivante dalla funzionalizzazione dell'attività amministrativa. Sul punto si veda M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo...*, II, cit., p. 72.

⁶¹ Il tema è stato in particolare approfondito da P.M. VIPIANA, *L'autolimitate della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1990. La difficoltà di ricondurre ad unità i molteplici volti con i quali la fattispecie può in concreto mostrarsi (più volte ammessa peraltro dalla stessa Autrice che arriva a domandarsi [125] se l'assenza di

In quest'ottica, si può affermare che l'amministrazione, acconsentendo alla procedura di conciliazione, effettua una scelta che affonda le proprie radici nell'area di parziale sovrapposizione tra il concetto di dovere e quello di autolimita; si tratta cioè di una scelta solo istituzionalmente dovuta, che l'amministrazione persegue (auto)imponendosi una riduzione delle proprie facoltà. Si tratta, in definitiva, di una scelta autolimitativa effettuata alla luce di un criterio di doverosità⁶².

Solo così l'amministrazione può arrivare dove il legislatore, pur potendo farlo, non sempre è opportuno che arrivi; ponendo un limite alla propria libertà di azione e vincolando il proprio comportamento futuro in merito alla gestione di una controversia che la veda opporsi al cittadino. Il contenuto di questo limite può essere vario; ai fini che più rilevano in questa sede esso sembra concretizzarsi nella fissazione di alcuni parametri generali ed astratti, in presenza dei quali l'amministrazione rinuncia all'esercizio dell'azione giurisdizionale, vincolandosi in anticipo a devolvere ad una sede alternativa di conciliazione la risoluzione di una controversia rientrante nell'ambito dei parametri precedentemente fissati.

In questo modo tuttavia, il rischio di un utilizzo strumentale del procedimento conciliativo da parte del soggetto pubblico continua a sussistere nella misura in cui – analogamente a quanto già accade nelle ipotesi di conciliazione obbligatoria a base normativa – l'amministrazione resta libera sia di mantenere un approccio non propriamente cooperativo sia, addirittura, di indirizzare il procedimento alternativo

studi in materia non “dipenda dal carattere impossibile, o inutile, di un'analisi unitaria”) consente un utilizzo proficuo del concetto anche se riferito alla sola ipotesi di autolimita/facoltà, cioè non previsto, né tanto meno imposto da alcuna norma cogente. Ciò, nella convinzione che – al contrario di quanto sostenuto dall'Autrice (507) – l'ampia opera di positivizzazione dei principi dell'azione amministrativa realizzata a partire dai primi anni Novanta, abbia ridotto non soltanto la consistenza ma soprattutto la necessità giuridica di ricercare nella fattispecie dell'autolimita/obbligo le garanzie che oggi pacificamente assistono il momento procedimentale.

⁶² In questi termini sembra di poter interpretare F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione...*, cit., p. 276, nel momento in cui afferma che la reale potenzialità del principio di doverosità si coglie “nella sua dimensione di canone interpretativo ed integrativo delle norme vigenti”. E poi ancora che “non identificandosi con i singoli vincoli normativamente imposti, ma costituendo il filo conduttore della disciplina dell'attività amministrativa, è alla luce della doverosità che occorre applicare le disposizioni”.

verso un esito fallimentare. Con la conseguenza finale di un ulteriore aggravamento in termini di tempi e di costi complessivi che il cittadino è obbligato a sostenere in ordine alla realizzazione del proprio diritto.

Il contenuto del limite che l'amministrazione si auto-impone non può pertanto restare circoscritto al solo momento relativo alla devoluzione anticipata della controversia. Al contrario, affinché l'autolimita amministrativo risulti conforme alle ragioni che ne impongono l'adozione, esso deve investire anche il momento successivo, cioè quello relativo alla soluzione in concreto emersa in sede stragiudiziale. Così, l'amministrazione non si vincola soltanto alla devoluzione, ma si vincola altresì al rispetto di quanto emerso al termine della conciliazione⁶³.

Perché questa via risulti percorribile è tuttavia necessario che il soggetto al quale l'amministrazione sceglie di devolvere una parte del proprio contenzioso risponda ai requisiti di indipendenza sopra descritti. È necessario, in altri termini, che esso risulti credibile e impermeabile a qualunque forma di condizionamento esterno.

Nell'interesse dell'amministrazione, innanzitutto, dato che neppure la più sofisticata teorizzazione dell'autolimita amministrativo può indurla ad optare in via anticipata per una sede di condanna certa. Ma anche nell'interesse del cittadino, nei confronti del quale vi è il rischio che l'eventuale riferibilità del soggetto terzo agli apparati e alle logiche amministrative lo induca a non acconsentire alla instaurazione della procedura di conciliazione, ritenendo meno rischiosa la via giurisdizionale.

Interessante, sotto questo profilo, risulta l'esempio delle Camere di conciliazione presso i tribunali. Si tratta, potenzialmente, di un organismo estraneo alle parti, operativo in via permanente e dotato

⁶³ Le limitazioni qui ipotizzate si giustificano ovviamente in ragione del ruolo istituzionale esercitato dall'amministrazione e perciò ad essa soltanto si riferiscono. Lo squilibrio tra la posizione del cittadino e quella dell'amministrazione è dunque evidente ma rientra, appunto, in questa logica. Pertanto, sia nel caso in cui l'amministrazione si opponga alla pretesa del cittadino in qualità di parte resistente, sia nel caso in cui invece agisca in qualità di parte attrice, il cittadino resta sempre libero da un lato di non prendere parte alla procedura e dall'altro di reagire nelle limitate forme consentite dalla legge opponendosi all'esecuzione (o eventualmente agli atti esecutivi) del verbale sottoscritto.

dei requisiti (strutturali e funzionali) necessari per apparire sufficientemente terzo nella gestione della controversia. Inoltre, non è predisposto alla tutela di interessi di settore⁶⁴ ed è saldamente radicato a livello territoriale. Questo aspetto, oltre ad aumentarne la visibilità e le possibilità di controllo da parte degli utenti, ne accresce la “valenza istituzionale” e la possibilità di diventare l’interlocutore diretto in materia di giustizia di altri soggetti istituzionali che traggono dall’elemento territoriale la propria legittimazione, come le regioni e gli enti locali. In tal modo, il problema dell’offerta differenziata di giustizia potrebbe emergere nella sua dimensione politica, inducendo tali enti all’adozione di programmi di sistematica devoluzione alle Camere di controversie predeterminate per tipologia e valore⁶⁵.

Dove invece il dato giuridico non appare in alcun modo oscurato da ragioni di carattere politico, è con riferimento all’ipotesi in cui l’amministrazione persegue la via giudiziaria nonostante il profilo giuridico su cui si incentra la controversia sia stato ripetutamente deciso dalla giurisprudenza in senso ad essa sfavorevole. In questa ipotesi infatti, sembra che il rispetto del principio del buon andamento di cui all’art. 97 Cost. imponga all’amministrazione l’obbligo di cercare una soluzione negoziata della lite.

Ciò, essenzialmente per due motivi: in primo luogo, per un razionale utilizzo delle risorse, il cui impiego non può prescindere dal risultato complessivo, anche a medio termine, dell’azione amministrativa; in altri termini, se dalla casistica giurisprudenziale le *chance* di successo dell’azione giudiziaria appaiono scarse, l’amministrazione ha il dovere di destinare ad altro le risorse di cui dispone. In

⁶⁴ Elemento che, come accade per le Camere di commercio, può renderlo oggetto di consistenti pressioni di matrice corporativa, idonee ad alternarne la rappresentatività e l’indipendenza.

⁶⁵ Interessante è sotto questo profilo l’esperienza del Comune di Roma che nel 1996 ha siglato con la Camera di conciliazione presso il tribunale una convenzione che prevede la remissione alla Camera di tutte le controversie relative a diritti disponibili insorte tra il Comune e i cittadini fino ad un valore di 25.000 euro. Si tratta soprattutto di casi di responsabilità civile del Comune derivante, per esempio, dai danni subiti dal cittadino in seguito ad omissione o cattiva manutenzione della rete viaria comunale. Ma l’esempio potrebbe essere seguito per la risoluzione di altre controversie, di tipo risarcitorio e non, riguardanti i settori più diversi, dalla sanità ai lavori pubblici, nonché in generale ipotesi in cui sono previste forme sanzionatorie di tipo pecuniario.

secondo luogo, perché la conciliazione costituisce una ulteriore occasione di confronto tra l'amministrazione e il cittadino; un'occasione, dunque, per riproporre le ragioni dell'agire amministrativo cercando quella convergenza con gli interessi individuali che in prima battuta non è stato possibile trovare.

4.3. Il dipendente pubblico che partecipa al procedimento di conciliazione

Un breve richiamo è necessario al problema, di ordine eminentemente pratico, che riguarda l'individuazione del soggetto in concreto dotato del potere di esprimere la volontà dell'amministrazione nell'ambito della procedura conciliativa. Problema che in realtà non si esaurisce al mero profilo soggettivo ma che concerne l'ulteriore delimitazione dei margini all'interno dei quali egli può legittimamente manifestare la volontà dell'ente. Se infatti si eccettua il caso delle conciliazioni nelle controversie sul pubblico impiego, ove la legge – attraverso la previsione di specifici uffici del contenzioso – detta le linee generali dell'attività amministrativa interna a ciò preposta, le altre ipotesi di conciliazione non prevedono nulla al riguardo. È evidente pertanto che la questione è lasciata alla discrezionalità di ogni singola amministrazione; ciò non toglie che alcuni principi generali debbano comunque trovare costante applicazione.

Per esempio, sembra corretto ritenere che nelle amministrazioni dalle dimensioni maggiori la competenza generale in merito ai procedimenti di conciliazione spetti all'ufficio legale; il cui dirigente, dopo aver adeguatamente istruito la pratica, potrà decidere se partecipare direttamente al procedimento oppure delegare un proprio subordinato, eventualmente dotato di competenze di tipo specialistico. Va da sé che in questa seconda ipotesi, affinché possa dimostrare in sede di conciliazione la propria legittimazione, al delegato dovrà essere conferito incarico per iscritto con indicazione, per esempio, dell'amministrazione di appartenenza, dell'oggetto della controversia nonché dei limiti a cui dovrà attenersi in sede conciliativa.

Al di fuori di eventuali ipotesi in cui sussiste un'apposita convenzione tra l'amministrazione e l'organismo giustiziale contenente

le condizioni perché l'attività possa essere svolta, l'aspetto da ultimo segnalato deve essere rimarcato per il fatto che da esso dipende la riuscita della conciliazione. Nel senso che l'accordo raggiunto al di fuori dei limiti imposti al dipendente non avrà efficacia – in applicazione dei principi civilistici in materia di rappresentanza – nei confronti dell'amministrazione falsamente rappresentata, a meno che la controparte non riesca a dimostrare che la situazione di apparenza è stata determinata dal comportamento della stessa, ambiguo al punto tale da giustificare l'affidamento di una persona normalmente diligente⁶⁶. E questo a prescindere dall'eventuale azione di responsabilità disciplinare in seguito promossa dall'amministrazione nei confronti del dipendente che ha travalicato i suddetti limiti.

Analoghe considerazioni devono essere fatte con riferimento alle amministrazioni dalle dimensioni minori, normalmente sprovviste di un apposito ufficio legale. L'unica differenza è che qui la competenza dovrebbe spettare al dirigente dell'ufficio che ha adottato l'atto, il quale a sua volta potrebbe delegare, nelle medesime forme e con i limiti sopra individuati, il responsabile del procedimento o altro soggetto dotato di competenze specifiche.

Da quanto sopra, sembra emergere una sostanziale indifferenza rispetto al soggetto che in rappresentanza dell'amministrazione prende parte al procedimento conciliativo. Non è così.

Altro è riconoscere la possibilità che il dirigente deleghi ad altro dipendente il compito di manifestare la volontà dell'ente pubblico in sede di conciliazione, previa individuazione di un vincolo di mandato dai limiti più o meno ampi; altro è affermare l'indifferenza tra queste due modalità operative. Al contrario, si ritiene che la via della delega al dipendente subordinato debba essere configurata in termini di *extrema ratio*, cioè sulla base di una oggettiva ed occasionale impossibilità da parte del dirigente di prendere parte al procedimento⁶⁷.

La delega infatti necessita della preventiva fissazione di limiti oltre i quali il dipendente non può spingersi. Si tratta a ben guardare

⁶⁶ Per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3, il contratto*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 121.

⁶⁷ Ciò, peraltro, sembra in linea con la *ratio* dell'art. 16, c. 1, lett. f), del d.lgs. 165/2001 che attribuisce ai dirigenti generali il potere di conciliare e di transigere.

di una rigidità che rischia di compromettere fin dall'inizio la riuscita della conciliazione.

La conciliazione infatti presuppone un'elevata capacità decisionale; le parti devono poter decidere a seconda delle contingenze momentanee e dunque al di fuori di vincoli di mandato troppo stretti. Questo in realtà è l'aspetto che – al di là delle anacronistiche perplessità in merito alla capacità di disposizione degli interessi all'interno di vicende coinvolgenti l'esercizio di pubblici poteri – ha fino ad oggi frenato il ricorso alle tecniche conciliative nelle controversie in cui è coinvolta l'amministrazione pubblica: la necessaria estemporaneità che l'essenza della conciliazione impone alle scelte da effettuare. Questa estemporaneità confligge vistosamente con la (rigidità della) disciplina procedimentale, ai limiti della incompatibilità.

In definitiva, la conciliazione toglie spazio all'ambito di applicazione della disciplina sul procedimento; toglie spazio alle rigidità formali dalle quali trae legittimità l'intero percorso decisionale dei pubblici poteri. Si badi, non si tratta di singoli istituti ma della filosofia complessiva che governa l'agire delle pubbliche amministrazioni e conferisce autonomia rilevanza giuridica non più al provvedimento amministrativo considerato in quanto tale ma al provvedimento in quanto sintesi o "riepilogo"⁶⁸ dei momenti procedimentali antecedenti la decisione finale⁶⁹.

⁶⁸ Per dirla con W. SCHMITT GLAESER, *Pretese, speranze e realizzazioni. Il procedimento amministrativo e la sua legge. Un'osservazione introduttiva, La codificazione del procedimento amministrativo nella Repubblica Federale di Germania*, in «Problemi di amministrazione pubblica, Quad. n. 2», 1979, p. 428, il quale – già allora – sottolineava come questo problema non fosse estraneo all'ordinamento tedesco.

⁶⁹ Secondo la distinzione ormai consolidata in dottrina tra momento della decisione e momento del recepimento della stessa ad opera del provvedimento in senso stretto. Sul punto, tra gli altri, F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in «Dir. amm.», 1995, p. 38. Sul fatto che oggi l'attività amministrativa nel suo complesso e non più solo il provvedimento sia oggetto di valutazione di legittimità si veda ancora F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir., aggiorn.*, VI, Milano, Giuffrè, 2002, p. 93. Il tema dello spostamento della attenzione dall'atto finale al suo compiersi progressivo (e della rilevanza giuridica dei singoli momenti) è stato studiato in particolare da A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative...*, cit., il quale sottolinea che la predeterminazione costituisce "presidio dell'affidamento dei cittadini e garanzia di trasparenza per le scelte pubbliche", così rafforzando il sindacato che il giudice è in grado di compiere sulla ragionevolezza dell'azione amministrativa (290 e 346).

Se è così, ciò significa che l'istituzionalizzazione della conciliazione passa attraverso una consistente dequotazione del procedimento amministrativo.

È dunque possibile che la diffusione del modello conciliativo e il suo impatto sulla disciplina del procedimento non siano altro che alcune delle possibili implicazioni del “nuovo modo di amministrare” gianniniano, o, per utilizzare ancora una volta espressioni più recenti, della trasfigurazione del diritto amministrativo operata dall'intreccio con il diritto privato⁷⁰.

4.4. *La responsabilità del dipendente pubblico*

Strettamente connesso all'individuazione del soggetto che prende parte al procedimento è il profilo che riguarda la sua responsabilità amministrativa nel caso in cui la conciliazione vada a buon fine. L'accordo conciliativo, infatti, pone termine alla controversia insorta tra le parti senza che vi sia stato un accertamento in punto di diritto riguardo la legittimità delle rispettive pretese.

Il problema è costituito dalla possibilità che la Corte dei conti, non ritenendo corretta l'interpretazione giuridica della fattispecie che porta il dipendente a chiudere la controversia in via conciliativa, condanni il medesimo al risarcimento del danno erariale nei confronti dell'amministrazione. Sul presupposto che, se definita alla fine di un normale *iter* giudiziario, la questione avrebbe portato l'ente pubblico a non dover corrispondere alcunché o, comunque, a non dover corrispondere la somma effettivamente liquidata⁷¹.

Questa eventualità, a dire il vero, non dovrebbe riguardare le ipotesi in cui l'attività conciliativa risulta “coperta” a monte da una convenzione tra l'amministrazione e la Camera di conciliazione, da

⁷⁰ Si veda ancora G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato...*, cit., p. 72.

⁷¹ L'accertamento della responsabilità, peraltro, può essere diretto non soltanto nei confronti del dipendente che materialmente partecipa al procedimento ma anche del responsabile dell'ufficio legale. Sul punto, la Corte conti, sez. II centrale, 10 gennaio 2005, n. 3 in www.giustamm.it, condanna il solo responsabile dell'ufficio legale per la stipula di un contratto transattivo senza che fossero state adeguatamente accertate le poste dedotte in transazione.

cui sia possibile desumere l'interesse pubblico perseguito, le caratteristiche delle controversie da conciliare e un eventuale tetto massimo delle somme da corrispondere. Perché in questo caso un'eventuale azione di responsabilità dovrebbe in prima istanza passare attraverso il sindacato sulla convenzione medesima, con conseguente de-responsabilizzazione del soggetto agente.

Tuttavia, in termini generali, il problema sussiste soprattutto se l'utilizzo delle pratiche conciliative trova adeguata diffusione estendendosi al più ampio numero di controversie, comprese quelle dai profili giuridici più complessi. Come talvolta accade, infatti, tali profili possono condizionare pesantemente la giurisprudenza del giudice contabile, il quale, benché privo del potere di sindacare l'opportunità della scelta operata dal singolo amministratore⁷², può comunque essere indotto ad aprire un procedimento di responsabilità per danni all'erario a carico del dipendente che ha siglato l'accordo conciliativo. Fatto, di per sé, idoneo a bloccare sul nascere la diffusione dei procedimenti conciliativi, perché nessuna amministrazione e, in particolare, nessun dipendente accetterà mai di correre il rischio di essere condannato a risarcire un danno provocato all'erario dall'avvenuta conciliazione, dal momento che, lasciando correre l'azione giurisdizionale, non rischia nulla; quantomeno al di fuori dell'ipotesi, di difficile configurazione, della condanna per lite temeraria⁷³.

E infatti, laddove il legislatore ha inteso favorire l'utilizzo della conciliazione, come in materia di pubblico impiego, ha previsto

⁷² Secondo la giurisprudenza, la Corte dei conti non può travalicare le competenze decisorie dell'amministrazione e deve limitarsi ad apprezzare – in astratto ed *ex ante* cioè al momento della scelta e non sulla base della congruità e ragionevolezza dei risultati accertati *ex post* – la compatibilità della scelta discrezionale con i fini istituzionali dell'ente territoriale. Quest'orientamento è stato di recente riaffermato da Corte conti, sez. giur. Lombardia, 30 giugno 2005, n. 467 in www.giustamm.it ed è pacifico anche in tema di transazione. Per esempio, Corte conti, sez. giur. Molise, 27 marzo 2000, n. 25, in «Riv. Corte conti», 2000, p. 144 (s.m.), nonché Corte conti, sez. app., 20 aprile 1999, n. 80, in «Foro amm.», 2000, p. 664.

⁷³ Il punto non risulta particolarmente approfondito in dottrina. Per un'analisi della giurisprudenza contabile in materia di danno erariale da lite temeraria promossa dai dipendenti del Ministero delle finanze si veda V. TENORE, *Liti temerarie dell'amministrazione finanziaria, danno erariale e responsabilità dei funzionari dell'amministrazione*, in «Rassegna Tributaria», 1998, p. 1048.

espressamente l'esenzione del soggetto che rappresenta l'amministrazione da qualunque forma di responsabilità amministrativa derivante dalla scelta effettuata⁷⁴.

Orbene, come di frequente si sente affermare, non vi è dubbio che – ragionando in termini astratti – la clausola di esenzione da responsabilità sia in grado di incentivare il ricorso alla conciliazione. Tuttavia, l'ipotesi del pubblico impiego è settoriale e pertanto ad applicazione limitata. Più delicata è la questione nel momento in cui si immagina una soluzione di tipo trasversale, cioè a più ampio raggio applicativo e dunque potenzialmente diretta ad invertire il rapporto tra regola ed eccezione in tema di controlli. Questo fatto, di per sé, deve indurre ad un atteggiamento di maggiore cautela.

La generalizzazione della clausola di esenzione da responsabilità potrebbe infatti assecondare un uso spregiudicato dello strumento conciliativo. In altri termini, così configurata la conciliazione può prestarsi ad un utilizzo distorto e strumentale da parte del dipendente pubblico, che potrebbe essere indotto alla ricerca di una soluzione stragiudiziale soltanto (o prevalentemente) per evitare il controllo della Corte. Il che appare non solo inopportuno ma anche in contrasto con il principio sul buon andamento dell'attività amministrativa; principio che resterebbe lettera morta se non affiancato da meccanismi idonei a verificarne il rispetto. Tra i quali, il sistema del controllo contabile pubblico che è appunto diretto a verificare la correttezza dell'utilizzo che l'amministrazione fa delle risorse (non proprie) di cui, per la posizione istituzionale che occupa, si trova a disporre⁷⁵.

Ciò detto, già a livello astratto, i benefici derivanti dall'incentivo alla conciliazione non sembrano giustificare l'entità delle insidie sottese ad una esclusione indiscriminata della responsabilità del dipendente pubblico. Ma i motivi di perplessità sono destinati ad aumentare per una serie di ragioni concrete.

In primo luogo, se è vero che la valutazione della Corte dei conti in ordine alla condanna del dipendente si basa su un giudizio ipo-

⁷⁴ Si veda l'art. 66, c. 8, del d.lgs. 165/2001. Di tenore analogo, come già visto, l'art. 1, c. 2, del d.d.l. 5492/C.

⁷⁵ Principio pacifico tanto in dottrina quanto in giurisprudenza; a titolo esemplificativo, Corte cost., 27 gennaio 1995, n. 29, in «Foro amm.», 1997, p. 2629.

tetico che, proprio perché tale, può sconfinare, in assenza di una controprova, nell'ambito delle prerogative decisionali attribuite al solo dipendente; è anche vero che tale condanna non si basa semplicemente sull'errata decisione da questo effettuata ma è sempre e comunque vincolata alla sussistenza in capo al medesimo dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa grave⁷⁶. Si tratta pertanto di ipotesi tendenzialmente circoscritte; il che dovrebbe indurre a ridimensionare il convincimento generalmente diffuso sulla portata incentivante della esenzione in esame.

In secondo luogo, il dipendente non è sollevato dal rischio di un'eventuale condanna per il solo fatto di aver evitato la conciliazione.

Sussiste pur sempre la possibilità di una sua condanna per lite temeraria, seppur anche questa ipotesi non risulti di agevole configurazione, dal momento che non si incentra sulla semplice carenza della ordinaria diligenza del dipendente nel verificare la fondatezza della pretesa dell'amministrazione, ma richiede l'evidenza della indifendibilità delle ragioni dell'ente. In altri termini, la lite è temeraria quando la condotta appare ispirata dal solo intento di dilazionare nel tempo il riconoscimento di un credito che, al contrario, deve inconfutabilmente ritenersi fondato e dunque da soddisfare con tempestività⁷⁷.

A ciò si aggiunga, *de iure condendo*, che il rischio di condanna potrebbe non esaurirsi nella sola integrazione della fattispecie di lite temeraria. In questo senso muove la pronuncia da ultimo segnalata in cui il giudice contabile sembra dilatare l'elemento psicologico (*rectius*, la sua gravità) per far emergere la temerarietà della condotta e poter in questo modo censurare il comportamento dell'ammi-

⁷⁶ Si ricordi peraltro che le formule attraverso le quali la giurisprudenza contabile interpreta la nozione di colpa grave sono tra loro diverse e non riconducibili ad un criterio uniforme: per esempio, a volte si parla di "intensa negligenza" (Corte conti, sez. I centrale, 16 marzo 2000, n. 83/A), altre di "inescusabile negligenza" o di "antigiuridicità evidente" (Corte conti, sez. I centrale, 27 gennaio 2003, n. 32). Più risalente ma di tenore analogo Corte conti, sez. giur. Veneto, 16 novembre 1994, n. 266, in «Riv. Corte conti», 1994, p. 197.

⁷⁷ Il principio è di recente riaffermato da Corte conti, sez. giur. Calabria, 21 febbraio 2006, n. 249, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

nistrazione. L'operazione è azzardata al punto che lo stesso giudice la circoscrive all'interno di un quadro di cautele e principi diretti ad evidenziare la necessità di porre un limite non solo alle condotte meramente dilatorie o completamente irrazionali dal punto di vista giuridico, ma anche a quelle ugualmente dilatorie ma sostenute da una apparente credibilità di fondo. Va da sé che sul punto occorre un intervento normativo che sappia individuare un equilibrio soddisfacente tra le ragioni a tutela dei diritti del singolo e quelle a tutela dell'autonomia delle scelte amministrative. L'unica cosa certa, per il momento, è il fatto che ad oggi la ricerca degli equilibri più complessi è ancora una volta affidata ad un'autorità giurisdizionale.

Ancora, potrebbe essere utile introdurre un principio in base al quale le posizioni assunte dalle parti davanti al conciliatore possono essere valutate nell'eventuale giudizio di merito ai fini della ripartizione delle spese processuali. Il giudice, in altri termini, se la sentenza non si discosta significativamente da quanto emerso al termine della conciliazione, potrebbe condannare la parte cui va imputato il mancato raggiungimento dell'accordo al rimborso delle spese processuali sostenute dalla controparte che sarebbe stata disposta a sottoscriverlo. Qui si tratta, in effetti, di un vero e proprio fattore incentivante per il dipendente pubblico, dato che, a differenza delle ipotesi precedenti, l'eventuale condanna della Corte dei conti per danno all'erario non sarebbe fondata su parametri astratti o ipotetici ma sulle risultanze concrete e agevolmente verificabili di un giudizio di merito.

CAPITOLO II

L'ARBITRATO AMMINISTRATO

1. *La difficile collocazione dell'arbitrato e i diversi modelli arbitrali*

Nell'impostare il presente lavoro, gli strumenti alternativi nei quali la risoluzione della controversia si concretizza nell'adozione di un atto amministrativo sono stati tenuti distinti dagli strumenti che, pur condividendo con i primi l'appartenenza all'ambito giustiziale, traggono la propria specificità dal fatto che in essi la composizione del conflitto è affidata a un atto che rispecchia, seppur in misura diversa, la volontà delle parti. La fattispecie ritenuta più interessante, sotto questo secondo profilo, è la conciliazione, alla quale è stato dedicato ampio spazio nelle precedenti considerazioni, dando conto delle sue potenzialità diffusive in una prospettiva *de jure condendo*.

La collocazione dell'arbitrato tra gli strumenti alternativi riconducibili alla volontà delle parti si rivela invece operazione più delicata¹. Per due ragioni.

Innanzitutto a causa delle incertezze relative alla natura dell'istituto; incertezze che vanno a ripercuotersi sulla sua funzione e

¹ Sulle ragioni di metodo che suggeriscono di non dedicare un autonomo spazio all'arbitrato nelle controversie amministrative in ragione della progressiva perdita di specialità che tale istituto ha subito rispetto alla matrice codicistica, sia consentito il rinvio a quanto sostenuto alla fine della Parte I del lavoro. In dottrina, oltre a quelli già segnalati, tra i contributi più significativi si segnala quello di A. ZITO, *La compromettibilità per arbitri con la pubblica amministrazione dopo la legge n. 205 del 2000: problemi e prospettive*, in «Dir. amm.», 2001, p. 343, E. CARDI, *Modelli processuali arbitrali nella giustizia amministrativa*, in «Dir. proc. amm.», 2002, p. 314, M. VACCARELLA, *Arbitrato e giurisdizione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2004.

su altri aspetti più specifici come ad esempio la determinazione dell'efficacia del lodo. Come ampiamente noto, fino a non molto tempo addietro, dottrina e giurisprudenza, anche al proprio interno, erano significativamente divise tra "l'opzione giurisdizionale" e quella "negoziale". Mentre quest'ultima ne esaurisce il valore all'interno del momento contrattuale, secondo la prima l'esperienza arbitrale assume il carattere della giurisdizione, seppur esercitata in forme diverse da quelle tipiche.

La questione è tutt'altro che nominalistica e nasce dalla esigenza di svincolare l'arbitrato dal pregiudizio negativo che ne ha caratterizzato la nascita e frenato lo sviluppo. A ben guardare, in effetti, alcune vicende che hanno segnato la storia dell'arbitrato, per esempio la parabola degli arbitrati obbligatori, evidenziano come l'aprioristico sfavore nei confronti dell'istituto – dettato dalla dichiarata esigenza di non arretrare sul terreno delle garanzie – rappresenti in realtà il tentativo di limitare l'erosione della giurisdizione statale ad opera degli strumenti ad essa alternativi². In quest'ottica, avvicinare l'arbitrato alla giurisdizione rappresenta dunque la risposta dei suoi sostenitori allo scetticismo dei suoi detrattori. Il ragionamento è il seguente: quanto più si avvicina il procedimento arbitrale a quello giurisdizionale, tanto più si riesce a vincere il muro delle resistenze, ridimensionando la portata dell'unico argomento spendibile contrario alla diffusione dell'istituto, cioè l'assenza di garanzie sufficienti secondo il quadro dei principi costituzionali.

Il punto è che in tal modo si cade nel medesimo errore commesso dagli ordinamenti di *common law*, ove il prezzo pagato è stato quello della perdita di specificità degli strumenti alternativi di tutela³. E infatti, secondo un autorevole orientamento molto accreditato in dottrina⁴, oggi non sarebbe più possibile definire l'arbitrato come uno strumento alternativo alla giurisdizione. Perlomeno in un'accezione tecnica dell'espressione, dato che i punti di contatto tra l'isti-

² P. GAGGERO, *L'arbitrato obbligatorio*, in G. ALPA (a cura di), *L'arbitrato, profili sostanziali...*, cit., p. 66.

³ Sul punto specifico sia consentito il rinvio alla Parte I, Cap. I, § 6, del presente lavoro.

⁴ G. ALPA, *Riti alternativi e tecniche di risoluzione...*, cit., p. 406.

tuto in parola e il processo sono tali e tanti che il primo sembra apparire, più che altro, una “variante semplificata” del secondo⁵.

Ora, stando a tale orientamento, si dovrebbe escludere l'istituto in esame dalla presente trattazione. Tuttavia, a parte che questo processo di giuridicizzazione consente di avvicinare la parabola dell'arbitrato a quella del ricorso straordinario; a parte il dato fattuale secondo cui entrambi i rimedi sono molto diffusi ed occupano un posto rilevante nell'ambito generico delle tutele diverse da quelle formalmente giurisdizionali; ebbene, a parte tutto ciò, bisogna in effetti riconoscere che l'annosa *querelle* sulla natura dell'arbitrato sembra aver registrato una battuta d'arresto.

In effetti, si era in presenza di opzioni antitetiche, frutto di un equivoco incentrato sul presupposto che la funzione di giustizia possa essere esercitata soltanto a livello pubblico. Oggi, al contrario, prevale la consapevolezza che la tutela dei diritti possa collocarsi “oltre lo Stato” e che quindi il carattere negoziale dell'istituto (e del lodo) non esclude *tout court* la sua capacità di svolgere una funzione di giustizia⁶.

Tale consapevolezza ha senz'altro ispirato la giurisprudenza che, ormai unanime, attribuisce natura negoziale all'arbitrato⁷, ma soprattutto ha definitivamente orientato il legislatore nella stesura del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 che, optando una volta per tutte per la lettura di tipo negoziale, ha al tempo stesso disposto che il lodo produce, dalla data della sua ultima sottoscrizione, gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria⁸.

⁵ Tra i molti esempi, basti segnalare la possibilità di sollevare questioni di legittimità costituzionale in sede arbitrale. La prima apertura si ha con Corte cost., ord. 17 dicembre 1997, n. 410, in «Giur. cost.», 1997, p. 3781, ma oggi l'orientamento è consolidato al punto tale (ad esempio, Corte cost., 28 novembre 2001, n. 376 in «Giust. civ.», 2001, p. 2883) che il principio è stato positivizzato dal d.lgs. 40/2006 con la modifica dell'art. 819-*bis* c.p.c., ai sensi del quale “gli arbitri sospendono il procedimento arbitrale con ordinanza motivata... 3) quando rimettono alla Corte costituzionale una questione di legittimità costituzionale ai sensi dell'articolo 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87”.

⁶ Sulle ragioni dell'ambivalenza dell'istituto arbitrale si rinvia allo studio di A. PAJNO, *Arbitrato nelle controversie amministrative*, cit., p. 2.

⁷ Tra le molte, Cass. sez. un., 3 agosto 2000, n. 527, in «Riv. dir. proc.», 2001, p. 254, Cass., 27 novembre 2001, n. 15025, in «Riv. dir. proc.», 2002, p. 1258.

⁸ Significativi al riguardo sono in particolare la ri-rubricazione del Capo I (Della convenzione di arbitrato) e il disposto dell'art. 824-*bis*.

La seconda ragione delle difficoltà sopra indicate è rappresentata dall'assenza di un termine unitario di riferimento. Non bisogna infatti dimenticare che quando si parla di arbitrato in senso generico si fa in realtà riferimento ad una serie di modelli estremamente diversi tra loro. Basti pensare alla distinzione tra arbitrati rituali, cui sembrano direttamente riferirsi le difficoltà classificatorie di cui sopra, e irrituali; o ancora alle numerose fattispecie di arbitrato amministrato, cioè gestito e disciplinato da un organo terzo in termini del tutto analoghi a quanto avviene per la conciliazione, al punto che le fonti normative spesso autorizzano le parti ad un utilizzo indifferente tanto dell'una quanto dell'altra procedura⁹.

A tale molteplicità disciplinare, il legislatore non ha sempre saputo contrapporre un disegno di riforma a carattere unificante. Al contrario, negli ultimi anni, si è assistito ad un fenomeno singolare, costituito dalla positivizzazione di nuovi e tra loro diversi "modelli arbitrali". Si tratta, a dire il vero, di tecniche di risoluzione delle controversie la cui riconducibilità alla matrice arbitrale è tuttora fortemente discussa in dottrina. L'incertezza deriva dal fatto che le norme da cui sono disciplinate, pur configurando procedimenti dai tratti molto simili a quelli che caratterizzano le fattispecie arbitrali, omettono il riferimento letterale alla nozione di arbitrato.

A titolo esemplificativo si possono richiamare due ipotesi. La prima è quella disciplinata dall'art. 21 del d.p.r. 327/2001 (Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità), dalla cui versione finale – poco prima dell'entrata in vigore – è scomparso qualunque riferimento riguardante la configurazione in termini arbitrali del procedimento previsto per la determinazione definitiva dell'indennità di espropriazione, benché siano invece restati alcuni tratti caratteristici dei procedimenti arbitrali, come la nomina dei "tecnici", due di parte ed uno ad opera del presidente del tribunale civile.

La seconda è quella disciplinata dall'art. 240 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, fornitu-

⁹ A titolo meramente esemplificativo si veda l'art. 2, c. 20, lett. e) e c. 24, lett. b), della l. 14 novembre 1995, n. 481 recante norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità.

re) in tema di accordo bonario. Molto in breve, questa norma stabilisce tra l'altro che, per tutti gli appalti di valore uguale o superiore a 10 milioni di euro, il responsabile del procedimento ha l'obbligo di costituire una commissione (comma 5) formata da tre membri, dotati di competenze specifiche e designati il primo dal responsabile del procedimento, il secondo dall'impresa ed il terzo d'intesa tra i primi due (comma 8) oppure, in caso di disaccordo, dal presidente del tribunale ove è stato stipulato il contratto (comma 9). La commissione formula una proposta di accordo bonario (comma 5) che, se accettata dalle parti, ha valore di transazione (comma 18).

Orbene, la disciplina richiamata suscita numerosi problemi interpretativi sui quali non è certo possibile soffermarsi in questa sede. Uno, tuttavia, ha particolare rilievo e riguarda la possibilità che le parti in conflitto attribuiscono alla commissione il potere di adottare decisioni vincolanti (comma 11), con evidente assunzione da parte della stessa dei tratti tipici di un collegio arbitrale, più che amministrativo.

Come è agevole constatare, in entrambe le ipotesi riportate la linea di demarcazione tra la natura amministrativa o arbitrale (amministrata) dell'organo deputato alla soluzione del contrasto non è di semplice individuazione. Si tratta, comunque sia, di organi, siano essi amministrativi o arbitrali, che, da una posizione di tendenziale indipendenza rispetto alle parti, risolvono conflitti ad alto contenuto tecnico-specialistico. Da quest'ultimo aspetto, in particolare, sembra che essi traggano gran parte della propria legittimazione decisoria.

Su questi profili si tornerà in seguito. Per ora è opportuno sottolineare che il motivo di questa ambiguità legislativa non è chiaro. Sorge in effetti il sospetto che il legislatore si sia sentito stretto tra due dinamiche per certi versi contrapposte: da un lato l'esigenza sempre più sentita dagli operatori in merito alla previsione (anche in termini obbligatori vista la rilevanza degli interessi) di strumenti di risoluzione delle controversie più rapidi e snelli di quelli giurisdizionali; dall'altro, l'orientamento indiscusso della Corte costituzionale di severa censura di ogni forma di arbitrato obbligatorio, la cui illegittimità, invece, andrebbe forse riveditata anche in ragione delle ambiguità cui costringe lo stesso legislatore.

2. *L'arbitrato amministrato in generale*

Si definisce amministrato l'arbitrato in cui le parti, anziché fare riferimento esclusivo alla disciplina prevista dal c.p.c. o dettare autonomamente le regole destinate a disciplinarne lo svolgimento (questo è il caso del cosiddetto arbitrato *ad hoc*), fanno esplicito rinvio alla organizzazione e ad uno specifico regolamento arbitrale predisposto da una istituzione terza, la cui attività è diretta alla risoluzione delle controversie. Gli esempi sono molteplici. Limitando tuttavia l'analisi alle ipotesi che più agevolmente si prestano ad una descrizione in termini giustiziali, si segnalano principalmente le procedure arbitrali previste dalle discipline istitutive di alcune autorità garanti (es. lavori pubblici, energia elettrica e gas e così via) e quelle procedure previste dalle camere arbitrali presso le Camere di commercio secondo lo schema strutturale in precedenza analizzato per i procedimenti di conciliazione.

Come è agevole intuire, la diversità disciplinare, di contesto e di funzione che caratterizza le esperienze appena segnalate impone una certa cautela nel tentativo di individuarne i tratti comuni; si procederà ugualmente, non senza aver sottolineato che su questo terreno l'unico confronto possibile è con il dato di tipo tendenziale.

A ciò si aggiunga che un significativo passo in avanti è stato compiuto soltanto di recente, con la modifica dell'art. 832 c.p.c. ad opera del d.lgs. 40/2006. La norma, dettando una serie di principi destinati ad applicarsi alle procedure arbitrali secondo regolamenti precostituiti, finisce evidentemente per conferire a questa variante dell'arbitrato rituale una definitiva legittimazione all'interno del nostro ordinamento¹⁰. Al tempo stesso tuttavia, la formulazione presenta un'ambiguità incentrata sulla mancata distinzione tra l'arbitrato in esame, quello amministrato, e l'arbitrato regolamentato, caratterizzato anch'esso dalla presenza di un regolamento precostituito ma del tutto svincolato dalla presenza di ente incaricato di gestirne lo svolgimento. In altre parole, mentre l'arbitrato amministra-

¹⁰ Il nuovo Capo VI (Dell'arbitrato secondo regolamenti precostituiti) del titolo VIII (Dell'arbitrato) del c.p.c. risulta alla fine composto dal solo art. 832, rubricato "rinvio a regolamenti arbitrali".

to è sempre regolamentato, quello regolamentato può non essere amministrato, ragion per cui sarebbe stata forse più opportuna una trattazione non sovrapposta.

Gli elementi che di norma caratterizzano l'arbitrato amministrato sono i seguenti¹¹.

Innanzitutto, la predisposizione da parte dell'ente di un regolamento che disciplina il procedimento arbitrale. Si tratta di un profilo fondamentale che garantisce la possibilità di modulare il rimedio sulle diverse tipologie di controversie, aumentando in misura significativa le *chance* di definizione della lite. Senza che al contempo risulti sacrificata la connotazione convenzionale del rimedio imposta dalle disposizioni del c.p.c.; nel senso che esso può essere esperito soltanto in presenza della concorde volontà che le parti manifestano, tra l'altro, accettando un modello da altri predisposto.

L'ente interviene sulla nomina degli arbitri, esercitando la propria influenza in due modi. Dapprima predisponendo un elenco di persone competenti e di comprovata indipendenza e imparzialità, anche se naturalmente le parti restano libere di scegliere al di fuori di questa rosa; poi esercitando un controllo sulla effettiva indipendenza degli arbitri indicati dalle parti, in particolare sotto il profilo dell'individuazione di eventuali relazioni pregresse con le parti medesime, al cui esito si potrà avere una conferma degli arbitri oppure una loro ricusazione secondo quanto disposto dal c.p.c.

Inoltre, l'ente procede alla formazione di un tariffario nel quale indica in via anticipata i compensi degli arbitri e i costi complessivi della procedura, naturalmente proporzionati al valore della controversia. Questo aspetto è fondamentale nella misura in cui consente alle parti di preventivare il costo di un procedimento il cui difetto principale – in termini di capacità diffusiva – è stato da sempre individuato nell'essere appannaggio di pochi per ragioni di tipo economico.

Vi è poi la predisposizione da parte dell'ente di clausole compromissorie tipizzate a garanzia, da un lato, della loro validità e, dal-

¹¹ Sul punto, più approfonditamente, si veda per tutti E. BERNINI, *L'arbitrato amministrato*, in C. CECHELLA (a cura di), *L'arbitrato*, Torino, Utet, 2005, p. 381.

l'altro, della effettiva rappresentazione ed accettazione delle implicazioni cui ciascuna delle parti si sottopone sottoscrivendo la clausola. Va da sé che questo elemento è indirizzato a scongiurare eventuali e strumentali impugnazioni del lodo, in parte derivanti da una iniziale sottovalutazione dei possibili fattori di incertezza della clausola e di contrapposizione tra le parti.

Infine, l'ente fornisce tutto il supporto necessario ad una corretta amministrazione della procedura, cercando di indirizzarne lo svolgimento verso un esito che sia il più rapido e corretto possibile. Si passa cioè dal sostegno meramente logistico mediante la messa a disposizione di locali, servizi di cancelleria, segretariato, attrezzature tecnologiche e così via; ad un'attività di vero e proprio impulso al compimento delle attività necessarie, mediante un controllo sul decorso del termine per l'emanazione del lodo concedendo, se del caso, le proroghe necessarie, o contribuendo ad una razionalizzazione degli adempimenti dovuti, tanto più preziosa in quanto proveniente da un'autorità che agisce da una posizione di assoluta terzietà sia rispetto agli arbitri, sia rispetto alle parti. Ancora, l'istituzione cura le formalità concernenti la formazione del lodo verificando che esso possa essere formalmente definito tale, il suo deposito e tutta l'attività di informazione e comunicazione alle parti relativa alla chiusura della procedura arbitrale anche tramite una verifica puntuale dell'avvenuta sottoscrizione¹².

Questi aspetti garantiscono uno svolgimento corretto ed efficiente del procedimento arbitrale che altrimenti resta spesso ostaggio degli atteggiamenti dilatori delle parti o degli stessi arbitri. L'instaurazione di un rapporto trilaterale anziché bilaterale, controllato da una istituzione terza la cui funzione consiste nell'esercitare un'attività diretta ad agevolare la composizione stragiudiziale di una controversia, accresce in misura significativa le *chance* di definizione della lite. Ciò detto, merita un accenno il problema ampiamente dibattuto del rapporto tra i diversi soggetti coinvolti nei procedimenti in esame: le parti, gli arbitri, l'istituzione. Si tenga presente che il

¹² Sul punto anche E.F. RICCI, *Note sull'arbitrato amministrato*, in «Riv. dir. proc.», 2002, p. 1.

tema è stato fino ad ora studiato soltanto dalla dottrina civilistica, dunque secondo una prospettiva che osserva la realtà secondo schemi prevalentemente contrattuali.

Ebbene, non vi è alcun dubbio sulla natura contrattuale del rapporto tra le parti e gli arbitri, in termini del tutto analoghi a quanto avviene con riferimento alle altre tipologie arbitrali, ove il rapporto è instaurato con la sottoscrizione di un contratto di arbitrato che, nelle ipotesi in esame (ed è l'unica reale differenza), si perfeziona nel momento in cui l'accettazione degli arbitri giunge a conoscenza dell'ente o, nel caso in cui il nominativo dell'arbitro sia inserito nella lista da questo predisposta, nel momento in cui l'arbitro viene a conoscenza dell'avvenuta nomina¹³. Da ciò deriva che l'obbligo di corrispondere il compenso agli arbitri sussiste esclusivamente in capo alle parti ed è soltanto nei confronti delle parti che gli arbitri sono responsabili per eventuali inadempienze o negligenze. Questo significa che non può essere definito in termini contrattuali il rapporto tra l'istituzione e gli arbitri, come del resto è affermato dalla dottrina prevalente, benché talvolta, per esempio in merito alla ricezione del compenso, l'ente faccia da tramite; comunque sia, ciò accade senza che ne risulti modificato il rapporto giuridico¹⁴.

Laddove invece non si può che manifestare qualche perplessità rispetto alla versione maggiormente accreditata, è con riguardo all'affermazione della natura contrattuale del rapporto tra le parti e l'istituzione¹⁵. Il difetto principale di questa impostazione consiste nel considerare gli enti che amministrano la procedura arbitrale come enti privati, dalla cui natura non possono che scaturire rappor-

¹³ Così R. CAPONI, *L'arbitrato amministrato dalle Camere di commercio in Italia*, in «Riv. arb.», 2000, p. 682.

¹⁴ E. BERNINI, *L'arbitrato amministrato...*, cit., p. 405 ma contra E.F. RICCI, *Note sull'arbitrato...*, cit., p. 5.

¹⁵ Rapporto inteso in senso ampio ma, riguardo al quale, non si riscontra affatto omogeneità di vedute. Così, in riferimento all'adozione del regolamento arbitrale, secondo alcuni ci si troverebbe innanzi ad una offerta al pubblico, secondo altri ad un invito a offrire, secondo altri ancora ad una promessa al pubblico; in riferimento invece al rapporto contrattuale specifico, secondo alcuni si tratterebbe di un mandato senza rappresentanza, secondo altri di un mandato con rappresentanza, altri ancora parlano di appalto di servizi o di contratto d'opera intellettuale; vi è poi chi, arrendendosi all'evidenza, ricorre alla fattispecie del contratto atipico.

ti di tipo privato, *in primis*, di tipo contrattuale. Ora, se da un lato non può dubitarsi della natura contrattuale del rapporto che si instaura tra le parti di una controversia e (in ipotesi) la camera di conciliazione ed arbitrato istituita presso Telecom Italia, Poste italiane ecc.; dall'altro, non si può non tenere in considerazione il fatto che, per esempio con riferimento alle Camere di commercio, è lo stesso legislatore a definirle "enti autonomi di diritto pubblico" (art. 1, l. 580/1993) e ad applicare ai dipendenti camerali le disposizioni di cui al d.lgs. 165/2001. Lo stesso valga – ma sono soltanto due esempi tra i molti possibili – per la camera arbitrale per i contratti pubblici istituita "presso l'Autorità"¹⁶, a cui invece qualche voce dottrinale ha cercato sorprendentemente di attribuire natura privata¹⁷.

Si tratta dunque di enti pubblici ai quali l'ordinamento ha affidato, nel quadro più ampio di un'attività di protezione di interessi predeterminati e di rilievo pubblico, lo svolgimento di una particolare funzione: la risoluzione stragiudiziale di alcune controversie, secondo i tratti in precedenza individuati.

Su questo elemento si incentra la proposta ricostruttiva qui ipotizzata, diretta a configurare in termini giustiziali la funzione conciliativa e arbitrale svolta da alcuni enti pubblici, comprese le Camere di commercio, e diretta ad agevolare la formazione di un accordo conciliativo o di un lodo arbitrale secondo le modalità in precedenza indicate. Se così stanno le cose, appare errato porsi il problema della qualificazione giuridica del rapporto intercorrente tra le parti di una controversia e l'ente camerale, per di più se a tale rapporto viene attribuita veste contrattuale; la realtà è che il rapporto giuridico in esame è molto simile a quello che si instaura tra il ricorrente e l'autorità giurisdizionale incaricata di decidere un ricorso. Il che non

¹⁶ In base a quanto testualmente stabilito dall'art. 241, c. 7, del d.lgs. 163/2006.

¹⁷ Come si possa considerare privata una Camera arbitrale istituita presso un'autorità della cui pubblicità non è certo possibile dubitare è cosa francamente bizzarra. L'orientamento tuttavia ha un certo seguito tra i processualciviliisti (tra i vari, D. BORGHESI, *La Camera arbitrale per i lavori pubblici: dall'arbitrato obbligatorio all'arbitrato obbligatoriamente amministrato*, in «Corr. giur.», 2001, p. 687) le cui analisi potrebbero essere in qualche misura influenzate dalle conseguenze che la determinazione della natura camerale produce in ordine al riparto della giurisdizione, nell'eventualità di impugnazione del lodo.

comporta una *deminutio* in termini di garanzia per le parti in quanto le eventuali azioni di responsabilità dovute ad inerzia, inadempienza o negligenza dell'istituzione vanno semmai inquadrare nell'ambito della responsabilità aquiliana e si aggiungono a quelle eventualmente previste dagli ordinamenti particolari di riferimento. Allo stesso modo, non è necessario ricorrere allo schema del contratto per giustificare la somma corrisposta dalle parti all'istituzione in ragione dell'attività da svolgere. Si tratta, né più né meno, di un corrispettivo, meglio, di un contributo versato a favore dell'ente per la copertura dei costi derivanti dall'organizzazione e dalla predisposizione dell'attività da svolgere.

A questo punto, a conferma di quanto sopra si rilevava, è interessante mettere a confronto il modello generale appena descritto con l'esperienza di settore che – tra gli arbitrati amministrati attualmente attivi nel nostro ordinamento – è generalmente considerata la più rilevante sotto il profilo degli interessi economici coinvolti: si tratta dell'arbitrato previsto per la composizione delle controversie in materia di lavori pubblici; va da sé che di tale modello, ampiamente studiato, saranno osservati soltanto gli aspetti più recenti e significativi rispetto ai fini qui prefissati.

2.1. *L'arbitrato in materia di lavori pubblici*

L'arbitrato in materia di lavori pubblici è istituito dalla storia particolarmente tormentata, segnata da una serie ininterrotta di pronunce costituzionali e da molteplici modifiche normative, spesso contraddittorie fra loro e con le norme attuative di volta in volta emanate.

Due in particolare sono le vicende che può essere utile richiamare in quanto hanno ispirato le più recenti modifiche della disciplina di riferimento che oggi, peraltro, risulta nuovamente fissata negli artt. 241, 242, 243 del d.lgs. 163/2006.

La prima è quella relativa alla facoltatività nella scelta della via arbitrale oggi sancita dall'art. 241 del Codice, ai sensi del quale “le controversie su diritti soggettivi [...] possono essere deferite ad arbitri”. Ora, come noto, la l. 216/1995 (cosiddetta *Merloni-bis*), nel

reintrodurre la possibilità di utilizzare lo strumento arbitrale in materia di lavori pubblici, aveva optato per la soluzione più radicale, modificando l'art. 32 della l. 109/1994 ed incentrando tale modifica sulla previsione di uno sbocco arbitrale obbligato¹⁸. Tale scelta fu ritenuta illegittima in quanto in contrasto con il "regime costituzionale" della disciplina arbitrale, fondato sulla necessità di ancorare alla effettiva volontà delle parti la scelta di rinunciare alle garanzie previste dall'art. 24 Cost.¹⁹. Questo ha dapprima portato ad una re-interpretazione dell'art. 32 compatibile con il dettato costituzionale ed in seguito, anche a causa di una decisa presa di posizione della Cassazione che non dava adito a dubbi in merito alla obbligatorietà dell'arbitrato in esame, alla riscrittura della norma operata con la emanazione della l. 415/1998 (*Merloni-ter*)²⁰.

La vicenda può dirsi sostanzialmente chiusa, nel senso che tutte le versioni successive dell'art. 32 hanno finito per confermare questa impostazione, la cui correttezza è stata peraltro ribadita tanto in dottrina quanto in giurisprudenza²¹. Eppure, pur nella consapevolezza di un quadro normativo profondamente mutato che ha per certi versi utilizzato l'istituto dell'accordo bonario per realizzare – aggirando il divieto di arbitrato obbligatorio – una parte delle finalità di tutela stragiudiziale ampiamente necessarie ed invocate dagli operatori, non si può che ribadire quanto già sostenuto manifestan-

¹⁸ In base a tale intervento il testo dell'art. 32 risultava il seguente: "la definizione della controversia è attribuita ad un arbitrato ai sensi delle norme del titolo VIII del libro quarto del codice di procedura civile".

¹⁹ Questo orientamento è ormai più che consolidato. Seppure la prima decisione in tema di arbitrato obbligatorio risalga al 1958 (Corte cost., 2 maggio 1958, n. 35, in «Giur. cost.», 1958, p. 481), è soltanto con Corte cost., 14 luglio 1977, n. 127, in «Giur. it.», 1978, I, 1, p. 1809, che la Corte affronta il tema in modo esauriente e sostanzialmente definitivo. Più di recente Corte cost., 27 dicembre 1991, n. 488, in «Riv. arb.», 1992, p. 247, Corte cost., 23 febbraio 1994, n. 49, in «Riv. arb.», 1994, p. 477, Corte cost., 2 giugno 1994, n. 206, e 10 giugno 1994, n. 232, in «Foro it.», 1995, I, p. 1768, Corte cost., 27 febbraio 1996, n. 54, in «Giur. cost.», 1996, p. 379, Corte cost., 9 maggio 1996, n. 152 in www.cortecostituzionale.it.

²⁰ La legge *Merloni-ter* riporta infatti l'art. 32 entro i binari tracciati a livello costituzionale con una formulazione secondo la quale tutte le controversie "possono essere deferite ad arbitri".

²¹ Corte cost., 13 aprile 2000, n. 115, in «Giur. cost.», 2000, p. 1030 e Corte cost. 6 giugno 2005, n. 221, in www.cortecostituzionale.it.

do altrove il proprio dissenso nei confronti dell'indirizzo giurisprudenziale sopra richiamato²².

Le esigenze garantistiche cui fa riferimento la Corte quando esclude la legittimità del ricorso obbligato alla via arbitrale non sembra tengano in adeguata considerazione né la complementarietà tra la via arbitrale e quella giurisdizionale, né alcuni elementi che caratterizzano l'istituto in esame. Basti ricordare che la procedura è amministrata da un'autorità terza che ne controlla e garantisce correttezza e regolarità e che, contro il lodo emesso, è possibile ricorrere al giudice, "finalmente" accedendo a quella giustizia togata cui spesso viene fatto ricorso al solo fine di contrastare o ritardare l'esercizio dell'altrui diritto. In definitiva, dottrina e giurisprudenza prevalenti sembrano sottovalutare che la realtà offre molti spunti per poter ritenere che a volte sia proprio l'imposizione del giudizio arbitrale a consentire la riaffermazione delle finalità di tutela per le quali il diritto di azione è garantito dall'ordinamento.

La seconda vicenda è quella relativa alla nomina degli arbitri. In particolare sotto due profili problematici tra loro intrecciati, oggi entrambi superati ma degni comunque di un richiamo: il primo riguarda il rapporto tra fonti, la l. 109/1994 ed il regolamento attuativo cui questa demandava l'individuazione di gran parte della disciplina arbitrale, successivamente emanato con d.p.r. 554/1999. Il secondo riguarda il potere di nomina del terzo arbitro, il presidente del collegio, che l'art. 150, c. 3, del d.p.r. 554/1999 affidava alla Camera arbitrale istituita presso l'Autorità. Come noto, a tali problemi ha dato risposta il Consiglio di Stato chiamato in causa evidentemente proprio grazie allo spostamento del *focus* disciplinare dall'ambito primario a quello secondario²³.

Ebbene, il giudice amministrativo da un lato ha confermato l'impianto disciplinare complessivo così come risultante dal combinato tra legge e regolamento, circoscrivendo l'impatto della fonte regola-

²² M. GIOVANNINI, *Corte costituzionale e arbitrato obbligatorio: un passo avanti nel solco della tradizione*, in «Dir. amm.», 2001, p. 407.

²³ Il punto è ben sottolineato da C. GENTILI, G. MONTEDORO, *Il futuro dell'arbitrato in materia di lavori pubblici fra interventi della giurisprudenza e lacune della normazione*, in «Dir. proc. amm.», 2005, p. 543.

mentare all'interno dei criteri di cui all'art. 32, l. 109/1994²⁴. Dall'altro, ha ritenuto illegittimo l'art. 150, c. 3, rilevando che – in base a quanto fissato dal c.p.c. cui lo stesso art. 32 fa ampio rinvio – non è possibile sottrarre alle parti il potere di scelta in ordine ai componenti del collegio arbitrale²⁵.

Il punto di maggior interesse consiste nel fatto che questa decisione ha dato un contributo decisivo in ordine alla fissazione dei limiti che non possono essere oltrepassati nella autonoma determinazione della disciplina di un arbitrato amministrato, a cominciare proprio dai principi del c.p.c.²⁶. Queste indicazioni hanno fortemente influenzato il legislatore il quale, nel conferire veste codicistica alla materia dei lavori pubblici²⁷, ha da un lato definitivamente risolto le incertezze derivanti da un rapporto tra fonti di rango diverso e, dall'altro, attribuito alle parti la scelta del presidente del collegio (in realtà, già prima con l'art. 5, c. 16, *sexies* e *septies*, l. 80/2005, oggi ripreso dall'art. 241, c. 5, d.lgs. 163/2006) e limitato il coinvolgimento in proposito della camera arbitrale alla sola ipotesi di mancato accordo tra le parti medesime (art. 241, c. 15).

A dimostrazione della dinamicità dimostrata negli ultimi anni dalla Camera arbitrale è sufficiente richiamare i dati ufficiali contenute nella Relazione che, per l'anno 2004, l'Autorità ha presentato al Parlamento²⁸. In breve, questi sono i profili di maggior interesse ai presenti fini: se in generale la natura della controversia premia le problematiche giuridiche rispetto a quelle tecniche, in particolare

²⁴ Operazione verso la quale A. PAJNO, *Arbitrato nelle controversie amministrative...*, cit., p. 5, manifesta tuttavia qualche perplessità.

²⁵ Si tratta di Cons. St., sez. IV, 17 ottobre 2003, n. 6335, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁶ Sul punto G. MONTEDORO, *Dall'arbitrato amministrato all'arbitrato di diritto amministrativo?*, in «Urbanistica e appalti», 2004, p. 61 che parla in proposito di “modello commisto che mantiene tratti di specialità, quanto alla fonte normativa ed ai tratti e contenuti della disciplina dettati *praeter legem*, ma che non può discostarsi proprio per la natura secondaria della fonte che pone la disciplina, dal rispetto del principio di legalità, dai principi e dai criteri posti dalla disciplina processualcivile”.

²⁷ Esplicitando peraltro il rapporto di sudditanza nei confronti del c.p.c. se è vero che in base all'art. 241, c. 2, “Ai giudizi arbitrali si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, salvo quanto disposto dal presente codice”.

²⁸ La Relazione è consultabile al sito www.lavoripubblici.it.

poi si rileva che l'oggetto del contendere consiste prevalentemente nella richiesta di risoluzione del contratto e/o di risarcimento dei danni; non è poi possibile registrare un valore medio significativo della controversia, posto che i dati dimostrano un'oscillazione tra un minimo di 70.000 euro ad un massimo di 70.000.000 euro; infine, dal punto di vista del funzionamento strutturale, non si registrano ritardi nella costituzione del collegio arbitrale (quantomeno imputabili agli uffici dell'autorità) e non si è registrata alcuna istanza di riconsiliazione del terzo arbitro.

Si tratta di dati senz'altro apprezzabili che contribuiscono a delineare un quadro ampiamente positivo dell'attività svolta dalla Camera arbitrale. L'esempio andrebbe quindi ulteriormente monitorato ed eventualmente incrementato soprattutto in termini di attribuzione di risorse ed ampliamento funzionale. Tuttavia, sorprendentemente, non sembra che il flusso degli eventi muova in questa direzione.

Il riferimento obbligato è alla vicenda della modifica dell'art. 6, c. 7, lett. n), in sede di approvazione finale dell'articolato del Codice dei contratti pubblici.

La versione originaria della norma attribuiva all'Autorità il potere 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" e di individuare con regolamento le modalità di svolgimento del relativo procedimento. Si trattava in effetti di una norma ben congegnata, diretta a colmare una vistosa lacuna nella disciplina delle attribuzioni funzionali dell'Autorità per i lavori pubblici; tanto più vistosa se messa in relazione con due dati: il primo, di tipo ordinamentale generale, consistente nella mancata attuazione di quanto stabilito dalle direttive comunitarie 89/665 e soprattutto 92/13; il secondo, di tipo ordinamentale specifico, consistente nel saldo negativo per l'attività dell'Autorità in esame derivante dal raffronto con l'attività giustiziale di altre autorità di garanzia cui anche di recente sono state conferite specifiche attribuzioni in tal senso, oltre che naturalmente con l'attività dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni che da tempo svolge in via diretta una importante funzione di risoluzione stragiudiziale delle controversie.

Ebbene, la norma si è arenata in seguito alle considerazioni negative espresse dal Consiglio di Stato in sede di emanazione del parere sullo schema di decreto legislativo contenente il Codice dei contratti pubblici²⁹. A dire il vero il Consiglio di Stato ha liquidato piuttosto rapidamente la questione, sul rilievo dell'assenza di una indicazione in tal senso da parte della legge delega (l'art. 25, l. 18 aprile 2005, n. 62, legge comunitaria 2004). In effetti, il giudice amministrativo sceglie la via più coerente dal punto di vista formale nel momento in cui afferma che "l'attribuzione di una funzione del tutto nuova e para-contenziosa ad una autorità indipendente richiede un espresso intervento del legislatore"; ma al tempo stesso sceglie di non farsi carico di una serie di contraddizioni, sicuramente imputabili al legislatore, che producono effetti assai dannosi sul sistema complessivo dei lavori pubblici e sulle aspettative di tutela del singolo operatore.

Forse, qualche scrupolo in più avrebbe consentito di individuare nel dato formale (*rectius*, nella sua interpretazione) uno spiraglio all'interno del quale inserire un principio già ampiamente accolto a livello non solo europeo, ma anche interno, per di più in ordinamenti settoriali del tutto analoghi, quanto a valori sottesi e ad esigenze di tutela manifestate, a quello dei lavori pubblici. Si ha invece l'impressione che sia prevalso un senso di sfiducia complessiva, ma non è del tutto chiaro se tale sfiducia investa la procedura in sé oppure la stessa capacità dell'Autorità di farsene carico.

Ciò è tanto più vero se si osserva che la norma in concreto approvata si limita ad attribuire all'Autorità il potere di esprimere, su iniziativa delle parti, "parere non vincolante relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, eventualmente formulando una ipotesi di soluzione". Tale parere è adottato – ai sensi dell'art. 6 del regolamento di attuazione approvato il 10 ottobre 2006³⁰ – dalla Commissione per la soluzione delle controversie istituita presso l'Autorità, presieduta da un membro del Con-

²⁹ Cons. St., sez. VII, parere 6 febbraio 2006, n. 355, in www.giustizia-amministrativa.it

³⁰ Consultabile sul sito www.autoritalavoripubblici.it.

siglio dell'Autorità medesima e composta da esperti nel settore degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Ora, non vi è dubbio che il parere – peraltro già in uso nella prassi – può svolgere un'utile funzione di indirizzo delle scelte dei contraenti, eventualmente contenendo gli impulsi di mera speculazione su un eventuale contenzioso e dunque rappresentando una opportunità in più; tuttavia, non si può non rilevare che, ancora una volta, le contingenze momentanee hanno prevalso sulle strategie di politica legislativa, indirizzando le scelte finali verso un sentiero significativamente lontano da quello giustiziale in senso proprio.

Sezione III

Il paradigma dell'amministrazione giustiziale

CAPITOLO I

FUNZIONE GIUSTIZIALE E AUTORITÀ INDIPENDENTI

1. *Un destino incompiuto?*

In base a quanto in precedenza affermato, il comune denominatore che consente di definire in termini giustiziali un'amministrazione che svolge attività di risoluzione di conflitti è rappresentato dalla sua indipendenza e dalla sua capacità di garantire la pienezza del contraddittorio. Fino ad ora tuttavia, ci si è limitati a fare riferimento ad un denominatore minimo e perciò idoneo a caratterizzare ipotesi del tutto diverse tra loro sia sotto il profilo strutturale, sia sotto quello funzionale, strettamente connesso con lo strumento in concreto utilizzato. Ciò ha consentito di confermare la correttezza dell'impostazione prevalente in dottrina in base alla quale la funzione giustiziale è l'attività svolta da un organo amministrativo tendenzialmente indipendente e diretta alla risoluzione di un conflitto tra privato e amministrazione o anche tra soli privati attraverso l'utilizzo di procedure a carattere contenzioso in grado di garantire il rispetto del contraddittorio tra le parti¹.

Si è inoltre rilevato che l'indipendenza deve essere intesa in termini di non riferibilità ad alcuna delle parti in causa evidenziando che, in special modo con riguardo allo svolgimento di una funzione di tipo giustiziale, tale carattere, pur di natura strutturale, perde progressivamente la esclusiva attinenza all'ambito organizzativo e all'organo cui si riferisce e guadagna una dimensione sostanzial-

¹ Per tutti si rinvia nuovamente a M.P. CHITI, *L'effettività della tutela avverso la pubblica amministrazione...*, cit., p. 546.

mente funzionale. Ciò in ragione dell'esistenza di un nesso molto stretto di strumentalità con l'esercizio della funzione svolta. Infine, si è precisato che l'indipendenza non può che essere tendenziale in ragione della eterogeneità delle fattispecie cui si riferisce; in sostanza, ciò che si deve evitare non è tanto l'astratta riferibilità all'apparato amministrativo dell'organo che adotta la decisione o gestisce la procedura, quanto la sua inidoneità in concreto ad incidere sul corretto esercizio della funzione. Questo ha consentito, per fare solo un esempio, di includere all'interno dell'ambito giustiziale uno strumento giuridico di difficile classificazione, come il ricorso gerarchico improprio (a dire il vero, soltanto se disegnato secondo il modello preferenziale indicato), affiancandolo ad altri strumenti, come il ricorso straordinario, che sotto questo profilo appaiono molto più solidi. Ciò è reso possibile dalla "elasticità" del carattere che consente di includere nel medesimo ambito, da un lato, fattispecie il cui livello di indipendenza va di volta in volta attentamente misurato e, dal lato opposto, fattispecie – come quella esemplificata – costruite attorno al coinvolgimento di un organo della cui indipendenza è difficile dubitare.

Così, ad ipotesi che appaiono avvicinarsi e ricalcare il modello della giurisdizione, si affiancano ipotesi che se ne allontanano, proponendo soluzioni differenziate ma comunque in grado di garantire i livelli minimi sopra segnalati. In definitiva, ciò che conta ribadire, è il fatto che si tratta di un'indagine da effettuare di volta in volta a seconda delle specificità del caso.

Analoghe considerazioni vanno fatte con riferimento al principio del contraddittorio, da considerarsi in termini cumulativi e non alternativi rispetto all'indipendenza e anch'esso declinabile a seconda del tipo di strumento utilizzato; a condizione, tuttavia, che esso mantenga la sua caratterizzazione quale strumento di garanzia della uguaglianza tra le parti e, dunque, della imparzialità della funzione.

Ora, se questi sono i caratteri che contraddistinguono la struttura e il *modus operandi* delle amministrazioni giustiziali, è abbastanza agevole constatarne la vicinanza con il modello delle autorità indipendenti. Anzi, a ben guardare, queste autorità rappresentano per certi versi il modello concettuale di riferimento dell'amministrazione giustiziale, in particolare per quanto concerne la loro configura-

zione strutturale, tesa a valorizzarne l'indipendenza rispetto agli interessi sostanziali al cui equilibrio è indirizzata la relativa attività².

A dire il vero soltanto una parte (ad oggi neppure prevalente) dell'attività delle autorità indipendenti integra il paradigma giustiziale. Ciò è dovuto al fatto che esse, dovendo riassumere la separazione dei poteri dello Stato, sono titolari di funzioni normative, amministrative e contenziose tra loro assai eterogenee e dunque non facilmente equilibrabili³. Ci sono casi in cui l'interesse affidato alla cura dell'autorità impone la prevalenza di una funzione sulle altre, per esempio di quella normativa su quella amministrativa o viceversa; ma quasi mai si registra la prevalenza della funzione contenziosa, qui intesa, benché in dottrina non vi sia uniformità di vedute⁴, come quell'attività in cui il coinvolgimento dell'autorità è strumentale alla risoluzione in contraddittorio di una controversia, a prescindere dal fatto che si tratti di un procedimen-

² Come ben evidenziato da L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, cit., p. 64. Si tenga peraltro presente che i caratteri strutturali dai cui viene di norma fatta discendere l'indipendenza delle autorità indipendenti (personalità giuridica, requisiti e procedimento di nomina dei vertici, autonomia finanziaria, contabile e organizzativa) non sono presenti in ugual misura in tutte le autorità qualificate senza alcuna incertezza in termini di indipendenza; ciò significa che questi requisiti vanno anche in questo caso intesi a livello tendenziale.

³ Come afferma F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 18, la letteratura sulle autorità indipendenti è pantagruelica, ragione per cui, anche per evitare i disturbi fisici segnalati dall'Autore, ci si limita a segnalare lo studio recente più significativo, quello di M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, Il Mulino, 2005, rinviando alle ulteriori indicazioni bibliografiche in esso contenute.

⁴ Talvolta infatti si ritiene sufficiente la sussistenza di un procedimento in contraddittorio per definire contenziosa la relativa attività, anche se manca del tutto o è ancora a livello potenziale l'elemento imprescindibile del conflitto. Per esempio A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, cit., p. 121, mentre afferma che "vi è attività amministrativa contenziosa quando vi è contraddittorio in senso proprio, quando, cioè, l'amministrazione [...] è chiamata a risolvere un conflitto", successivamente definisce a carattere contenzioso l'attività dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato in materia di abuso di posizione dominante, intese restrittive e così via. Sul punto anche M. CLARICH, *L'attività delle autorità indipendenti in forme semicontenziose*, cit., p. 158, che, come già visto, distingue le attività semicontenziose (in cui la controversia è tra erogatore – che già intrattiene rapporti con l'autorità – e utente) caratterizzate da una non assoluta neutralità dell'autorità, da quelle contenziose in senso stretto (controversie tra soli utenti), nelle quali si concretizza la massima espressione di terzietà e neutralità dell'autorità rispetto alle parti ricorrenti.

to “su ricorso”, oppure di natura conciliativa o arbitrale. Anzi, a parte i casi (invero frequenti) in cui la funzione contenziosa non è in radice contemplata dalle norme che attribuiscono i poteri all'autorità, talvolta parlare di prevalenza in senso proprio può apparire addirittura fuorviante, stante la marginalità nell'esercizio della relativa funzione.

Le ragioni di tale marginalità possono essere soltanto ipotizzate: una non chiara consapevolezza, a livello politico, delle potenzialità insite nell'attribuire poteri contenziosi alle autorità; una costante resistenza da parte del potere giurisdizionale, geloso delle proprie prerogative e non certo sollecito nel favorire alcun processo di condivisione⁵, ma anche una sorprendente resistenza da parte delle stesse autorità (si pensi, per esempio, al caso di energia elettrica e gas) che sono restate a lungo inerti nonostante le chiare attribuzioni normative.

Va da sé che è proprio con riferimento a questo tipo di attività che la parabola dell'amministrazione giustiziale incrocia quella delle autorità indipendenti. Stante quanto appena affermato, si potrebbe tuttavia ritenere questo incrocio non particolarmente fecondo, quantomeno in termini di capacità diffusiva. Si tratterebbe in altri termini di un destino ancora incompiuto.

In parte è così, sebbene di recente si registri qualche segnale che sembra andare nella direzione indicata. In base agli studi più recenti sulle autorità indipendenti sembra in effetti che sia in atto un mutamento del significato storico e del ruolo istituzionale delle autorità, che oggi, a differenza rispetto a quanto accadeva in passato, divengono destinatarie di nuove attribuzioni che rispecchiano diverse finalità ed attengono molto meno al raggiungimento di obiettivi macroeconomici e molto più alla promozione della concorrenza e alla protezione e tutela dei diritti dei consumatori e degli utenti⁶.

⁵ Il caso più recente è rappresentato dalla vicenda già richiamata del parere negativo (355/2006) espresso dal Consiglio di Stato in merito alla norma del Codice dei contratti pubblici che attribuiva all'Autorità per i lavori pubblici il potere di svolgere “su iniziativa delle parti, attività di composizione delle controversie insorte tra stazioni appaltanti ed operatori economici durante le procedure di gara” individuando con regolamento le modalità di svolgimento del relativo procedimento.

⁶ Come afferma G. NAPOLITANO, *Il disegno istituzionale: il ruolo delle autorità indipendenti di regolazione*, in C. DE VINCENTI, A. VIGNERI, *Le virtù della concorrenza*, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 56.

Questa tendenza sembra peraltro confermarsi anche a livello legislativo. Lo schema di d.d.l. recante “Disposizioni in materia di regolazione e vigilanza sui mercati e di funzionamento delle autorità indipendenti preposte ai medesimi” nella versione approvata dal Consiglio dei ministri del 2 febbraio 2007, da un lato, attribuisce alla istituenda Autorità per i servizi e l’uso delle infrastrutture di trasporto l’obbligo di favorire “l’istituzione di procedure semplici e poco onerose per la conciliazione e la risoluzione delle controversie tra esercenti e utenti (art. 6, c. 2, lett. p)); dall’altro, esplicita in più occasioni che l’Autorità svolge primariamente compiti di promozione e protezione dei diritti dei consumatori e degli utenti.

In questo mutamento, dunque, sembra di poter intravedere nuovi spazi di diffusione delle attività giustiziali, la cui crescita ad oggi non è prevedibile ma, se adeguatamente sostenuta e implementata, potrebbe riequilibrare le attribuzioni funzionali delle autorità. Questa percezione è in parte confermata dalla casistica che in seguito sarà analizzata, da cui in sostanza emergono due elementi: da un lato, il potenziamento e la crescita quantitativa e qualitativa delle ipotesi già consolidate; dall’altro, la previsione di ipotesi nuove o attraverso attribuzione legislativa (tuttora in via di attuazione), oppure attraverso l’attuazione da ultimo realizzata di un potere già da tempo conferito.

A questo punto è tuttavia necessario fare i conti con un dato non ulteriormente rinviabile, oltre che spesso non tenuto in adeguata considerazione: l’estrema eterogeneità del fenomeno delle autorità indipendenti, ancora oggi, come del resto qualche anno or sono, vittima di quei processi che Giuliano Amato definisce di “semplificazione unificante”⁷. Questi processi hanno portato ad includere nella medesima categoria enti che soltanto di rado hanno tratti comuni ma più spesso presentano tali e tante differenze strutturali e funzionali da rendere assai difficile il compito di chiunque scelga un approccio unitario. L’imbarazzo è dunque innegabile nel momento in cui si accomuna – ma questa è l’attuale frontiera raggiunta dagli studi giuspubblicistici – l’Isvap con

⁷ G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 1997, p. 1.

la Consob, l'Autorità per l'energia elettrica e il gas con la Banca d'Italia, il Garante per la protezione dei dati personali con l'Autorità per lo sciopero nei servizi pubblici essenziali e così via. In alcuni casi, addirittura, si pensi per esempio alla Banca d'Italia o all'Isvap, la dottrina dubita che sia possibile parlare di autorità indipendenti in senso proprio⁸.

Ciò spiega le diverse definizioni utilizzate di volta in volta per descrivere il fenomeno in esame; comunque sia, secondo una nota e condivisibile partizione, le autorità indipendenti o di garanzia andrebbero distinte da quelle semi-indipendenti⁹, in ragione dell'esistenza o meno di un legame con il governo; non solo di tipo strutturale ma soprattutto funzionale, onde evitare di escludere ipotesi la cui struttura, in nulla incidendo sull'indipendenza della funzione, si limita a testimoniare "su ordinamenti ormai superati" e sulle difficoltà di "trovarne di nuovi adeguati alla nuova realtà". In questo senso, per esempio, è da notare che le funzioni contenziose vengono di norma attribuite alle sole autorità di garanzia e che, in conformità al processo evolutivo sopra segnalato, sembra che il primo modello stia lentamente prevalendo sul secondo¹⁰.

⁸ Per esempio F. MERUSI, *Democrazia e autorità...*, cit., p. 49. Peraltro, con riferimento alla natura pubblica Banca d'Italia (questione dirimente per poterla qualificare come autorità indipendente), il problema sembra essere in parte superato dall'art. 19, c. 2, della l. 262/2005 che la sancisce in via definitiva. Resta peraltro da verificare, al di là delle affermazioni positive, se l'attuale configurazione strutturale dell'istituto ne garantisce il livello minimo di indipendenza. Ad esempio, V. CERULLI IRELLI, *Principii di diritto amministrativo*, cit., I, p. 109, sembra valorizzare al massimo l'assoluta estraneità del Governo dal procedimento di nomina dei vertici. In generale, comunque sia, bisogna rilevare che il problema non è meramente teorico ma ha importanti conseguenze di ordine pratico. Si pensi soltanto alle implicazioni in termini di regime giuridico, come per esempio quelle concernenti l'applicazione delle norme in tema di rito accelerato previste dall'art. 4 della l. 205/2000 su cui, per esempio, M.P. CHITI, *Le procedure giurisdizionali speciali*, cit., p. 4778.

⁹ Si veda ancora G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, cit., p. 3.

¹⁰ Pare dunque al termine l'epoca della differenziazione e una recente dottrina, facendo prevalere l'indole garantistica delle autorità arriva addirittura a definirne sinteticamente le funzioni in chiave "giusdicente", comprendendo in tal modo l'intera triade funzionale ed individuando il denominatore comune nella "garanzia di applicazione della legge nel settore di riferimento" (F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2005, I, p. 882).

2. *La risoluzione delle controversie presso le autorità indipendenti nel diritto positivo*

Quanto sopra rilevato impone di non procedere oltre nell'approccio unificante.

Ai presenti fini, si ritiene invece opportuno un breve accenno alle autorità – unanimemente definite di garanzia, dunque dalla indubbia indipendenza¹¹ – alle quali l'ordinamento ha conferito il potere di svolgere funzioni a carattere giustiziale. Intese in senso proprio, sia chiaro; saranno cioè prese in considerazione, nei limiti qui prefissati, soltanto le ipotesi in cui l'autorità non è portatrice di alcun interesse che non sia quello di comporre o di agevolare la definizione di una controversia da una posizione di piena indipendenza rispetto agli interessi di cui le parti in conflitto sono portatrici. Si tenga peraltro presente che a volte l'attività giustiziale è circoscritta ad una parte delle attribuzioni funzionali delle autorità, ragion per cui la qualifica in termini giustiziali non può che riferirsi a quella parte soltanto¹².

2.1. *La Consob*

Si tratta di un'attribuzione molto recente e perciò il quadro è tuttora in via di definizione. L'art. 27 della l. 28 dicembre 2005,

¹¹ Facendo proprio l'auspicio di D. SORACE, *La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in «Mercato, concorrenza, regole», 2003, p. 337, in merito ad un potenziamento della sua indipendenza, sembra corretto far rientrare in questo ambito anche l'Autorità per l'energia elettrica e il gas. Ne restano sostanzialmente escluse quelle che F. MERUSI, M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 55, definiscono false autorità indipendenti, facendo per esempio riferimento all'Autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione, all'Agenzia per rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni, alla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi e così via.

¹² Molte affinità con le ipotesi che saranno in seguito indicate presenta la procedura arbitrale il cui svolgimento è previsto presso l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici; ciononostante, in ragione del quadro ancora in via di definizione, nonché delle perplessità evidenti – pur se non esplicitamente affermate – che il Consiglio di Stato ancora dimostra nei confronti di alcuni requisiti strutturali dell'Autorità medesima, si ritiene opportuno limitarsi a confermare l'impostazione scelta, diretta a premiare l'utilità del rimedio sulla configurazione dell'Autorità.

n. 262 (Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari) conferisce al Governo un'ampia delega per l'adozione, entro un periodo di diciotto mesi dall'entrata in vigore della legge, di un decreto legislativo che istituisca procedure di conciliazione ed arbitrato per la risoluzione di controversie in materia di servizi di investimento. La delega è in effetti molto ampia; ciò è positivo e negativo al tempo stesso. Positivo perché riduce al minimo i rischi – invero piuttosto frequenti – di successiva censura del decreto delegato per eccesso di delega; negativo perché, a causa della genericità del testo, l'interprete ma ancor prima il legislatore potrebbero trovarsi in difficoltà nel momento di effettuare le scelte attuative.

Le procedure richiamate dalla lett. a), dell'art. 27, c. 1, dovranno essere svolte presso la Consob e sono quelle del d.lgs. 5/2003 già sperimentate nell'ambito del diritto societario; le controversie in relazione alle quali conciliazione e arbitrato possono essere utilizzati sono quelle che insorgono tra risparmiatori o investitori (restano opportunamente esclusi gli investitori istituzionali) e le banche o altri intermediari finanziari in tema di adempimento degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti dalla disciplina contrattuale.

La norma contiene tuttavia una imprecisione: tramite le suddette procedure, alla Consob è attribuito il potere di “decidere” le controversie indicate. Ciò è in linea con la struttura e la filosofia dell'arbitrato ma è un controsenso con riferimento alla conciliazione, ove la decisione spetta in tutto e per tutto alle parti e l'autorità ha semmai il potere di agevolarne lo svolgimento. Si potrebbe pensare a un rifiuto, agevolmente correggibile in sede attuativa; eppure, la lett. b) del medesimo comma conferisce all'Autorità il potere di determinare un indennizzo in favore dei risparmiatori e degli investitori nei casi in cui, durante lo svolgimento della conciliazione o dell'arbitrato, la Consob accerti l'inadempimento degli obblighi di cui alla lett. a). Ebbene, come noto, durante il procedimento di conciliazione non vi è alcun potere di accertamento in capo al soggetto che gestisce la procedura; ciò esclude il semplice rifiuto e al contrario conferma che la norma è stata concepita pensando prevalentemente ai procedimenti arbitrali. Non c'è nulla di irrimediabile ma questo elemento

andrà tenuto in adeguata considerazione nel momento in cui si metterà mano alle discipline attuative, comprese quelle regolamentari, che la lett. e), opportunamente, attribuisce alla Consob, sentita (?) la Banca d'Italia.

Smarcandosi lievemente dallo schema dettato in ambito societario, si potrebbe forse immaginare un percorso sequenziale analogo a quello che si svolge presso l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, con un tentativo di conciliazione in prima battuta, al cui fallimento diviene esperibile una procedura "pseudo arbitrale"; in quest'ottica, l'esposizione delle banche al potere autoritativo di determinazione dell'indennizzo da parte della Consob potrebbe rappresentare un utile incentivo alla definizione della lite in sede di conciliazione, con il vantaggio, tipico dei procedimenti conciliativi, della conservazione del potere decisorio in capo alle parti della controversia. Degna di nota è infine la lett. c), che fa salvo l'esercizio del diritto di azione innanzi al giudice ordinario per il risarcimento del danno in misura maggiore rispetto a quanto corrisposto a titolo di indennizzo. L'intento della disposizione è lodevole e consiste nel chiarire che la Consob, al pari delle altre autorità indipendenti, non ha titolo alcuno per pronunciarsi in materia di risarcimento del danno. Tuttavia la norma ripropone lo schema ormai consolidato del percorso di tutela duplicato, cioè in parte attribuito alla cognizione del giudice amministrativo ed in parte a quella del giudice ordinario. Non è certo questa la sede per approfondire il punto; ci si limita soltanto a rilevare che l'intento perseguito attraverso tale duplicazione resta quantomeno opaco e di certo non contribuisce alle ragioni di una tutela giurisdizionale effettiva.

2.2. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato

Istituita con l. 10 ottobre 1990, n. 287 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato), l'Autorità in esame sintetizza, in termini strutturali e di attribuzioni funzionali, le difficoltà del passaggio dalle cd. autorità di prima a quelle di seconda generazione, il cui progressivo sviluppo ha successivamente condotto al mutamento del ruolo delle autorità cui sopra si è accennato.

Non stupisce dunque che dalla disciplina positiva che istituisce l'Autorità siano del tutto assenti attribuzioni giustiziali nei termini sopra precisati; né tanto meno deve sorprendere il fatto che una parte importante della dottrina abbia tradizionalmente qualificato in chiave contenziosa l'attività dell'Autorità valorizzando l'indipendenza, da un lato, ed il pieno rispetto del contraddittorio durante il processo di accertamento, dall'altro, senza tuttavia tenere in adeguata considerazione la posizione dell'Autorità stessa e l'assenza di un conflitto in senso proprio¹³. Nel senso che, nell'esercizio delle funzioni di tutela della concorrenza (dunque nei casi di intese, abusi, concentrazioni o separazioni societarie) e di conflitto di interessi, l'Autorità gestisce il procedimento istruttorio garantendo il massimo rispetto del contraddittorio al fine non di risolvere un conflitto tra due parti da una posizione di terzietà, ma di valutare il comportamento di un soggetto alla luce dell'interesse pubblico affidatole dall'ordinamento, eventualmente adottando una decisione, anche a carattere sanzionatorio, idonea a far cessare il comportamento anticoncorrenziale. Si tratti anche di un'attività che non ha più nulla del *rulemaking* ma è di sola *adjudication*¹⁴, si resta sempre al di fuori della risoluzione di un conflitto. Tanto è vero che l'Autorità può attivarsi anche d'ufficio.

Ciò accade anche nell'ipotesi "negoziale" di recente introdotta dalla l. 4 agosto 2006 n. 248 (conversione in legge del d.l. 4 luglio 2006, n. 223) che ha, tra l'altro, novellato la l. 287/1990 introducendo gli artt. 14 *bis* e ss. In particolare, l'art. 14 *ter* disciplina la facoltà, per le imprese coinvolte dall'apertura nei loro confronti di una istruttoria diretta all'accertamento di una condotta anticoncorrenziale, di presentare impegni a carattere negoziale diretti alla cessazione immediata dei profili di anticoncorrenzialità oggetto di istrut-

¹³ Si pensi per esempio alla posizione di A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, cit., p. 134, secondo il quale l'attività dell'Autorità è contenziosa nel duplice senso che è in grado di assicurare il contraddittorio e di risolvere "un conflitto, anche potenziale, in materia di abuso di posizione dominante, di intese restrittive della libertà di concorrenza e di operazioni di concentrazione".

¹⁴ Per utilizzare una distinzione diffusa nell'ordinamento statunitense. Sul punto, M. CLARICH, *Autorità indipendenti...*, cit., p. 96, che sembra appunto confermare l'impostazione tradizionale.

toria, con conseguente interruzione del procedimento sanzionatorio nei loro confronti¹⁵.

Ebbene, non deve destare stupore l'orientamento tradizionale della dottrina perché in realtà, minimizzando le differenze tra l'una e l'altra ipotesi, essa ha inteso più che altro incoraggiare e favorire il consolidamento di un modello di autorità fortemente innovativo rispetto a quelli precedentemente sperimentati; e infatti le autorità nate successivamente, si pensi in particolare a quelle di garanzia dei servizi pubblici, da un lato si collocano nel solco tracciato in materia *antitrust*, dall'altro lo rielaborano, assumendo una "veste aggiudicativa" sempre più marcata.

L'unica ipotesi in cui l'Autorità in esame svolge funzioni più propriamente giustiziali è in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, secondo quanto in origine disciplinato dal d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 74, oggi abrogato e sostituito dal d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo).

L'art. 26, c. 2, attribuisce infatti a consumatori, loro associazioni e organizzazioni e pubbliche amministrazioni in relazione allo svolgimento dei propri compiti istituzionali, il diritto di chiedere all'Autorità garante della concorrenza e del mercato che siano inibiti gli atti di pubblicità ingannevole e che ne siano eliminati gli effetti. In linea con le finalità qui prefissate, ecco gli elementi che giustificano la scelta di collocare questa procedura all'interno dell'ambito giustiziale.

Innanzitutto, l'Autorità si attiva soltanto in seguito ad istanza di parte e ciò ne accresce la posizione di terzietà rispetto agli interessi in gioco. Il comma 9 stabilisce poi che l'istruttoria deve garantire il contraddittorio, la piena cognizione degli atti e la verbalizzazione e affida i dettagli della disciplina ad un regolamento delegato ad oggi non ancora emanato. Si tenga però presente che in proposito devono ritenersi ancora applicabili, naturalmente se compatibili con la nuova disciplina o non già da questa disciplinate, le disposizioni del d.p.r. 11 luglio 2003, n. 284 (regolamento recante norme sulle proce-

¹⁵ Per un primo commento M. LIBERTINI, *Le decisioni "patteggiate" nei procedimenti per illeciti antitrust*, in «G.d.a.», 2006, p. 1284, che, a conferma della natura "attiva" e non giustiziale del procedimento in esame, ne riconduce l'accordo finale entro lo schema negoziale dell'art. 11 della l. 241/1990.

dure istruttorie dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato in materia di pubblicità ingannevole e comparativa). In particolare, il regolamento disciplina dettagliatamente l'ufficio responsabile del procedimento (art. 3), la comunicazione all'operatore pubblicitario dell'apertura dell'istruttoria con annessa determinazione di reperire ogni informazione idonea ad identificarlo, se sconosciuto (art. 4), la partecipazione al procedimento (art. 6), la fissazione di audizioni (art. 7) e la richiesta di perizie e consulenze (art. 8) i cui risultati devono essere comunicati alle parti. Interessante è poi la previsione di cui all'art. 26, c. 4, del d.lgs. 206/2005 in materia di onere della prova: se richiesto dall'Autorità, l'operatore pubblicitario deve fornire la prova dell'esattezza dei dati contenuti nella pubblicità; in caso negativo o di risposta insufficiente, i dati si presumono inesatti.

In definitiva, come si può notare da questi brevi rilievi, si è in presenza a tutti gli effetti di un procedimento amministrativo a carattere giustiziale. Che poi si tratti di un ricorso in senso proprio, è la stessa norma di legge ad indicarlo nel momento in cui stabilisce al comma 6 che l'Autorità, se ritiene ingannevole la pubblicità, accoglie il ricorso provvedendo con effetto definitivo e con decisione motivata. Si noti inoltre che si tratta di un ricorso particolare, proposto non contro un atto di una pubblica amministrazione ma contro un atto o un comportamento di un privato a tutela di un diritto soggettivo¹⁶; in altri termini si è in presenza di un ricorso amministrativo che la dottrina è solita definire come non impugnatorio. Il comma 12, infine, a conferma della natura del rimedio, attribuisce alla giurisdizione del giudice amministrativo i ricorsi contro le decisioni definitive adottate dall'Autorità.

2.3. L'Autorità garante per la protezione dei dati personali

Il testo normativo di riferimento è il d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali) che ha significativamente modificato la precedente disciplina, riorganizzando le precedenti disposizioni in tema di tutela dell'interessato e – come

¹⁶ M. CLARICH, *Autorità indipendenti...*, cit., p. 103.

enunciato dall'art. 141, c. 1, lett. c) da leggere in combinato disposto con l'art. 154, c. 1, lett. b) – articolando le forme di tutela stragiudiziale in due sezioni distinte per tipologia: la seconda, dedicata alla tutela amministrativa (reclami e segnalazioni), la terza alla tutela alternativa a quella giurisdizionale, che consiste essenzialmente nella possibilità di presentare un ricorso al Garante per far valere (si badi, esclusivamente) i diritti di cui all'art. 7; per esempio, le finalità e modalità del trattamento, l'aggiornamento, la rettificazione, la trasformazione in forma anonima o la cancellazione dei dati personali trattati in maniera contraria a quanto consentito e così via.

Si tratta dunque di una forma di tutela rilevante ai fini prefissati e la nuova sistemazione normativa conferma anche in questo caso il rinnovato interesse del legislatore e l'intenzione di valorizzare l'indole giustiziale dell'Autorità¹⁷.

Anche in questo caso, un'ulteriore particolarità del rimedio in esame è rappresentata dal fatto che, pur essendo strutturato secondo lo schema tradizionale del ricorso amministrativo, se ne discosta in quanto può essere utilizzato anche per la sola tutela di un diritto soggettivo, dunque a prescindere dalla impugnazione o addirittura dall'esistenza di un provvedimento amministrativo¹⁸.

Questi i profili maggiormente significativi da cui si desume la natura giustiziale dell'Autorità e del rimedio in esame.

Il ricorso al Garante è innanzitutto strutturato in termini di rigida alternatività rispetto al ricorso giurisdizionale, in applicazione del principio *electa una via, non datur recursus ad alteram*; questo di solito avviene (si pensi al ricorso straordinario) quando il legislatore è persuaso della tendenziale sovrapponibilità – in termini di ga-

¹⁷ In questo senso è orientata, del resto, la dottrina prevalente. Si veda F. CARDARELLI, *Commento agli art. 141-151*, in S. SICA, P. STANZIONE (a cura di), *La nuova disciplina della privacy*, Bologna, Zanichelli, 2004, p. 642, G.P. CIRILLO, *Il codice sulla protezione dei dati personali*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 524 ma anche B. CUNEGATTI, *Tutela amministrativa e giurisdizionale*, in J. MONDUCCI, G. SARTOR (a cura di), *Il codice in materia di protezione dei dati personali*, Padova, Cedam, 2004, p. 489.

¹⁸ Il rimedio in esame appartiene pertanto alla categoria dei ricorsi che la dottrina definisce tradizionalmente come non impugnatori. Sul punto si rinvia alla classificazione di A. TRAVI, *Ricorsi amministrativi*, cit., p. 384.

ranzie ed effetti conseguibili – tra la via alternativa e quella giurisdizionale. Ad assistere l'affermazione del principio vi sono poi una serie di norme che richiamano la litispendenza così come disciplinata nel c.p.c., come di derivazione processualcivilistica è l'indicazione degli elementi che il ricorso deve contenere: il ricorrente, il soggetto nei cui confronti è proposta l'azione, la *causa pretendi*, il *petitum*, nonché – *last but not least* – la sottoposizione del rimedio al principio generale della domanda sancito dall'art. 99 c.p.c., elemento questo che esclude che il Garante possa provvedere d'ufficio ai sensi dell'art. 150 del codice, facendosi in tal modo portatore di interessi ultronei rispetto a quelli di mera composizione del conflitto.

Grande attenzione è posta poi al rispetto del principio del contraddittorio: l'art. 149, c. 1, impone al Garante l'obbligo di comunicare al titolare il ricorso entro tre giorni, invitandolo altresì ad aderire spontaneamente alla istanza del ricorrente entro dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, nel qual caso, vista la definizione in via negoziata della lite, si avrà una dichiarazione di non luogo a provvedere da parte dell'Autorità (comma 2), secondo una prassi ormai consolidata del Garante¹⁹; il comma 3, infine, riconosce alle parti, durante lo svolgimento della procedura, ma entro un termine stabilito dall'Autorità, il diritto di essere sentite e di presentare memorie e documenti.

2.4. *L'Autorità per l'energia elettrica e il gas*

Istituita dalla l. 14 novembre 1995, n. 481, l'Autorità per l'energia elettrica e il gas è stata a lungo considerata come la sede ideale di sperimentazione dell'esercizio di funzioni a carattere giustiziale. In proposito, l'art. 2, c. 24, è infatti cristallino nel prevedere, entro sessanta giorni dall'entrata in vigore della legge, l'adozione di regolamenti delegati per la definizione (lett. b)) di criteri, condizioni, termini e modalità “per l'esperimento di procedure di conciliazione e

¹⁹ A titolo esemplificativo si veda la decisione del 27 giugno 2001, in *Bollettino* n. 21, p. 27.

arbitrato in contraddittorio presso le autorità nei casi di controversie insorte tra utenti e soggetti esercenti il servizio”. La norma prevede altresì la possibilità che tali procedure siano rimesse in prima istanza alle commissioni di conciliazione istituite presso le Camere di commercio.

Ebbene, la situazione attuale è per certi versi sconsolante. Come noto, il regolamento governativo non è mai stato adottato; questo ha determinato non soltanto una ingiustificata compressione del ventaglio di funzioni e poteri attribuiti all’Autorità dalla legge ma, ciò che più rileva, ha inopinatamente ridotto le *chance* di tutela del cittadino in un settore a forte conflittualità e caratterizzato da un significativo squilibrio nei rapporti di forza tra le parti.

Soltanto di recente l’Autorità ha cercato di uscire dalla morsa dell’inerzia legislativa che ne ha profondamente compromesso le capacità di iniziativa. E infatti, per quanto riguarda i procedimenti di conciliazione, l’Autorità si è appoggiata alla organizzazione delle Camere di commercio; il che non è necessariamente un male a patto che sia chiaro che le due ipotesi, quanto a livello di indipendenza e di competenze di natura tecnica, sono tutt’altro che sovrapponibili.

Diverso discorso va fatto con riferimento all’arbitrato. Già nel 2003, con delibera 127/03, l’Autorità aveva adottato in via d’urgenza “nelle more dell’emanazione del regolamento governativo [...] e sul presupposto della intestazione all’Autorità di un generale mandato alla risoluzione delle controversie in materia di accesso alle reti”²⁰ un regolamento per lo svolgimento delle procedure arbitrali; a dimostrazione che talvolta le pressioni del contesto giuridico ed economico, determinate da una forte esigenza di incrementare l’effettività del regime di accesso regolato, risultano in grado di anticipare la legittimazione di un atto di natura governativa.

Successivamente, con delibera 42/05, l’Autorità ha ritenuto, sempre nelle more della approvazione del regolamento governativo, di agevolare in via sperimentale l’accesso a procedure arbitrali

²⁰ Così testualmente si legge nella delibera 42/05 recante “disposizioni in materia di procedure arbitrali per la risoluzione delle controversie in materia di accesso alle reti dell’energia elettrica e del gas e di revoca della deliberazione dell’Autorità per l’energia elettrica e il gas 127/03”.

in linea con quanto stabilito dal c.p.c. A tal fine è stata revocata la delibera 127/03 ed è stato approvato uno schema di compromesso in arbitri e di clausola compromissoria che dovrebbe incentivare la diffusione del ricorso alla procedura arbitrale per la risoluzione delle controversie in merito alla interpretazione ed esecuzione di rapporti che hanno ad oggetto servizi di trasmissione dell'energia e di trasporto del gas naturale sulle infrastrutture ad alta pressione. Da ultimo, con delibera 01/06, l'Autorità ha individuato i criteri per fissare i diritti dovuti a copertura degli oneri sostenuti per la gestione delle procedure arbitrali.

Si tratta in effetti di passi da gigante rispetto al prolungato inattivismo. Ad oggi, tuttavia, soltanto in un caso, il lodo 1/06²¹, è stata sperimentata la nuova disciplina. Non è quindi possibile esprimere giudizi perché il quadro è ancora in via assestamento ma vi sono senz'altro buoni motivi per tenere questa esperienza sotto osservazione.

2.5. L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. La risoluzione delle controversie tra operatori e utenti secondo la delibera 173/07/Cons

Il sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di comunicazioni elettroniche radicato presso l'Autorità per le garanzie delle comunicazioni può essere senza dubbio considerato il più avanzato, ragion per cui si cercherà, pur restando nei limiti prefissati, di descriverne le linee essenziali in maniera più diffusa rispetto a quanto fatto nei casi precedenti, nella consapevolezza che esso ben potrebbe essere utilizzato quale parametro di riferimento per la modifica di altre normative di settore.

Il quadro normativo è piuttosto articolato. La norma-madre è ancora una volta, trattandosi di servizio di pubblica utilità, l'art. 2, c. 24, della l. 481/1995. Qui però finiscono le assonanze con l'energia e il gas perché nel settore delle comunicazioni elettroniche il problema della mancata adozione del regolamento governativo è stato

²¹ Consultabile al sito www.autorita.energia.it.

superato dall'emanazione della l. 31 luglio 1997, n. 249 (Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo). Questa legge guarda infatti con molto interesse al tema della composizione stragiudiziale delle controversie.

L'art. 1, c. 6, lett. a), n. 9, stabilisce, nell'ambito dell'individuazione delle competenze dell'Autorità, che la Commissione per le infrastrutture e le reti (Cir) ha il potere di dirimere le controversie in tema di interconnessione e accesso alle infrastrutture di telecomunicazione e, al n. 14, di intervenire nelle controversie tra l'ente gestore del servizio e gli utenti privati; il comma 11 del medesimo articolo, conferisce all'Autorità il potere di disciplinare con propri provvedimenti le modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie, subordinando la proposizione del ricorso giurisdizionale al previo esperimento di un tentativo obbligatorio di conciliazione, da svolgersi presso i Comitati regionali per le comunicazioni (di seguito Corecom); a questo si aggiunga, per inciso, che nel tempo rivelatosi necessario affinché i Corecom entrassero a regime²², le procedure conciliative sono state svolte presso l'Autorità o presso gli organi, Camere di commercio *in primis*, di composizione extragiudiziale delle controversie oggi disciplinati dall'art. 141, c. 2, del d.lgs. 206/2005.

Nel 2001, in attuazione di quanto previsto dal comma 11 sopra richiamato, l'Autorità ha adottato, con delibera 141/01/Cons, il regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra organismi di telecomunicazioni, cui l'anno successivo ha fatto seguito, con delibera 182/02/Cons, l'adozione del regolamento concernente la risoluzione delle controversie insorte nei rapporti tra organismi di telecomunicazioni ed utenti, oggi modificato con delibera 173/07/Cons.

All'interno di questo quadro si inserisce il d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259 (Codice delle comunicazioni elettroniche) che ha apportato

²² Secondo lo studio di E.M. COTUGNO, E. ZANFRAMUNDO, *Conciliazione e definizione delle controversie tra operatori e utenti di servizi di telecomunicazioni. Risultati e prospettive dell'attività dell'Agcom*, in «Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione», 2005, I, p. 214, i Comitati in grado di svolgere queste funzioni sarebbero diciannove, di cui quattordici hanno già stipulato la necessaria convenzione con l'Autorità e sono dunque da considerarsi operativi.

alcune modifiche rilevanti in tema di controversie tra soli operatori. In particolare, con gli artt. 23 e 42, è stata dettata una disciplina significativamente diversa da quella della l. 249/1997 e del d.p.r. 318/97, oltre che del d.m. 23 aprile 1998, di cui lo stesso regolamento adottato con delibera 148/01 costituisce in parte attuazione, mettendo in tal modo in discussione la validità dell'attuale sistema di risoluzione delle controversie tra imprese²³. Il punto è senz'altro delicato, ragion per cui si auspica quanto prima un intervento normativo che provveda a ridefinire il quadro attuativo.

Per il momento, si ha la sensazione che il legislatore abbia inteso separare più nettamente rispetto al passato la filosofia e le modalità di soluzione alternativa delle controversie, a seconda che esse riguardino i soli operatori oppure anche gli utenti; il punto forse non è ancora emerso in maniera definita ma, se confermato, potrebbe avere effetti decisivi sul significato e sulla portata dell'intero sistema di composizione stragiudiziale delle controversie tra imprese.

Ebbene, questo cambio di impostazione è incentrato sull'art. 23, c. 3, del d.lgs. 259/2003 in base al quale "nella risoluzione delle controversie l'Autorità persegue gli obiettivi di cui all'art. 13". Si tratta delle finalità cui, in attuazione della Direttiva 2002/21/CE²⁴, deve essere ispirata l'attività di vigilanza e regolamentazione: promozio-

²³ In effetti non sembra più esservi coincidenza tra le due discipline. Per fare solo un esempio, l'art. 3 del regolamento di cui alla delibera 148/01 sottopone al potere definitorio dell'Autorità "ogni controversia relativa all'interconnessione" mentre l'art. 23 del d.lgs. 259/2003, al c. 1, parla solo delle controversie aventi "ad oggetto gli obblighi derivanti dal Codice", e al c. 2 riconosce in capo alle parti la facoltà di deroga alla competenza dell'Autorità, che in tal modo, come segnala G. PESCE, *Tutela giurisdizionale*, in M. CLARICH, G.F. CARTEI (a cura di), *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 461, finisce per avere un ruolo sussidiario. Sulle incertezze derivanti dalla nuova disciplina G. DELLA CANANEA, *Regolazione del mercato e tutela della concorrenza nella risoluzione delle controversie in tema di comunicazioni elettroniche*, in «Dir. pubbl.», 2005, p. 612, sostiene che, seppur formalmente abrogate, le norme anteriori (comprese le delibere adottate dall'Autorità) non hanno del tutto perso la propria efficacia, perlomeno fino al momento in cui verranno riesaminati gli obblighi imposti agli operatori.

²⁴ Si tratta della Direttiva Quadro per le reti e i servizi di comunicazione elettronica, di cui l'art. 13 costituisce in parte attuazione. Sul punto si segnala ancora M. CLARICH, *Disposizioni e principi generali*, in M. CLARICH, G.F. CARTEI (a cura di), *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, cit., p. 51.

ne della concorrenza nei servizi affinché ne sia garantita la fruibilità al numero massimo degli utenti, anche attraverso il rispetto degli indirizzi contenuti nel documento di programmazione economica e finanziaria; rimozione degli ostacoli che impediscono la fruizione di servizi correlati; flessibilizzazione delle discipline di accesso ed interconnessione compatibilmente con le condizioni competitive del mercato; eliminazione delle discriminazioni nel trattamento tra le diverse imprese che forniscono reti e servizi di comunicazione elettronica e così via.

Ciò che importa sottolineare, è la vistosa deviazione rispetto a quanto caratterizza i procedimenti a carattere giustiziale.

La nuova disciplina infatti sovrappone il piano della regolazione a quello della risoluzione di un conflitto, attribuendo a quest'ultimo lo scopo di verificare o al più ristabilire il "rispetto delle regole fissate a garanzia di un equilibrio di interessi predeterminato una volta per tutte nel dettaglio della legge"²⁵, non più in via esclusiva, ma soltanto nella misura in cui tale scopo coincide con gli obiettivi generali di regolazione dettati dall'art. 13 del Codice²⁶. Non si è in grado di stabilire l'opportunità o meno di questa scelta legislativa, anche se in effetti, il fatto che la controversia sia tra soli operatori in un certo senso livella le asimmetrie e rende meno urgente la necessità di una tutela depurata da possibili fattori distorsivi, con conseguente riepansione delle esigenze più marcatamente regolatorie²⁷.

Ciò non impedisce tuttavia di ribadire che la deviazione dagli schemi ordinari dei procedimenti a carattere giustiziale rischia di annacquare le potenzialità del sistema di tutela incentrato presso l'Au-

²⁵ Usando una felice espressione di G. DELLA CANANEA, *Regolazione del mercato...*, cit., p. 611.

²⁶ Al punto che G. PESCE, *Tutela giurisdizionale*, cit., p. 442, parla di esercizio dell'attività di regolazione anche "in occasione della soluzione di controversie"; l'Autorità, in altri termini, sfrutterebbe "la controversia sottoposta al suo esame per continuare, in via indiretta, ad esercitare attività amministrativa di regolazione del settore" (450).

²⁷ Dalla prassi emerge peraltro una scarsissima incisività del procedimento di conciliazione previsto dall'art. 7 del regolamento di cui alla delibera 148/01, proprio in ragione dei ristretti margini di negoziazione che l'ordinamento lascia agli operatori, i quali si trovano in sostanza ad interagire all'interno di un quadro in gran parte predeterminato a livello normativo.

torità e di incrinarne l'immagine di sede terza e indipendente²⁸. In definitiva, comunque la si veda, quanto sopra rilevato suggerisce la necessità di una modifica tempestiva del quadro normativo, ancora strutturato secondo un parametro concettuale ormai superato dallo stesso legislatore.

Discorso completamente diverso va fatto con riferimento alle controversie tra utenti e operatori. L'art. 84 del d.lgs. 259/2003 si limita infatti ad una ricognizione di alcuni principi generali in tema di risoluzione stragiudiziale delle controversie e perciò, nella sostanza, non va ad intaccare il quadro esistente. Ciononostante, la necessità di adeguare il regolamento di cui alla delibera 182/02 alle modifiche apportate all'organizzazione dell'Autorità, oltre che alle esigenze emerse nel corso di quasi cinque anni di prassi applicativa²⁹, ha costituito occasione per ripensare significativamente la disciplina regolamentare.

La versione definitiva del nuovo regolamento è stata approvata il 19 maggio 2007 con delibera 173/07 ma i suoi tratti fondamentali sono noti da tempo³⁰. A questi pertanto si farà riferimento, segnalando – nei limiti di quanto prefissato – gli aspetti più innovativi rispetto alla disciplina precedente.

Orbene, il primo riguarda l'ambito di applicazione: l'art. 2, c. 1, rimette alla competenza dell'Autorità le controversie tra utenti finali ed operatori in materia di comunicazioni elettroniche, inerenti "al mancato rispetto delle disposizioni relative al servizio universale ed ai diritti degli utenti finali stabilite dalle norme legislative, dalle delibe-

²⁸ Come sottolinea G. DELLA CANANEA, *I problemi istituzionali nel nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, in G. DELLA CANANEA (a cura di), *Il nuovo governo delle comunicazioni elettroniche*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 13, già compromessa, peraltro, dai numerosi poteri di controllo che il Ministero esercita nei confronti dell'Autorità.

²⁹ Da cui emergono peraltro dati piuttosto confortanti sul livello di efficacia del sistema. E.M. COTUGNO, E. ZANFRAMUNDO, *Conciliazione e definizione...*, cit., p. 217, evidenziano per esempio che a partire dall'anno 2002 (1138 procedure attivate), si è verificato un incremento annuale dei procedimenti di conciliazione espletati dalle Camere di commercio (cui oggi andranno ad aggiungersi quelli pressì i Core-com) che si aggira intorno al 90%, con una percentuale di riuscita di circa il 60%.

³⁰ La versione definitiva del regolamento può essere consultata sul sito ufficiale dell'Autorità (www.agcom.it).

re dell'Autorità, dalle condizioni contrattuali e dalle carte dei servizi". Si tratta dunque del più ampio numero di controversie, cui fanno eccezione quelle attinenti al recupero di crediti relativi alle prestazioni effettuate (ma solo se l'inadempimento non dipende da contestazioni relative alle prestazioni medesime) e quelle di cui al comma 3, cioè le azioni a carattere inibitorio previste dal codice del consumo.

L'art. 3 inaugura il Capo II, dedicato al procedimento di conciliazione. Come già rilevato, il tentativo è obbligatorio ed il nuovo regolamento lo definisce esplicitamente come condizione di procedibilità dell'azione³¹. A differenza della precedente versione, il regolamento individua nei Corecom – come già visto – la sede naturale di svolgimento del procedimento di conciliazione che deve chiudersi entro trenta giorni, scaduti i quali le parti possono comunque rivolgersi al giudice, cioè anche se la procedura non è conclusa. Il comma 2 poi precisa che, laddove il Corecom non abbia ricevuto la delega dall'Autorità, il tentativo di conciliazione dovrà svolgersi innanzi agli organi previsti dall'art. 13 del regolamento che in proposito rinvia esplicitamente alla definizione di cui all'art 1 lett. o). Si tratta, in buona sostanza, degli organi previsti dall'art. 141, c. 2 e 3 del Codice del consumo, individuati in base al rispetto dei principi e requisiti fissati a livello comunitario.

Rispetto a quella precedente si potrebbe sostenere che la nuova versione comporta una *deminutio* in termini di garanzia di indipendenza delle sedi presso cui si svolge il procedimento; la perplessità è in astratto condivisibile: un conto è l'Autorità, altro è il Corecom o la Camera di commercio. In concreto, tuttavia, entrambi questi organismi hanno ad oggi dimostrato – probabilmente agevolati dalla semplicità dell'accesso derivante dalla collocazione ramificata a livello territoriale – di essere pienamente in grado di svolgere con professionalità le funzioni in oggetto, ragion per cui sembra corretta la

³¹ In conformità all'orientamento costituzionale ormai indiscusso ed inaugurato da Corte cost., 6 luglio 2000, n. 276, in «Giur. cost.», 2000, p. 2156. Peraltro, come rileva R. GIARDA, *I diritti degli utenti finali*, in M. CLARICH, G.F. CARTEI (a cura di), *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, cit. p. 370, depone nel senso della procedibilità lo stesso art. 2, c. 24, lett. b) della l. 481/1995, da cui le autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità traggono la loro legittimazione.

scelta di istituzionalizzarli, considerandoli veicolo di differenziazione dell'offerta di giustizia.

Gli art. 7, 8 e 9 disciplinano il procedimento di conciliazione, che risulta caratterizzato dalle più ampie garanzie in termini di informazione e gestione delle informazioni acquisite, la cui utilizzabilità è peraltro esclusa in altri procedimenti contenziosi, salvo diverso accordo delle parti (art. 11). Se la conciliazione riesce viene redatto verbale che costituisce titolo esecutivo (art. 12, c. 2); anche il fallimento della procedura comporta la redazione di un verbale che attesta la mancata presentazione di una delle parti o il mancato raggiungimento dell'accordo.

In seguito al fallimento della procedura conciliativa si aprono le porte del giudizio. Ma la parte più interessante dell'intero sistema di tutela alternativa consiste nella possibilità di proseguire sulla via stragiudiziale, radicando il procedimento presso l'Autorità.

L'art. 14 stabilisce infatti che, qualora il tentativo di conciliazione abbia esito negativo e non sia già stata adita l'autorità giudiziaria (c. 2), le parti congiuntamente o anche il solo utente possono presentare un ricorso amministrativo all'Autorità chiedendole di definire la controversia entro un termine massimo di novanta giorni (art. 16, c. 1). L'Autorità cura gli adempimenti di carattere formale (art. 15), istruisce la procedura comunicandone gli esiti alle parti (art. 18), e trasmette tutta la documentazione in suo possesso all'Organo collegiale (Cir o, in alcune materie, Consiglio) che decide con provvedimento vincolante (art. 19, c. 3). Si tenga poi presente che, con tale provvedimento, l'Autorità può condannare l'operatore al pagamento di un rimborso di somme non dovute o di un indennizzo secondo quanto previsto dalle norme, dal contratto o dalle carte dei servizi (c. 4), senza che ciò pregiudichi in alcun modo la possibilità dell'azione risarcitoria, ovviamente esercitatile soltanto in giudizio (c. 5). Infine, il provvedimento che decide il ricorso può anche decidere sul pagamento delle spese per la procedura, liquidandole secondo equità e tenendo conto del comportamento complessivo delle parti (c. 6).

In definitiva, si è ancora una volta in presenza di un ricorso amministrativo non impugnatorio per la tutela di un diritto leso da un comportamento di un soggetto privato. Si tratta di un'ulteriore con-

ferma dell'interesse del legislatore verso questo modello di tutela fino ad oggi non particolarmente diffuso. L'art. 22 prevede addirittura la possibilità di delegare ai Corecom anche questa attività, a condizione che sia garantita la "separazione tra la funzione di conciliazione e quella di definizione della controversia e, nell'ambito di questa, tra competenze istruttorie e decisorie". L'intenzione è piuttosto chiara anche se, per le ragioni che saranno qui di seguito evidenziate, sembra di poter affermare che il meccanismo di definizione unilaterale della controversia è destinato a produrre effetti degni di nota in tanto in quanto la decisione sia attribuita e riconducibile all'Autorità, al suo prestigio ed all'unitarietà nella interpretazione di fattispecie che, sotto il profilo tecnico, possono risultare molto complesse.

In estrema sintesi, con riferimento alle controversie tra operatori e utenti, la normativa prevede un sistema di tutela pre-giudiziale a carattere bifasico e sequenziale, incentrato sul principio di obbligatorietà; prima, obbligatoriamente, la conciliazione; poi, se richiesto anche da una sola delle parti, la decisione vincolante dell'Autorità. Il profilo più interessante che sembra di cogliere in tale sistema consiste nel fatto che, così strutturato, esso disincentiva la partecipazione meramente passiva di una delle parti (spesso quella forte) al procedimento di conciliazione, e la conseguente trasformazione di tale passaggio (come insegna l'esperienza del pubblico impiego) in un ulteriore ostacolo sulla via che porta alla giurisdizione.

La ragione di quanto affermato consiste nel fatto che la partecipazione al procedimento di conciliazione non rappresenta più un passaggio privo di significato e soprattutto di convenienza per il soggetto eventualmente non interessato alla definizione anticipata della controversia; al contrario, il procedimento conciliativo (*rectius*, la sua riuscita) è strumentale ad evitare la decisione autoritativa dell'Autorità, che non ha certo il valore e il peso di una sentenza ma è comunque in grado di definire la vertenza in un tempo assai rapido, magari contribuendo alla formazione di un precedente potenzialmente pericoloso per l'operatore, in quanto idoneo ad esporlo a procedimenti di tipo seriale da parte degli utenti e/o relative associazioni.

In buona sostanza, al rifiuto dell'accordo conciliativo non consegue più una dilazione *sine die* della definizione della controver-

sia ma, al contrario, una esposizione di entrambi i soggetti al rischio di doversi misurare in tempi molto stretti con quanto unilateralmente stabilito dall'Autorità, tramite l'adozione di un provvedimento che, sfuggendo alla disponibilità delle parti, potrebbe produrre per entrambe conseguenze molto peggiori rispetto a quelle cui sarebbero arrivate governando con spirito di cooperazione la fase conciliativa.

3. *Il problema del sindacato giurisdizionale sulle decisioni delle autorità*

In precedenza, nel rilevare l'importanza che riveste il rapporto tra il momento giustiziale e quello giudiziario, si è affermato che, affinché il percorso di tutela resti entro ciò che è consentito a livello costituzionale ampliando in concreto le *chance* di protezione dei diritti del cittadino, è sempre possibile ricorrere in sede giurisdizionale contro l'assetto degli interessi così come già definito in sede giustiziale. Questo principio vale nei confronti di qualunque procedimento a carattere giustiziale e il problema principale consiste nella individuazione del giudice competente a pronunciarsi e nella determinazione del regime giuridico del ricorso.

Come noto, infatti, il tipo di potere/atto e/o la sussistenza di deroghe specifiche e settoriali alle regole generali in tema di riparto, determinano il tipo di giurisdizione, amministrativa o ordinaria, cui spetta la definizione della controversia. In via generale, sussiste pertanto la giurisdizione del giudice amministrativo ogniqualvolta si intenda impugnare l'atto che decide un ricorso, così come sarà invece il giudice ordinario a pronunciarsi in seguito all'impugnazione di un verbale di conciliazione, che non ha certo natura provvedimentale e nei cui confronti non vi è alcuna spesa di potere amministrativo di tipo autoritativo³². Più discusso,

³² La natura provvedimentale di un atto è considerata elemento dirimente in ordine al radicamento della cognizione del giudice amministrativo e alla sottoposizione della controversia al rito speciale da F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in «Dir. amm.», 2002, p. 205.

in assenza di previsioni a carattere settoriale, è il caso in cui venga impugnato un lodo arbitrale, stante il silenzio dell'art. 6, c. 2, della l. 205/2000, ed il contrasto giurisprudenziale sul punto specifico, tuttora in atto³³.

Seppur questo sistema non si riveli affatto ispirato da ragioni inerenti la semplicità e l'immediatezza della tutela, in quanto del tutto estraneo all'idea di unitarietà³⁴, il discorso non cambia con riferimento all'attività giustiziale che ha luogo presso un'autorità indipendente. Questa attività, analogamente a quella di regolazione, è dunque soggetta ad un regime di impugnazione analogo a quello previsto per qualunque attività posta in essere da una pubblica amministrazione, nel rispetto di quanto risulta dal combinato tra la disciplina in tema di riparto, le disposizioni istitutive delle singole autorità e quelle a carattere più marcatamente processuale, come l'art. 7 della l. 205/2000, la cui portata tuttavia deve essere oggi riconsiderata alla luce di quanto stabilito dalla Corte costituzionale con la decisione 204/2004³⁵. Il tema, molto studiato in dottrina in ragione non solo delle numerose incertezze a livello interpretativo ma anche delle ravvicinate modifiche normative³⁶, non può essere ripreso in questa sede se non in via meramente strumentale ai fini prefissati.

Così, dei due profili maggiormente problematici, il giudice competente ed il relativo rito processuale da un lato, l'estensio-

³³ Come rileva A. PAJNO, *Arbitrato nelle controversie amministrative*, cit., (i.c.d.p.), mentre il giudice ordinario ritiene sussistere la giurisdizione della Corte di appello ai sensi degli artt. 827 e 828 c.p.c., il giudice amministrativo ritiene al contrario sussistere quella del Consiglio di Stato, per ragioni sistematiche e per scongiurare un utilizzo dell'istituto arbitrale strumentalmente diretto a derogare la giurisdizione amministrativa.

³⁴ A favore dell'unicità del momento giurisdizionale successivo alla fase giustiziale (anche conciliativa o arbitrale) è F. PATRONI GRIFFI, *Tipi di autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, cit., p. 32.

³⁵ F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 947.

³⁶ Basti pensare, da un lato, all'entrata in vigore dapprima dell'art. 33 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 e successivamente dell'art. 7, della l. 205/2000. Il risultato è quanto mai incerto dato che attribuisce a giudici e procedimenti diversi la tutela di situazioni giuridiche simili; per questa ragione è definito "materia di scandalo" da F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità...*, cit., p. 181.

ne e le modalità del sindacato sulla scelta dell'autorità dall'altro³⁷, verrà preso in considerazione soltanto il secondo, non tanto per ri-analizzarne il regime giuridico generale (anch'esso già ampiamente studiato), quanto per verificare gli effetti e le implicazioni che, in punto di tutela, derivano dalla correlazione tra il momento giustiziale svolto presso l'autorità e quello propriamente giurisdizionale.

Per fare ciò, è necessario partire richiamando il punto cui dottrina e giurisprudenza sono giunte in tema di sindacato sulle decisioni delle autorità indipendenti. Come noto, le soluzioni prospettate sono sostanzialmente tre: il giudice si limita ad un sindacato esterno sulla logicità e ragionevolezza della decisione; il giudice accerta direttamente la situazione di fatto alla base dell'esercizio del potere dell'autorità; il giudice sostituisce la valutazione dell'autorità con la propria (quest'ultima, in realtà, è stata più che altro teorizzata ma mai perseguita a livello giurisprudenziale fino alle sue conseguenze più estreme³⁸). Pur rispecchiando orientamenti diversi, queste soluzioni condividono un punto di partenza, strettamente correlato alla natura delle autorità indipendenti: il sindacato che il giudice va ad esercitare sulla scelta dell'autorità ha ad oggetto un potere neutrale che, in quanto tale, non implica esercizio di discrezionalità amministrativa; con la conseguenza che la decisione dell'autorità, in quanto caratterizzata dall'assenza di merito amministrativo in senso proprio, è sempre controllabile in sede giurisdizionale³⁹.

Nessuno oggi si sentirebbe di mettere in discussione questo principio, benché non sembra sia stata ancora data adeguata risposta alle perplessità sollevate in proposito da Sabino Cassese, ormai dieci anni or sono: perché mai, dopo aver attribuito ad autorità istituite nel segno dell'indipendenza il compito di decidere questioni di interesse collettivo, si finisca per assoggettarne l'attività all'ordi-

³⁷ Su questi profili si rinvia al recente studio di A. PAJNO, *Il giudice delle autorità amministrative indipendenti*, in «Dir. proc. amm.», 2004, p. 617.

³⁸ Così R. VILLATA, *Giurisdizione esclusiva e amministrazioni indipendenti*, in «Dir. proc. amm.», 2002, p. 796.

³⁹ In questi termini A. PAJNO, *Il giudice delle autorità indipendenti*, cit., p. 640.

nario sindacato giurisdizionale⁴⁰. È possibile che il controllo giurisdizionale sia necessario, oltre che in base ai principi generali dello Stato di diritto, anche per evitare che le autorità, in assenza di controllo alcuno, vengano ri-attratte nell'orbita del potere esecutivo⁴¹. Il rilievo, di grande interesse, aggira le interpretazioni formalistiche concernenti la presunta immanenza del controllo giudiziario e pone un problema di sostanza, legato alla sopravvivenza stessa del modello delle autorità indipendenti⁴².

Ma tant'è. Questo principio è ormai consolidato e allora si tratta di definirne le modalità, cioè di capire fino a che punto si possa spingere il controllo del giudice. Quale sia cioè il suo limite, posto che esso non può essere rinvenuto nel merito della scelta. Ebbene, il limite è stato ravvisato nel carattere tecnico della decisione adottata dall'autorità; in altri termini, se l'autorità adotta un provvedimento in applicazione diretta di quanto stabilito dalla legge (qui la sequenza è norma-fatto), allora il sindacato del giudice su quel provvedimento può dirsi assolutamente pieno; viceversa, laddove l'adozione del provvedimento passi attraverso il compimento di valutazioni a carattere tecnico (sequenza norma-potere-fatto), allora l'estensione del sindacato cambia, in quanto il giudice deve necessariamente relazionarsi con l'esito di tali valutazioni⁴³. La giurisprudenza ha dunque esteso alle ipotesi in esame i principi elaborati in tema di discrezionalità tecnica; si è così passati da un controllo estrinseco, cioè fondato sul mero accertamento della (non)sussistenza di indici sintomatici percepibili dall'esterno (illogicità, irragionevolezza e così via), ad un controllo intrinseco con

⁴⁰ Nel porsi questo interrogativo, S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, cit., p. 222, non auspicava di certo l'assenza di qualunque forma di controllo, ma segnalava per esempio l'opportunità – tuttora inascoltata ma immutata nella sua urgenza – di prendere atto della diversità delle autorità indipendenti dalle altre autorità amministrative ipotizzando di concentrarne il contenzioso in unico grado innanzi al Consiglio di Stato.

⁴¹ M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, cit., p. 47.

⁴² Decisamente contrari ad ogni forma di limitazione del controllo giurisdizionale giustificata dalla pienezza del precedente contraddittorio F. MERUSI, M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, cit., p. 110.

⁴³ Si rinvia ancora ad A. PAJNO, *Il giudice delle autorità indipendenti*, cit., p. 642.

il quale è riconosciuto al giudice il potere di verificare direttamente i fatti posti alla base della decisione dell'autorità⁴⁴. Va da sé che questo passaggio è stato agevolato dalla l. 205/2000 che ha introdotto l'utilizzo della consulenza tecnica nel processo amministrativo, ciò che in molti casi consente, in concreto, di esercitare questa verifica; si aggiunga poi che la giurisprudenza si è oggi assestata su un controllo non di tipo "forte", cioè sostitutivo, ma di tipo "debole", nel quale le nozioni tecniche acquisite tramite la consulenza vengono utilizzate per verificare l'attendibilità della scelta operata dall'autorità⁴⁵.

Un contributo fondamentale allo sviluppo del quadro nei termini appena richiamati è stato senz'altro offerto dall'Unione europea, le cui direttive fanno riferimento costante a concetti giuridici indeterminati che a loro volta richiamano nozioni tecniche e via proseguendo, secondo un percorso di ricercata e progressiva erosione degli spazi di esercizio del potere amministrativo a livello (diversificato) di singoli Stati membri⁴⁶. Ciò contribuisce a chiarire che il ricorso ai concetti indeterminati e alle nozioni tecnico-scientifiche è fenomeno tutt'altro che recessivo e va perciò tenuto in adeguata considerazione. Così come, se questo è vero, non può essere sottovalutata l'assoluta centralità assunta all'interno di questo quadro dall'istituto della consulenza tecnica che, da strumento tra i tanti a disposizione del giudice, sembra oggi divenuto più che altro (unica?) garanzia di effettività della tutela contro gli atti adottati dalle autorità indipendenti.

⁴⁴ Cons. St., sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601 in «Dir. proc. amm.», 2000, p. 182.

⁴⁵ Il principio affermato da Cons. St., sez. IV, 23 aprile 2002, n. 2199 in www.giustizia-amministrativa.it è stato di recente confermato da TAR Lazio, Roma, 15 dicembre 2005 n. 200502931 in www.giustizia-amministrativa.it e da Cons. St., sez. V, 2 marzo 2004, n. 926, in «Foro it.», 2005, III, p. 6, in cui si afferma che il giudice "dopo aver accertato in modo pieno i fatti ed aver verificato il processo valutativo svolto dall'Autorità in base a regole tecniche, anch'esse sindacate, se ritiene le valutazioni dell'Autorità corrette, ragionevoli, proporzionate e attendibili, non deve spingersi oltre fino ad esprimere proprie autonome scelte, perché altrimenti assumerebbe egli la titolarità del potere".

⁴⁶ In questi termini F. MERUSI, *Variazioni su tecnica e processo*, in «Dir. proc. amm.», 2004, p. 974.

Se infatti la determinazione dell'autorità è, nei limiti sopra individuati, sindacabile dal giudice; se tuttavia il giudice, per potere esercitare il sindacato che l'ordinamento gli consente e gli impone, deve necessariamente ricorrere all'ausilio di chi, da tecnico, è in grado di decodificare la complessità tecnico-scientifica di tali determinazioni; se tutto ciò, allora è innegabile il ruolo assunto oggi dalla consulenza tecnica o, cosa più importante, dal consulente tecnico, quale figura soggettiva cui l'ordinamento di fatto conferisce il potere di determinare, insieme con il giudice, una parte assai delicata del proprio assetto regolatorio⁴⁷. Perché è esattamente questo che avviene, stante l'enorme difficoltà di tenere separato il momento della tecnica da quello della opportunità politico-amministrativa⁴⁸.

Ora, in precedenza, si è già avuto occasione di manifestare perplessità sulla sovraesposizione giudiziaria che permea l'attuale ordinamento, incrinando le relazioni istituzionali tra i poteri e finendo per comprimere le ragioni di una tutela rapida ed effettiva. A questo punto, sembra addirittura superfluo pronunciarsi a commento del caso in cui, una volta accertata la difficoltà di tenere separati il momento tecnico da quello valutativo, il giudice si trova a condividere tale sovraesposizione con un soggetto, il consulente tecnico, estraneo al circuito democratico e a qualunque forma di *accountability* proporzionata al significato e al valore "politico" delle determinazioni oggetto del sindacato.

A ben guardare, in effetti, in assenza di un mutamento profondo nell'impostazione del problema, il serpente continuerà a mordersi la coda.

⁴⁷ E infatti, come sembra di poter trarre conferma da F. MERUSI, *Variazioni su tecnica e processo*, cit., p. 976 nel momento in cui pare ironizzare sulla prassi invalsa in materia bancaria e finanziaria presso la Corte d'Appello di Roma che delega la decisione limitandosi a fidarsi "dell'alta qualifica tecnica di chi ha deciso", non è (sempre) possibile inquadrare l'attività del giudice e del consulente tecnico entro l'ambito del controllo di mera ragionevolezza.

⁴⁸ Come afferma, seppur con riferimento ad una fase attiva della vicenda amministrativa, F. CINTIOLI, *Tecnica e processo amministrativo*, in «Dir. proc. amm.», 2004, p. 991.

Al netto delle implicazioni già richiamate di carattere istituzionale, il punto può anche essere osservato da una prospettiva eminentemente pratica: scaricare sulle spalle della giurisdizione la risoluzione di questioni ad alto contenuto tecnico è doppiamente pericoloso: da un lato, perché attribuisce il controllo ad un soggetto che, seppur nei limiti noti, è legittimato ma non culturalmente adeguato al suo esercizio, con i rischi immaginabili che ciò comporta; dall'altro perché, al fine di evitare i suddetti rischi, consente al giudice coscienzioso di delegare la questione ad una consulenza la cui correttezza può non essere completamente accertabile da parte sua, altrimenti avrebbe provveduto autonomamente.

In questo caso il rischio concretizza addirittura un paradosso: la decisione assunta da un'autorità composta di soggetti di comprovata indipendenza e qualificazione tecnica, alla quale l'ordinamento affida, nel rispetto del contraddittorio tra le parti, il compito di curare interessi di rilievo costituzionale, può essere messa in discussione ad opera di un soggetto nei confronti del quale il giudice esercita (soltanto) un controllo limitato a quanto è in grado di comprendere in base al senso comune ed alla propria esperienza⁴⁹.

Non deve dunque destare stupore se nelle controversie caratterizzate da una elevata tecnicità si registra una frequente coincidenza tra l'esito della consulenza tecnica e la decisione finale del giudice. Infatti, se è vero che nel nostro ordinamento vige il principio *judex peritus peritorum* in base al quale il giudice, fornendo adeguata motivazione, può legittimamente discostarsi dalle conclusioni del con-

⁴⁹ In termini analoghi si è già ampiamente espresso C. MALINCONICO, *Le funzioni amministrative delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, cit., p. 50, che ritiene le caratteristiche dell'autorità sufficienti per poterla qualificare quale *peritus peritorum*. Anche M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, cit., p. 77, afferma che della consulenza tecnica deve essere fatto un uso moderato in quanto va evitato "il rischio che l'esito sostanziale del processo finisca per dipendere da un soggetto diverso dal giudice che emana la decisione e che potrebbe essere, specie là dove si tratti di discipline scientifiche e tecniche ad alto tasso di opinabilità, troppo condizionato dai propri schemi mentali e risultare alla fine, poco obiettivo". Secondo l'Autore, peraltro, il rischio può essere in parte attenuato da una corretta "scelta dei quesiti oggetto della consulenza tecnica, ma anche del consulente al quale affidare l'incarico".

sulente⁵⁰; è anche vero che l'elevato contenuto tecnico degli accertamenti o delle valutazioni richieste, può rendere oltremodo complessa la verifica giudiziale sul merito della consulenza⁵¹. Anzi, in questi casi, il controllo del giudice spesso si arresta di fronte all'aspetto meramente logico della stessa, certamente sintomatico ma non sufficiente a sgombrare il campo dal dubbio (è evidente, infatti, che la consulenza può essere corretta nella sostanza, ma motivata male, oppure errata, ma ben argomentata)⁵².

Alla luce di quanto affermato, come si può notare, vi è “un elemento di tensione quasi insolubile nel rapporto tra autorità indipendenti e potere giudiziario”⁵³, ragion per cui il punto non può essere ulteriormente sviluppato in questa sede; ciò che importa, tuttavia, è l'emersione del problema affinché sia possibile maturare una più profonda consapevolezza del prezzo che si rischia di pagare assecondando una concezione “pangiudiziaria” della tutela, incentrata su un

⁵⁰ Sul punto l'orientamento della giurisprudenza è costante; si veda per esempio Cass., sez. II, 4 gennaio 2002, n. 71, secondo la quale “è nel potere discrezionale del giudice disattendere le conclusioni della consulenza tecnica d'ufficio, senza dover disporre un'ulteriore perizia purché disponga di elementi istruttori e di cognizioni proprie, integrati da presunzioni e da nozioni di comune esperienza sufficienti a dar conto alla decisione adottata; detta decisione può essere censurata in sede di legittimità solo ove la soluzione scelta non risulti sufficientemente motivata”. Analoghe considerazioni in Cass., sez. III, 18 novembre 1997, n. 11440, e Cass., sez. I, 14 gennaio 1999, n. 333.

⁵¹ Una recente dimostrazione di tale coincidenza si ha in Cons. St., sez. VI, 9 novembre 2006, n. 6608 in www.giustizia-amministrativa.it in tema di determinazione della anomalia di un'offerta, anche se in realtà in questa decisione il collegio fornisce ampia motivazione delle ragioni che lo portano ad aderire alle conclusioni della ctu. Così facendo il Consiglio di Stato prosegue in una scelta responsabile che di certo ne accresce il prestigio e la legittimazione. Il punto va adeguatamente segnalato anche in ragione del contrario orientamento della Corte di cassazione che non ritiene invece necessaria la motivazione in caso di adesione del giudice alle risultanze del consulente tecnico (G. D'ANGELO, *La consulenza tecnica nel processo amministrativo fra prassi consolidate e spunti innovativi*, in «Foro amm.-Tar», 2005, in part. p. 585, con numerosi riferimenti anche a prassi meno virtuose adottate dalla giurisprudenza).

⁵² Si ricordino in proposito le considerazioni di V. DENTI, *La giustizia civile*, Bologna, 1989, p. 148, secondo il quale quando si afferma che “il giudice è il *peritus peritorum*”, si fa un'affermazione attendibile soltanto se vuol dire che il giudice non è vincolato ai risultati della perizia, ma si deforma la realtà se si ritiene che il giudice possa sostituirsi al perito nella formazione e valutazione della prova”.

⁵³ Per dirla con M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, cit., p. 47.

presunto parallelismo, invero clamorosamente smentito nei fatti, tra l'incremento dei poteri di sindacato del giudice ed il miglioramento qualitativo della tutela del cittadino.

4. *Gli effetti prodotti dalla fase giustiziale presso l'autorità sulla eventuale "vicenda" giurisdizionale*

A questo punto è necessario tornare alla sola attività giustiziale delle autorità indipendenti, se è vero, come già affermato, che la decisione a carattere giustiziale è sempre impugnabile secondo quanto previsto dalle disposizioni in tema di impugnazione dell'attività ordinaria delle autorità medesime. Ebbene, stante le caratteristiche strutturali delle autorità indipendenti e funzionali dell'attività giustiziale da queste svolta, le perplessità sopra manifestate nei confronti del coinvolgimento del giudice non possono che essere ribadite con convinzione ancora maggiore.

Se in generale, non appare ragionevole impostare il sindacato sugli atti delle autorità indipendenti in termini coincidenti con il sindacato su atti di diversa provenienza, in ragione della specifica collocazione istituzionale delle autorità e delle peculiarità che investono la natura dell'attività da queste esercitata, a maggior ragione non si ritiene corretta l'assimilazione tra le diverse funzioni delle autorità né tanto meno la sottovalutazione delle implicazioni che scaturiscono, sotto il profilo dell'impugnazione, in merito all'esercizio di una funzione di tipo giustiziale, soprattutto se a carattere (latamente) autoritativo. A ben guardare, bisognerebbe invece prendere atto delle radicali differenze tra le tipologie funzionali e recepire quanto la dottrina da tempo suggerisce in merito alla necessità di ripensare il tipo di riesame esercitato dal giudice. Specialmente laddove l'atto sottoposto al controllo del giudice è già il frutto dell'esercizio di un potere ad elevato contenuto tecnico, esercitato nel segno della neutralità e diretto alla risoluzione di un conflitto nei cui confronti l'autorità si è posta in termini di assoluta indifferenza e terzietà.

In ragione di ciò e in una prospettiva *de jure condendo*, sarebbe opportuno individuare, quanto meno per queste ipotesi, forme di limitazione del controllo giurisdizionale incentrate, per esempio, sul-

la concentrazione in unico grado innanzi al Consiglio di Stato, eventualmente accompagnata dalla possibilità di riesaminare l'atto soltanto in relazione ai profili di stretta legittimità⁵⁴.

Va da sé, comunque sia, che qualunque ipotesi di limitazione del sindacato giurisdizionale sulle decisioni giustiziali dell'autorità deve essere necessariamente parametrata sulle modalità con cui è impostata l'attività giustiziale, al fine di promuovere quel sistema integrato di tutela (*rectius*, tutele) cui si è già fatto riferimento. In altri termini, tanto più la via giustiziale è completa e in grado di tutelare in maniera effettiva i diritti del cittadino, tanto più semplice risulterà perseguire una politica di contenimento dei poteri del giudice, eventualmente realizzata incoraggiando i diretti interessati ad un "salutare *self-restraint*"⁵⁵.

In quest'ottica risulta nuovamente utile prendere in considerazione il modello giustiziale dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni per la risoluzione delle controversie tra operatori e utenti, della cui utilizzabilità quale parametro generale di riferimento si è già dato conto nelle considerazioni che precedono. Così come si è già detto degli effetti prodotti dalla configurazione obbligatoria e sequenziale del rimedio in ordine ai rapporti tra le parti, soprattutto in punto di agevolazione al perseguimento della via negoziale con conseguente aumento delle *chance* di definizione anticipata della lite. A questo punto, resta da verificare quali effetti una fase giustiziale in tal modo strutturata sia in grado di produrre su un eventuale e successivo procedimento giurisdizionale.

Il discorso, le cui conseguenze sono pur sempre applicabili anche alle vicende conciliative o arbitrali, riguarda principalmente l'ipotesi in cui la decisione viene rimessa ad un provvedimento dell'Autorità adottato secondo quanto disposto dagli artt. 14 ss. del regolamento di cui alla delibera 173/07.

⁵⁴ In questi termini G. DELLA CANANEA, *Procedure di conciliazione e arbitrato...*, cit., p. 286. Di diverso avviso è M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, cit., p. 154, secondo il quale, stante il disposto dell'art. 24 Cost., non è giustificato trarre dalla tesi della paragiurisdizionalità conseguenze in merito ad eventuali esclusioni o limitazioni del sindacato giurisdizionale.

⁵⁵ Come auspicato da G. DELLA CANANEA, *Regolazione del mercato e tutela della concorrenza...*, cit., p. 617.

Dall'analisi dell'impianto procedurale, due dati, in particolare, appaiono significativi ai fini prefissati: la cura nell'impostare un contraddittorio effettivo e corretto (l'Autorità trasmette copia dell'istanza al convenuto cui sono dati almeno quindici giorni per studiare gli atti prima dell'udienza, le parti possono presentare osservazioni e documenti fino a cinque giorni prima dell'udienza e i documenti depositati restano integralmente accessibili); l'ampiezza dei poteri istruttori attribuiti all'Autorità (acquisizione di documenti, perizie e altri elementi conoscitivi con contestuale possibilità di sospendere il termine per la definizione della lite, possibilità per le parti di nominare un proprio consulente tecnico che ha il diritto di assistere a tutte le operazioni effettuate dai consulenti dell'Autorità).

Ciò significa che la decisione dell'Autorità giunge in seguito ad un confronto più che trasparente avente ad oggetto l'accertamento e l'interpretazione di una serie di fatti o elementi ad elevato contenuto tecnico considerati rilevanti ai fini della risoluzione della lite. In altre parole, la decisione finale riflette l'attività istruttoria effettuata da un soggetto indipendente preposto alla cura di un interesse specifico; la sua interpretazione risulta pertanto particolarmente qualificata.

In definitiva, si tratta di una decisione che – stante le modalità che ne caratterizzano l'adozione – risulta difficilmente contestabile in punto di tecnicità; ad opera di chiunque, si badi: soprattutto del giudice, nei cui confronti vale quanto sopra rilevato a proposito delle difficoltà che egli incontra tutte le volte che è chiamato a ricostruire il percorso di una scelta ad elevato contenuto tecnico; ma anche dell'eventuale consulente tecnico da questo nominato, la cui attività non può non “temere” il confronto con quanto già stabilito dall'Autorità, dai consulenti da questa nominati e/o dagli eventuali consulenti di parte in occasione del precedente procedimento giustiziale.

La pienezza di accesso al fatto da parte del giudice non è ovviamente in discussione; ci si chiede, tuttavia, quanti margini di incertezza restino in proposito a seguito di un procedimento giustiziale. Così come in concreto sembrano altrettanto limitati i margini per una censura relativa al profilo della irragionevolezza della scelta, valutata secondo il parametro giurisprudenziale della sua sostenibilità.

La casistica a disposizione, invero molto recente, sembra confermare l'elevata complessità tecnica delle controversie risolte dall'Autorità, la cui decisione ben potrebbe essere utilizzata a livello giurisdizionale quale premessa per l'applicazione di ulteriori e conseguenti norme giuridiche, per esempio in tema di risarcimento del danno⁵⁶.

Si tratta a questo punto di monitorare gli eventuali sviluppi di tali vicende, verificandone la capacità di semplificare l'eventuale fase giurisdizionale, con evidenti riflessi in termini di qualità della tutela e di riequilibrio tra le diverse sfere di competenza delle autorità indipendenti e giurisdizionali.

Va da sé che, fin da ora, si ritiene di poter manifestare l'auspicio di una misurata "deferenza" da parte del giudice nei confronti delle scelte giustiziali operate dalle autorità, quale segno di una consapevolezza nuova, ispirata a quel processo di *self-restraint* del quale in dottrina si avverte urgente necessità.

⁵⁶ Secondo quanto rilevato dalla *Relazione annuale sull'attività svolta e sui programmi di lavoro*, pubblicata il 30 giugno 2006 e consultabile al sito www.agcom.it, emergono controversie relative a disconoscimento di traffico telefonico, indennizzo per interruzione del servizio, attivazione di servizi non richiesti o mancata attivazione di servizi richiesti, cattivo funzionamento del servizio e relative cause, problematiche varie in tema di *number portability* e così via. Di particolare interesse in termini di capacità di accertamento, di precedente e di "tenuta giurisdizionale" della decisione è un caso recente in tema di disconoscimento di traffico telefonico: dopo un'approfondita attività istruttoria, l'Autorità ha stabilito che – in presenza di traffico abnorme rispetto ai valori medi – quanto risulta dal contatore non è elemento sufficiente per la determinazione corretta dell'ammontare del traffico telefonico, a meno che l'operatore "non produca una documentazione idonea ad escludere senza incertezza la presenza di accessi non autorizzati sulla linea"; l'Autorità ha inoltre individuato a carico del gestore della rete l'obbligo di assicurare tutte le misure tecnicamente possibili per tutelare gli utenti dai "furti di traffico".

BIBLIOGRAFIA

- AV.VV., *La riforma del processo amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo (diritto amministrativo speciale)*, IV (appendice), Milano, Giuffrè, 2001.
- AV.VV., *The Paths of Civil Litigation*, in «Harvard Law Review», 2000, p. 1752.
- ABEL R.L., *Conservative Conflict and the Reproduction of Capitalism: The Role of Informal Justice*, in «International Journal of the Sociology of Law», 1981, p. 244.
- ABEL R.L., *The Contradictions of Informal Justice*, in R.L. ABEL (a cura di), *The Politics of Informal Justice, The American Experience*, I, New York, Academic Press, 1982, p. 280.
- ACQUARONE L., MIGNONE C., *Arbitrato nel diritto amministrativo*, voce in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1987, p. 367.
- AICARDI N., *La disciplina generali e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e caratteri*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 1997, p. 1.
- ALLEGRETTI U., *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in «Foro it.», V, 1984, p. 216.
- ALLEGRETTI U., *Amministrazione pubblica e costituzione*, Padova, Cedam, 1996.
- ALPA G., *Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie in diritto civile*, in «Politica del diritto», 1997, p. 406.
- ALPA G. (a cura di), *L'arbitrato. Profili sostanziali*, Torino, UTET, 1999.
- AMATO G., *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 1997, p. 1.
- AMMANNATI L., *Il dibattito dottrinale dopo le leggi del 1889-90*, in Archivio ISAP (a cura di), *Le riforme crispine, Giustizia amministrativa*, II, Milano, Giuffrè, 1990, p. 617.
- ARCIDIACONO L., *Ricorso gerarchico e decisione tardiva*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 1980, p. 473.
- ARCIDIACONO L., *Ricorsi amministrativi e Ricorso gerarchico*, voci in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1991.

- ARENA G., *Cittadini attivi*, Roma-Bari, Laterza, 2006.
- ARENA G., MARZUOLI C., ROZO ACUÑA E. (a cura di), *La legge n. 241/1990: fu vera gloria? Una riflessione critica a dieci anni dall'entrata in vigore*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.
- BACHELET V., *I ricorsi amministrativi*, in *Scritti giuridici. Le garanzie dell'ordinamento democratico*, II, Milano, Giuffrè, 1981, p. 422.
- BACHELET V., *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, in *Scritti giuridici. Le garanzie dell'ordinamento democratico*, II, Milano, Giuffrè, 1981, p. 451.
- BACHELET V., *Ricorso straordinario al Capo dello Stato e garanzia giurisdizionale*, in *Scritti giuridici. Le garanzie dell'ordinamento democratico*, II, Milano, Giuffrè, 1981, p. 70.
- BADÓ F., CAROLEO F., *La Camera di conciliazione di Roma. Costituzione, evoluzione, esperienze e riflessioni*, in «Documenti Giustizia», 5, 2000, p. 817.
- BALBONI E., *Amministrazione giustiziale*, Padova, Cedam, 1986.
- BALBONI E., *Idea e prassi dell'amministrazione giustiziale*, in Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per la Funzione Pubblica (a cura di), *La riforma della pubblica amministrazione*, V (*La giustizia nell'amministrazione*), Roma, 1994, p. 63.
- BARTOLE S., *Il potere giudiziario*, in G. AMATO, A. BARBERA, *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, II, p. 427.
- BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 1952, p. 139.
- BENVENUTI F., *Autotutela (diritto amministrativo)*, voce in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1959, p. 539.
- BENVENUTI F., *Contraddittorio (dir. amm.)*, voce in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1961, p. 738.
- BENVENUTI F., *Giustizia amministrativa*, voce in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 601.
- BENVENUTI F., *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1987.
- BENVENUTI F., *Il nuovo cittadino*, Venezia, Marsilio, 1994.
- BERNINI G., *Giustizia non giurisdizionale e natura del contenzioso: conciliazione ed altri metodi di composizione extragiudiziale nell'attuale prospettiva dell'ordinamento italiano*, Relazione tenuta al convegno di Rimini sul tema «Cultura del conflitto e risoluzione alternativa delle controversie civili e commerciali (ADR)», 28-29 settembre 2001.
- BERNINI E., *L'arbitrato amministrato*, in C. CECHELLA (a cura di), *L'arbitrato*, Torino, UTET, 2005, p. 381.
- BERTI G., *La definitività negli atti amministrativi*, in «Archivio Giuridico "Filippo Serafini"», 1965, p. 80.
- BERTI G., *Amministrazione "giustiziale" e inerzia dell'organo decidente*, nota a TAR Lazio, sez. I, 18 giugno 1980, n. 711, in «le Regioni», 1981, p. 493.

- BERTI G., *Amministrazione e costituzione*, in «Dir. amm.», 1993, p. 455.
- BERTI G., *Unità e pluralità delle giurisdizioni secondo le proposte della Commissione Bicamerale e secondo la nuova legislazione amministrativa*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, I, Napoli, Jovene, 2001, p. 205.
- BIANCA C.M., *Diritto civile. 3, il contratto*, Milano, Giuffrè, 1996.
- BOCCHINI F., *Contributo allo studio del processo amministrativo non giurisdizionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004.
- BORGHESI D., *La Camera arbitrale per i lavori pubblici: dall'arbitrato obbligatorio all'arbitrato obbligatoriamente amministrato*, in «Corr. giur.», 2001, p. 687.
- BORGHESI D., *La conciliazione in materia societaria*, in «Riv. arb.», 2004, p. 225.
- BOULLE L., NESIC M., *Mediation. Principles, Process, Practice*, London-Dublin-Edinburgh, Butterworths, 2001.
- BRAMLEY M., GOUGE A., *The Civil Justice Reforms One Year On*, London, Butterworths, 2000.
- BRIGUGLIO A.R., *Conciliazione giudiziale*, voce in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, Torino, UTET, 1988, p. 203.
- BRUTI LIBERATI E., *Accordi pubblici*, voce in *Enc. Dir., aggiorn.*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 2.
- CADEDU S., *Strumenti alternativi di soluzione delle controversie fra erogatori e utenti di servizi pubblici*, in «Riv. ital. dir. pubbl. comunit.», 2001, p. 685.
- CAIA G., *Arbitrati e modelli arbitrali*, Milano, Giuffrè, 1989.
- CAIA G., *Gli arbitrati e la giurisdizione del giudice amministrativo* (nota a Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2002, n. 1902), in «G.d.a.», 2002, p. 247.
- CAIANIELLO V., *Rapporti tra procedimento amministrativo e processo*, in «Dir. proc. amm.», 1993, p. 241.
- CAIANIELLO V., *Riflessioni sull'art. 111 della Costituzione*, in «Riv. dir. proc.», 2001, p. 58.
- CALAMANDREI P., *Diritto processuale e costume giudiziario*, ora in *Opere giuridiche*, I, Napoli, Morano, 1965, p. 626.
- CAMMELLI M., *Delega amministrativa*, voce in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988.
- CAMMELLI M., *Crisi dei meccanismi regolativi e supplenza giudiziale*, in *Storia d'Italia, Annali*, Torino, Einaudi, 1998, p. 555.
- CAMMELLI M., *Alcune cose da condividere a proposito di giustizia*, in «Il Mulino», 2002, p. 850.
- CAMMELLI M., *Istituzioni deboli e domande forti*, in «Il Mulino», 2002, p. 6.
- CANNADA BARTOLI E., *Decisione amministrativa*, voce in *Noviss. Dig. Ital.*, Torino, UTET, 1960, p. 270.
- CANNADA BARTOLI E., *Giustizia amministrativa*, voce in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, UTET, 1992, p. 510.

- CAPONI R., *L'arbitrato amministrato dalle Camere di commercio in Italia*, in «Riv. arb.», 2000, p. 682.
- CAPPELLETTI M. (a cura di), *The Florence Access to Justice Project*, Milano, Giuffrè, 1978-1979.
- CAPPELLETTI M., *Giudici laici. Alcune ragioni attuali per una loro maggiore utilizzazione in Italia*, in «Riv. dir. proc.», 1979, p. 698.
- CAPPELLETTI M. (a cura di), *Access to Justice and the Modern Welfare State*, Firenze, European University Institute, 1981.
- CAPPELLETTI M., *Appunti su conciliatore e conciliazione*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1981, p. 64.
- CAPPELLETTI M., *Giudici legislatori?*, Milano, Giuffrè, 1984.
- CAPPELLETTI M., *Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access to Justice Movement*, in «The Modern Law Review», 1993, p. 287.
- CAPPELLETTI M., *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, Bologna, Il Mulino, 1994.
- CAPUTI JAMBRENGHI V., *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1991.
- CAPUTI JAMBRENGHI V., *Commissario*, voce in *Enc. Dir., aggiorn.*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 284.
- CARDARELLI F., *Commento agli art. 141-151*, in S. SICA, P. STANZIONE (a cura di), *La nuova disciplina della privacy*, Bologna, Zanichelli, 2004.
- CARDI E., *Modelli processuali arbitrali nella giustizia amministrativa*, in «Dir. proc. amm.», 2002, p. 314.
- CASSARINO S., *Rapporti fra ricorsi amministrativi ordinari e ricorso giurisdizionale*, in «Foro amm.», 1975, p. 92.
- CASSESE S., *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 1996, p. 311.
- CASSESE S. (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1997.
- CASSESE S., *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, Garzanti, 1998.
- CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003.
- CERULLI IRELLI V., *Diritto amministrativo e diritto comune: principi e problemi*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, Padova, Cedam, 1998, p. 565.
- CERULLI IRELLI V., *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione*, in «Giust. amm.», 2002, p. 245.
- CERULLI IRELLI V., *Principii di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2005.
- CERULLI IRELLI V. (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, Jovene, 2006.
- CHEVALLARD G., *Ricorso straordinario (Il ricorso straordinario al Capo dello Stato)*, voce in *Noviss. Dig. It.*, XV, Torino, UTET, 1968, p. 1041.

- CHIARLONI S., *La domanda di giustizia: deflazione e/o risposte differenziate?*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1988, p. 760.
- CHIARLONI S., *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 2000, p. 453.
- CHIARLONI S., *Conciliare, ma senza imporre*, in «Impresa e Stato», 60, 2002, p. 71.
- CHIARLONI S., *Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 2002, p. 1.
- CHITI E., *Nuovi sviluppi del concetto di giurisdizione "ex" art. 177 del Trattato*, nota a Corte giust. CE, 17 settembre 1997, C-54/96, in «G.d.a.», 1998, p. 140.
- CHITI M.P., *L'effettività della tutela avverso la pubblica amministrazione nel procedimento e nell'amministrazione giustiziale*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, Giuffrè, 1994, I, p. 546.
- CHITI M.P., *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*, in «Riv. ital. dir. pubbl. comunit.», 2000, p. 8.
- CHITI M.P., *Le procedure giurisdizionali speciali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo (diritto amministrativo speciale)*, V, Milano, Giuffrè, 2003, p. 4735.
- CHITI M.P., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2004.
- CINTIOLI F., *L'esecuzione cautelare tra effettività della tutela e giudicato amministrativo*, in «Dir. proc. amm.», 2002, p. 74.
- CINTIOLI F., *Tecnica e processo amministrativo*, in «Dir. proc. amm.», 2004, p. 983.
- CIRILLO G.P., *Il codice sulla protezione dei dati personali*, Milano, Giuffrè, 2004.
- CLARICH M., *L'attività delle autorità indipendenti in forme semicontenziose*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 158.
- CLARICH M., *La giustizia*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo (Diritto amministrativo generale)*, II, Milano, Giuffrè, 2001, p. 2021.
- CLARICH M., *Qualità dell'amministrazione e giustizia amministrativa*, in «Dir. pubbl.», 2001, p. 288.
- CLARICH M., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, Il Mulino, 2005.
- CLARICH M., CARTEI G.F. (a cura di), *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, Milano, Giuffrè, 2004.
- COCCHI L., *Tecniche alternative di risoluzione delle controversie: il ruolo delle Autorità amministrative indipendenti*, in «Politica del diritto», 1997, p. 437.
- COMOGLIO L.P., *La garanzia costituzionale dell'azione e il processo civile*, Padova, Cedam, 1970.

- COMOGLIO L.P., *Art. 24*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1981, p. 37.
- COMOGLIO L.P., *Contraddittorio (principio del)*, I) *Diritto processuale civile*, voce in Enc. Giur. Treccani, Roma, 1998.
- COMOGLIO L.P., *Le garanzie costituzionali*, in L.P. COMOGLIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, Il Mulino, 1999, pp. 77-78.
- COMOGLIO L.P., *Valori etici e ideologie del "giusto processo" (modelli a confronto)*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1999, p. 899.
- CONSEIL D'ETAT (a cura di), *Régler autrement les conflits: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, Paris, La Documentation française, 1993.
- CORPACI A., *Revisione del titolo V della Parte seconda della Costituzione e sistema amministrativo*, in «le Regioni», 2001, p. 1305.
- CORRADINO M., *I principi di garanzia quali limiti alla potestà legislativa regionale in materia di procedimento amministrativo: una chiave di lettura di diritto comunitario*, in www.giustizia-amministrativa.it.
- COTTA S., *La litigiosità odierna. Considerazioni giuridico-culturali*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1983, p. 772.
- COTUGNO E.M., ZANFRAMUNDO E., *Conciliazione e definizione delle controversie tra operatori e utenti di servizi di telecomunicazioni. Risultati e prospettive dell'attività dell'Agcom*, in «Diritto ed economia dei mezzi di comunicazione», 2005, I, p. 209.
- CUNEGATTI B., *Tutela amministrativa e giurisdizionale*, in J. MONDUCCI, G. SARTOR (a cura di), *Il codice in materia di protezione dei dati personali*, Padova, Cedam, 2004, p. 487.
- D'ALBERTI M., *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, Il Mulino, 1992.
- DAMAŠKA M.R., *I volti della giustizia e del potere*, Bologna, Il Mulino, 1991.
- D'ANGELO G., *La consulenza tecnica nel processo amministrativo fra prassi consolidate e spunti innovativi*, in «Foro amm.-TAR», 2005, p. 579.
- DANOVI R., *Le ADR (Alternative Dispute Resolutions) e le iniziative dell'Unione Europea*, in «Giur. it.», 1997, IV, p. 326.
- DELLA CANANEA G., *La risoluzione delle controversie nel nuovo ordinamento dei servizi pubblici*, in «Riv. ital. dir. pubbl. comunit.», 2001, p. 743.
- DELLA CANANEA G., *Le procedure di conciliazione e arbitrato davanti alle autorità indipendenti*, in AIPDA, *Annuario 2002*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 269.
- DELLA CANANEA G. (a cura di), *Il nuovo governo delle comunicazioni elettroniche*, Milano, Giuffrè, 2005.
- DELLA CANANEA G., *Regolazione del mercato e tutela della concorrenza nella risoluzione delle controversie in tema di comunicazioni elettroniche*, in «Dir. pubbl.», 2005, p. 601.
- DE PALO G., GUIDI G., *Risoluzione alternativa delle controversie. ADR nelle corti federali degli Stati Uniti*, Milano, Giuffrè, 1999.

- DE ROBERTO A., TONINI P.M., *I ricorsi amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1984.
- DE SOUSA SANTOS B., *Law and Community: The Changing Nature of State Power in Late Capitalism*, in R.L. ABEL (a cura di), *The Politics of Informal Justice, The American Experience*, I, New York, Academic Press, 1982, p. 262.
- DENTI V., *La giustizia civile*, Bologna, 1989.
- DEPIERO R., *Disposizioni generali sul processo cautelare*, in V. Italia (a cura di), *La Giustizia amministrativa. Commento alla l. 21 luglio 2000*, n. 205, Milano, Giuffrè, 2000, p. 90.
- D'ORTA C., *Politica e amministrazione*, in F. CARINCI, M. D'ANTONA, *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, Commentario*, Milano, Giuffrè, I, 2000, p. 390.
- D'ORTA C., MEOLI C., *La riforma della dirigenza pubblica*, Padova, Cedam, 1994.
- DUGATO M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, Giuffrè, 1996.
- DUGATO M., *La riduzione della sfera pubblica?*, in «Dir. amm.», 2002, p. 169.
- DWORKIN R., *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il Mulino, 1982.
- EDWARDS H.T., *Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema?*, in «Harvard Law Review», 1986, p. 679.
- ELSTER J. (a cura di), *Deliberative Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.
- ENDRICI G., *Il potere di scelta*, Bologna, Il Mulino, 2000.
- ESPOSITO C., *Sulla tutela giurisdizionale condizionata ai tempestivi ricorsi amministrativi*, nota a Corte cost., 22 giugno 1963, n. 107, in «Giur. cost.», 1963, p. 839.
- FASSÓ G., *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1972, p. 897.
- FERRARI C., *Transazione, II) Transazione della pubblica amministrazione*, voce in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1994.
- FERRARI G., *I ricorsi amministrativi*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo (diritto amministrativo speciale)*, V, Milano, Giuffrè, 2003, p. 4147.
- FIGORILLI F., *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1996.
- FISS O.M., *Against Settlement*, in «The Yale Law Journal», 1984, p. 1076.
- FISS O.M., *Out of Eden*, in «The Yale Law Journal», 1985, p. 1669.
- FITZPATRICK P., *The Impossibility of Popular Justice*, in «Social & Legal Studies», 1992, p. 199.
- FLOOD J., CAIGER A., *Lawyers and Arbitration: The Juridification of Construction Disputes*, in «The Modern Law Review», 1993, p. 412.

- FOLLIERI E., *La legge 31 marzo 1889, n. 5992, nella giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in Archivio ISAP, *Le riforme crispine. Giustizia amministrativa*, II, Milano, Giuffrè, 1990, p. 446.
- FOLLIERI E., *Le funzioni amministrative nel nuovo Titolo V della parte seconda della Costituzione*, in «le Regioni», 2003, p. 439.
- FOLLIERI E., *Il contraddittorio in condizioni di parità nel processo amministrativo*, nota a Cons. St., ad. pl., 29 dicembre 2004, n. 14, in «Dir. proc. amm.», 2006, p. 499.
- FRANCHINI C. (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, 1996.
- FUSARO A., *Costi e benefici nella scelta delle tecniche di risoluzione alternativa delle controversie civili: la prospettiva del Lord Chancellor's Department*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 2001, p. 771.
- FRANCHINI C., *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 78.
- FRANZONI M., *La transazione*, Padova, Cedam, 2001.
- FRIEDMAN L.M., *Access to Justice: Social and Historical Context*, in M. CAPPELLETTI (a cura di), *The Florence Access to Justice Project*, Milano, Giuffrè, II, 1978-1979, p. 15.
- FRIEDMAN L.M., *Claims, Disputes, Conflicts and the Modern Welfare State*, in M. CAPPELLETTI (a cura di), *Access to Justice and the Modern Welfare State*, Firenze, European University Institute, 1981, p. 252.
- FULLER L.L., *Mediation. It's Forms and Functions*, in «Southern California Law Review», 1971, p. 305.
- GAFFURI F., *L'esecuzione delle decisioni sui ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica attraverso il giudizio di ottemperanza: analisi del nuovo orientamento del Consiglio di Stato*, in «Dir. proc. amm.», 2001, p. 803.
- GAGGERO P., *L'arbitrato obbligatorio*, in G. ALPA (a cura di), *L'arbitrato, profili sostanziali*, Torino, UTET, 1999, p. 66.
- GALGANO F., *Giustizia civile e litigiosità*, in «Contratto e Impresa», 1993, p. 329.
- GALGANO F., *L'efficacia vincolante del precedente di Cassazione*, in «Contratto e Impresa», 1999, p. 894.
- GALLO C.E., *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica tra presente e futuro*, nota a Corte Cost., 31 dicembre 1986, n. 298, in «Foro it.», 1987, I, p. 674.
- GALLO C.E., *La sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato nel ricorso straordinario*, nota a Cons. St., comm. spec., 3 maggio 1991, 16, 91, in «Dir. proc. amm.», 1993, p. 535.
- GALLO C.E., *La partecipazione del giudice amministrativo all'attività della pubblica amministrazione ed il suo riflesso sull'esercizio della funzione giurisdizionale nel quadro del nuovo titolo V Cost.*, in «Dir. proc. amm.», 2003, p. 469.

- GALLO C.E., *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2005.
- GAMBINO S., *Magistratura e potere politico*, sezione "Dibattiti" del sito www.associazionedeicostituzionalisti.it.
- GARTH B., *The Movement toward Procedural Informalism*, in R.L. ABEL (a cura di), *The Politics of Informal Justice, Comparative studies*, II, New York, Academic Press, 1982, p. 200.
- GENN H., *Tribunals and Informal Justice*, in «The Modern Law Review», 1993, p. 393.
- GENN H., *The Central London County Court Pilot Mediation Scheme. Evaluation Report*, London, Lord Chancellor's Department, 1998.
- GENN H., *Mediation in Action*, London, Calouste Gulbenkian Foundation, 1999.
- GENTILI C., MONTEODORO G., *Il futuro dell'arbitrato in materia di lavori pubblici fra interventi della giurisprudenza e lacune della normazione*, in «Dir. proc. amm.», 2005, p. 537.
- GHIRGA M.F., *Conciliazione giudiziale e abuso del processo*, in «Riv. dir. proc.», 1998, p. 196.
- GIACCHETTI S., *Giustizia amministrativa: alla ricerca dell'effettività smarrita*, in «Dir. proc. amm.», 1996, p. 460.
- GIANNINI M.S., *Sulle decisioni amministrative contenziose*, in «Foro amm.», 1949, p. 323.
- GIANNINI M.S., *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, in «Foro it.», 1952, IV, p. 169.
- GIANNINI M.S., *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in «Riv. dir. proc.», 1963, p. 522, e 1964, pp. 12 e 217.
- GIANNINI M.S., *Presentazione*, in H.W.R. WADE, *Diritto amministrativo inglese*, Milano, Giuffrè, 1969.
- GIANNINI M.S., PIRAS A., *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, voce in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 231.
- GIANNINI M.S., *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 1986.
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993.
- GIARDA F., *I diritti degli utenti finali*, in M. CLARICH, G.F. CARTEI (a cura di), *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 360.
- GIOVANNINI M., *Corte costituzionale e arbitrato obbligatorio: un passo avanti nel solco della tradizione*, in «Dir. amm.», 2001, p. 407.
- GIOVANNINI M., *Il ricorso straordinario come strumento alternativo alla giurisdizione amministrativa: il difficile percorso di un rimedio efficace*, in «Dir. amm.», 2002, p. 61.
- GIOVANNINI M., *Ricorsi amministrativi*, singole voci in L. PEGORARO, S. BAGNI, G. PAVANI (a cura di), *Glossario di amministrazione locale comparata*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 133.

- GIOVANNINI M., *Giustizia in crisi: considerazioni a margine di un dibattito non sempre costruttivo*, in «Politica del diritto», 2004, p. 295.
- GIOVANNINI M., *L'equiparazione tra ricorso straordinario e giurisdizionale: un'occasione sfumata*, in «G.d.a.», 2005, p. 652.
- GIOVANNUCCI ORLANDI C., *La conciliazione stragiudiziale: struttura e funzioni*, in G. ALPA, R. DANOVI (a cura di), *La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell'avvocatura*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 217.
- GOGGIAMANI F., *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2005.
- GOISIS F., *Compromettibilità in arbitri (e transigibilità) delle controversie relative all'esercizio del potere amministrativo*, in «Dir. proc. amm.», 2006, p. 241.
- GOLA M., *Nuovi sviluppi per le funzioni consultive del Consiglio di Stato: il "caso" del parere per la decisione dei ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica*, in «Dir. proc. amm.», 1999, p. 169.
- GOLDBERG S.B., SANDER F.E.A., ROGERS N.H., *Dispute Resolution. Negotiation, Mediation and Other Processes*, New York, Aspen Law & Business, 1999.
- GOULD N., COHEN M., *ADR: Appropriate Dispute Resolution in the U.K. Construction Industry*, in «Civil Justice Quarterly», 1998, p. 103.
- GRECO G., *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, Jovene, 2006, p. 69.
- GRECO G., *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, in «Dir. amm.», 2005, p. 223.
- GUARNIERI C., PEDERZOLI P., *La democrazia giudiziaria*, Bologna, Il Mulino, 1997.
- GUICCIARDI E., *Le transazioni degli enti pubblici*, in «Arch. dir. pubbl.», 1936, I, p. 65.
- GUICCIARDI E., *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1943.
- GULLIVER P.H., *Disputes and Negotiations: A Cross-Cultural Perspective*, New York-London, Academic Press, 1979, p. 4.
- GULLIVER P.H., *On mediators*, in I. HAMMETT (a cura di), *Social Anthropology and Law*, London-New York-San Francisco, Academic Press, 1977, p. 15.
- HABERMAS J., *Fatti e norme: contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, Guerini, 1996.
- HARLOW C., RAWLINGS R., *Law and Administration*, London, Butterworths, 1997.
- HUERGO LORA A., *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo*, Bologna, Publicaciones del Real Colegio de España, 2000.
- IAI I., *La durata ragionevole del procedimento nella giurisprudenza della Corte Europea sino al 31 ottobre 1998*, in «Riv. dir. proc.», 1999, p. 549.

- LANCELOTTI F., *Conciliazione delle parti*, voce in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1961, p. 397.
- LEDDA F., *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in «Dir. amm.», 1993, p. 134.
- LEDDA F., *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in «Foro amm.», 1997, p. 1273.
- LEGGATT A., *Tribunals for Users: Report to the Lord Chancellor on the Review of Tribunals*, 2001, consultabile al sito www.tribunals-review.org.uk.
- LIBERTINI M., *Le decisioni "patteggiate" nei procedimenti per illeciti anti-trust*, in «G.d.a.», 2006, p. 1284.
- LINDBLOM P.H., *La privatizzazione della giustizia: osservazioni circa alcuni recenti sviluppi nel diritto processuale americano e svedese*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1995, p. 1385.
- LODI P.L. (a cura di), *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (Rassegna di Giurisprudenza)*, in «Cons. St.», 2004, p. 1863.
- LUCIANI F., *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2003.
- LUISO F.P., *Il principio del contraddittorio e l'istruttoria nel processo amministrativo e tributario*, in «Dir. proc. amm.», 2000, p. 328.
- LUISO F.P., *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 2004, p. 1201.
- MALINCONICO C., *Le funzioni amministrative delle autorità indipendenti*, in S. Cassese, C. Franchini, *I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 50.
- MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, Torino, Giappichelli, III, 2000.
- MANNORI L., SORDI B., *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2001.
- MARCHI G., *Il ruolo delle Camere di commercio dopo le riforme degli anni Novanta*, in C.E. GALLO, A. POGGI (a cura di), *Le autonomie funzionali*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 73.
- MARI A., *Amministrazioni destinatarie delle norme sulla dirigenza*, in F. CARINCI, M. D'ANTONA, *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, Commentario*, Milano, Giuffrè, I, 2000, p. 634.
- MARZUOLI C., ORSI BATTAGLINI A., *Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'amministrazione?*, in «Dir. pubbl.», 1997, p. 895.
- MASSA T., *"Adr": dentro o fuori dal processo?*, in «Questione giustizia», 1994, p. 513.
- MASSERA A., *Autonomia e indipendenza nell'amministrazione dello Stato*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, Milano, Giuffrè, 1988, p. 453.
- MASTRAGOSTINO F., *La riforma del procedimento amministrativo e i contratti della P.A.*, Relazione tenuta al Congresso Giuridico per l'Aggiornamen-

- to forense del Consiglio Nazionale Forense, Roma, 28-30 giugno 2006, in www.lexitalia.it.
- MASUCCI A., *Primi appunti per una discussione sulla "giustizia nell'amministrazione" in Italia*, in Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per la Funzione Pubblica (a cura di), *La riforma della pubblica amministrazione*, V (*La giustizia nell'amministrazione*), Roma, 1994, p. 53.
- MAZZAROLLI L. (a cura di), *Prospettive del processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1990.
- MAZZAROLLI L., *I ricorsi amministrativi*, in Av.Vv. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, Monduzzi, II, 2001, p. 2123.
- McTHENIA A.W., SHAFFER T.L., *For reconciliation*, in «The Yale Law Journal», 1985, p. 1665.
- MEALE A., *Ricorsi amministrativi e ordinamento regionale*, Padova, Cedam, 2005.
- MENKEL-MEADOW C., *Lawyer Negotiations: Theories and Realities. What We Learn From Mediation*, in «The Modern Law Review», 1993, p. 361.
- MENY Y. (a cura di), *I Consigli di Stato in Francia e in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1994.
- MERLONI F., Art. 3, in A. CORPACI, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Commentario al D.lgs. 29/1993*, in «Le nuove leggi civili commentate», 1999, p. 1085.
- MERRY S.E., *Popular Justice and the Ideology of Social Transformation*, in «Social & Legal Studies», 1992, p. 161.
- MERUSI F., *L'affidamento del cittadino*, Milano, Giuffrè, 1970, ora in *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2001.
- MERUSI F., *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2000.
- MERUSI F., *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in «Dir. amm.», 2002, p. 181.
- MERUSI F., PASSARO M., *Le autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2003.
- MERUSI F., *Variazioni su tecnica e processo*, in «Dir. proc. amm.», 2004, p. 973.
- MERUSI F., SANVITI G., *L'«ingiustizia» amministrativa in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1986.
- MIELE G., *Passato e presente della giustizia amministrativa in Italia*, in «Riv. dir. proc.», 1966, p. 26.
- MIGLIORINI L., *Ricorsi amministrativi*, voce in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 684.
- MINERVINI E., *Le Camere di Commercio e la conciliazione delle controversie*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 2001, p. 939.
- MOCCIA L., *Modelli di tutela dei privati verso le pubbliche amministrazioni nella comparazione "civil law-common law": l'esperienza inglese*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1999, p. 1020.

- MONTEDORO G., *Dall'arbitrato amministrato all'arbitrato di diritto amministrativo?*, in *Urbanistica e appalti*, 2004, p. 55.
- MONTEDORO G., GENTILI C., *Il futuro dell'arbitrato in materia di lavori pubblici fra interventi della giurisprudenza e lacune della normazione*, in «Dir. proc. amm.», 2005, p. 537.
- MONTEFERRANTE L., *La nuova disciplina degli accordi procedurali: profili di tutela giurisdizionale*, in «Giust. amm.», 2005, p. 659.
- MORANA D., *Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura*, voce in *Enc. Dir., aggiorn.*, VI, Milano, Giuffrè, 2002, p. 211.
- MORBIDELLI G., *Sugli "strumenti di amministrazione giustiziale"*, in Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per la Funzione Pubblica (a cura di), *La riforma della pubblica amministrazione*, V (*La giustizia nell'amministrazione*), Roma, 1994, p. 46.
- MORBIDELLI G., *Contro il blocco della giustizia amministrativa*, in «Il Mulino», 2001, p. 676.
- MOSCARINI L.V., CORBO N., *Transazione*, I) *Diritto Civile*, voce in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1994.
- MURRAY J.S., SHERMAN E.F., *Processes of Dispute Resolution. The role of lawyers*, New York, The Foundation Press Inc., 1996.
- NADER L., *Disputing Without the Force of Law*, in «The Yale Law Journal», 1979, p. 998.
- NAPOLITANO G., *Gli "indennizzi automatici" agli utenti di servizi pubblici*, in «G.d.a.», 1996, p. 17.
- NAPOLITANO G., *I rapporti tra organismi di telecomunicazione e utenti*, in F. BONELLI, S. CASSESE (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 275.
- NAPOLITANO G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003.
- NAPOLITANO G., *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in «G.d.a.», 2005, p. 481.
- NAPOLITANO G., *Il disegno istituzionale: il ruolo delle autorità indipendenti di regolazione*, in C. DE VINCENTI, A. VIGNERI (a cura di), *Le virtù della concorrenza*, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 53.
- NIGRO M., *Le decisioni amministrative*, Napoli, Jovene, 1953.
- NIGRO M., *Decisione amministrativa*, voce in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1962, p. 813.
- NIGRO M., *Amministrazione pubblica (organizzazione giuridica dell')*, voce in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988.
- NIGRO M., *Amministrazione pubblica (organizzazione giuridica dell')*, voce in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988.
- NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 1994.
- NORI G., *Giurisdizione pubblica e "giurisdizioni private"*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 2000, p. 415.

- ORLANDO V.E., *La giustizia amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo*, III, Milano, Società Editrice Libreria, 1901, p. 659.
- ORSI BATTAGLINI A., *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Milano, Giuffrè, 2005.
- OTTAVIANO V., *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 1958, p. 861.
- PAJNO A., *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in «Dir. proc. amm.», 1994, p. 458.
- PAJNO A., *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 112.
- PAJNO A., *Modelli amministrativi e modelli di tutela*, in S. CASSESE (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 119.
- PAJNO A., *Amministrazione giustiziale*, voce in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2000.
- PAJNO A., *Il giudice delle autorità amministrative indipendenti*, in «Dir. proc. amm.», 2004, p. 617.
- PAJNO A., *Arbitrato nelle controversie amministrative*, voce in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2006 (i.c.d.p.).
- PALAZZO A., *Transazione*, voce in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., Torino, UTET, 1999, p. 386.
- PALEOLOGO G., *La riforma dei ricorsi amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1975.
- PALMER M., ROBERTS S., *Dispute Processes. Adr and the Primary Forms of Decision Making*, London, Butterworths, 1998.
- PATRONI GRIFFI F., *Tipi di autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 25.
- PATRONI GRIFFI F., *L'effettività della giustizia amministrativa in Italia*, in G. PALEOLOGO (a cura di), *I Consigli di Stato di Francia e Italia*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 286.
- PESCE G., *Tutela giurisdizionale*, in M. CLARICH, G.F. CARTEI (a cura di), *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 439.
- PINTO V., *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro privato e pubblico*, in F. CARINCI, M. D'ANTONA, *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, Commentario*, Milano, Giuffrè, I, 2000, p. 1897.
- PIZZOFERRATO A., *Giustizia privata del lavoro (Conciliazione e arbitrato)*, Padova, Cedam, 2003.
- POLICE A., *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere decisionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.
- PROTTO M., *Giurisdizione nazionale ed effettività della tutela delle situazioni di matrice comunitaria*, nota a Corte giust. CE, 16 ottobre 1997, C-69/96 e 79/96, in «Urbanistica e appalti», 1998, p. 459.

- PUBUSA A., *Il dibattito dottrinale prima delle leggi del 1889-90*, in Archivio ISAP, *Le riforme crispine, Giustizia amministrativa*, II, Milano, Giuffrè, 1990, p. 226.
- PUNZI C., *Arbitrato (rituale e irrituale)*, voce in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1995.
- PROTO PISANI A., *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, in «Foro it.», 2001, V, p. 21.
- RAGNISCO L., ROSSANO M., *I ricorsi amministrativi*, Roma, Società Editrice del «Foro it.», 1954, p. 316.
- RECCHIA G., *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, in G. SANTANIELLO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, vol. XXV, 1996.
- REES W.M., HOWELL-RICHARDSON P., *Update on the Impact of the Civil Procedure Rules on ADR in Practice*, in «Journal of ADR, Mediation & Negotiation», 2002, p. 8.
- RESNICK J., *Many Doors? Closing Doors? Alternative Dispute Resolution and Adjudication*, in «Ohio State Journal on Dispute Resolution», 1995, p. 230.
- RESTA E., *Giudicare, conciliare, mediare*, in «Politica del diritto», 1999, p. 543.
- RICCI E.F., *Note sull'arbitrato amministrato*, in «Riv. dir. proc.», 2002, p. 1.
- RIGHETTINI M.S., *Il giudice amministratore*, Bologna, Il Mulino, 1998.
- ROBERTS S., *Alternative Dispute Resolution and Civil Justice: An Unresolved Relationship*, in «The Modern Law Review», 1993, p. 452.
- RODOTÁ S., *Magistratura e politica in Italia*, in E. BRUTI LIBERATI, A. CERETTI, A. GIASANTI (a cura di), *Governo dei giudici*, Milano, Feltrinelli, 1996, p. 28.
- ROMANO A., *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in «Dir. proc. amm.», 1994, p. 705.
- ROMANO A. (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 2001, p. 145.
- ROMANO A., *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000. (Epitaffio per un sistema)*, in «Dir. proc. amm.», 2001, p. 602.
- ROMANO S., *Le funzioni e i caratteri del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato, Studi in occasione del centenario*, Roma, 1932, I, p. 26.
- ROMUALDI G., *La conciliazione amministrata: esperienze e tendenze in Italia*, in «Riv. arb.», 2005, p. 401.
- ROSSI A., *Conciliazione, I) Diritto processuale civile*, voce in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988.
- ROSSI G., *Introduzione al diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2000.
- ROVERSI MONACO F.A., *Profili giuridici del decentramento nell'organizzazione amministrativa*, Padova, Cedam, 1970.

- SACCUCCI A., *In tema di durata ragionevole dei processi (a margine di una delibera del Consiglio Superiore della Magistratura)*, in «Riv. dir. proc.», 2000, p. 212.
- SANDER F.E.A., *Alternative Methods of Dispute Resolution: an overview*, in «University of Florida Law Review», 1985, p. 1.
- SANDULLI A.M., *Ricorso amministrativo*, voce pubblicata in *Noviss. Dig. Ital.*, Torino, UTET, 1968, p. 975.
- SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1989.
- SANDULLI A.M., *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, ora ripubblicato in *Scritti giuridici*, II, Napoli, Jovene, 1990, p. 261.
- SANDULLI A.M., *La giustizia nell'amministrazione*, ora pubblicato in *Scritti giuridici*, IV, Napoli, Jovene, 1990, p. 503.
- SANDULLI A., *Ricorso straordinario e interpretazione della normativa comunitaria*, nota a Cons. St., sez. I, parere 6 dicembre 1995, n. 3319, in «G.d.a.», 1997, p. 76.
- SANTAGADA F., *Conciliazione giudiziale ed extragiudiziale*, voce in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., aggiorn., Torino, UTET, 2000, p. 180.
- SCARSELLI G., *Limiti al diritto di azione e interventi della Corte costituzionale nel processo civile*, nota a Corte cost., 1 luglio 1986, n. 170, in «Foro it.», 1987, I, p. 692.
- SCHIAVONI G., *Il progetto della Camera di Milano per una giustizia civile*, in «Impresa e Stato», 40, 1997, p. 20.
- SCARSELLI G., *La tutela dei diritti dinanzi alle autorità garanti. Giurisdizione e amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2000.
- SCARSELLI G., *La responsabilità del giudice nei limiti del principio di indipendenza della magistratura*, nota a Cass., sez. I civ., 20 settembre 2001, n. 11880 e 11859, in «Foro it.», 2001, I, p. 3556.
- SCHMITT GLAESER W., *Pretese, speranze e realizzazioni. Il procedimento amministrativo e la sua legge. Un'osservazione introduttiva*, in «Problemi di amministrazione pubblica», Quad. n. 2, *La codificazione del procedimento amministrativo nella Repubblica Federale di Germania*, 1979, p. 428.
- SCIULLO G., *Modelli di disciplina della dirigenza in Italia e profili della fiduciarietà della nomina*, in «Le Istituzioni del Federalismo», 1998, p. 783.
- SCOCA F.G., *Attività amministrativa*, voce in *Enc. Dir.*, aggiorn., Milano, Giuffrè, 2002, p. 93.
- SCOCA F.G., *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in «Dir. proc. amm.», 2002, p. 239.
- SCOCA F.G., *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in «Dir. amm.», 1995, p. 38.
- SHAPIRO M., *Access to the Legal System and the Modern Welfare State: American Continuities*, in M. CAPPELLETTI (a cura di), *Access to Justice and the Modern Welfare State*, Firenze, European University Institute, 1981, p. 285.

- SILVESTRI E., *Le alternative al processo civile nell'esperienza statunitense*, in «Foro it.», 1987, V, 314.
- SILVESTRI E., *Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1999, p. 333.
- SIMONATI A., *Nuovi poteri del giudice amministrativo e rimedi alternativi al processo. L'esperienza francese*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2004.
- SORACE D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, Il Mulino, 2005.
- SORACE D., *La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in «Mercato, concorrenza, regole», 2003, p. 337.
- SPAGNA MUSSO E., *Giudice*, voce in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 938.
- STICCHI DAMIANI S., *Sistemi alternativi alla giurisdizione (Adr) nel Diritto dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2004.
- TALICE C., *Analisi dell'attività della giustizia amministrativa nel 2000*, in «Cons. St.», 2001, II, p. 1338.
- TALICE C., *Analisi dell'attività della giustizia amministrativa nel 2003*, in «Cons. St.», 2004, II, p. 1845.
- TALICE C., *Analisi dell'attività della giustizia amministrativa nel 2005*, i.c.d.p.
- TARUFFO M., *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 2001, p. 11.
- TARUFFO M., *Forme e funzioni della conciliazione*, in «Impresa e Stato», 60, 2002, p. 65.
- TENORE V., *Liti temerarie dell'amministrazione finanziaria, danno erariale e responsabilità dei funzionari dell'amministrazione*, in «Rassegna Tributaria», 1998, p. 1048.
- TENORE V. (a cura di), *Le nuove controversie sul pubblico impiego privatizzato e gli uffici del contenzioso*, Milano, Giuffrè, 2001.
- TONOLETTI B., *Mero accertamento e processo amministrativo: analisi di casi concreti*, in «Dir. proc. amm.», 2002, p. 593.
- TORCHIA L., *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 55.
- TORCHIA L., *La responsabilità dirigenziale*, Padova, Cedam, 2000.
- TORCHIA L., *La scienza del diritto amministrativo*, in «Riv. trim., dir. pubbl.», 2001, p. 1105.
- TOTH F., *Il costo del consenso*, Roma, Carocci, 2006.
- TOTH I., *Metodi alternativi di risoluzione delle controversie nell'esperienza nord-americana*, in «Quaderni dell'Avvocatura», 2, 1995, p. 107.
- TRAVI A., *L'esecuzione della sentenza*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo (diritto amministrativo speciale)*, V, Milano, Giuffrè, 2003, p. 4605.

- TRAVI A., *Decisione amministrativa*, voce in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, UTET, 1989, p. 524.
- TRAVI A., *Ricorsi amministrativi e autonomia regionale*, in «le Regioni», 1993, p. 213.
- TRAVI A., *Alternatività fra ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale ed evoluzione del processo amministrativo*, nota a Cons. St., sez. VI, 18 luglio 1994, n. 1226, in «Dir. proc. amm.», 1996, p. 131.
- TRAVI A., *Provvedimento amministrativo definitivo*, voce in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1997, p. 223.
- TRAVI A., *Ricorso gerarchico*, voce in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, UTET, 1997, p. 403.
- TRAVI A., *Ricorso straordinario al Capo dello Stato*, voce in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, UTET, 1997, p. 430.
- TRAVI A., *Ricorsi amministrativi*, voce in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, UTET, 1997, p. 382.
- TRAVI A., *Per l'unità della giurisdizione*, in «Dir. pubbl.», 1998, p. 371.
- TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2005.
- TRIMARCHI BANFI F., *Modalità giustiziali e funzione giustiziale nei ricorsi amministrativi*, nota a Cons. Stato, ad. pl., 7 settembre 1984, n. 18, in «le Regioni», 1985, p. 898.
- TRIMARCHI BANFI F., *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in «Dir. amm.», 2004, p. 661.
- TRIMARCHI BANFI F., *L'art. 1 comma 1 bis della l. n. 241 del 1990*, in «Foro amm.-C.d.S.», 2005, p. 947.
- UZQUEDA A., FREDIANI P., *La conciliazione. Guida per la soluzione negoziale delle controversie*, Milano, Giuffrè, 2002.
- VACCARELLA M., *Arbitrato e giurisdizione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2004.
- VILLATA R., *Giurisdizione esclusiva e amministrazioni indipendenti*, in «Dir. proc. amm.», 2002, p. 792.
- VIPIANA P.M., *L'autolimita della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1990.
- VIRGA P., *Diritto amministrativo. Atti e ricorsi*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 185.
- VOZA R., *Collegio di conciliazione*, in F. CARINCI, M. D'ANTONA, *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, Commentario*, Milano, Giuffrè, I, 2000, p. 1962.
- WOOLF LORD H., *Droit Public-English Style*, in «Public Law», 1995, p. 57.
- WOOLF LORD H., *Access to Justice: The Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice*, London, HMSO, 1996.
- ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992.
- ZANETTI L., *Gli accordi amministrativi previsti dalla legge n. 241 alla prova dei fatti: l'affermarsi della negozialità del potere pubblico*, in G. ARENA,

-
- C. MARZUOLI, E. ROZO ACUÑA (a cura di), *La legge n. 241/1990: fu vera gloria? Una riflessione critica a dieci anni dall'entrata in vigore*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2001, p. 355.
- ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo. La giustizia amministrativa*, II, Milano, Giuffrè, 1958.
- ZITO A., *La compromettibilità per arbitri con la pubblica amministrazione dopo la legge n. 205 del 2000: problemi e prospettive*, in «Dir. amm.», 2001, p. 343.

INDICE DEGLI AUTORI

- ABEL R.L., 6, 11, 17, 35
ACQUARONE L., 26, 119
AICARDI N., 197
ALLEGRETTI U., 74, 88, 118
ALPA G., 22, 26, 174, 179, 218
AMATO G., 102, 239, 240
AMMANNATI L., 61
ARCIDIACONO L., 78, 127
ARENA G., XIX
BACHELET V., 58, 62, 64, 75, 77, 145, 152
BADÓ F., 186
BALBONI E., 6, 65
BARTOLE S., 102
BENVENUTI F., XIX, 53, 54, 55, 65, 67, 69, 71, 85, 105
BERNINI E., 223, 225
BERNINI G., 181
BERTI G., 72, 79, 86, 88
BIANCA C.M., 209
BOCCHINI F., 64, 108
BORGHESI D., 190, 226
BOULLE L., 168
BRAMLEY M., 33
BRIGUGLIO A.R., 167, 174
BRUTI LIBERATI E., 118
CADEDU S., 43
CAIA G., 46, 119
CAIANIELLO V., 66
CAIGER A., 26
CALAMANDREI P., 38
CAMMELLI M., 12, 13, 22, 142
CANNADA BARTOLI E., 56, 61, 68, 76
CAPONI R., 225
CAPPELLETTI M., 8, 9, 12, 19, 20, 21, 37, 38, 40, 41
CAPUTI JAMBRENGHI V., 83, 101, 144
CARDARELLI F., 247
CARDI E., 217
CAROLEO F., 186
CASSARINO S., 78
CASSESE S., 26, 65, 147, 260, 261
CERULLI IRELLI V., 118, 119, 130, 135, 240
CHEVALLARD G., 153
CHIARLONI S., 13, 18, 168, 178
CHITI E., 36, 159
CHITI M.P., 21, 25, 26, 46, 84, 99, 115, 168, 235, 240

- CINTIOLI F., 84, 263
CIRILLO G.P., 247
CLARICH M., 86, 92, 100, 157, 237, 244, 246, 261, 264, 265, 267
COCCHI L., 52
COHEN M., 32
COMOGLIO L.P., 38, 105, 106, 113, 115
CORBO N., 24
CORPACI A., 92, 97
CORRADINO M., 96
COTTA S., 12
COTUGNO E.M., 251, 254
CUNEGATTI B., 247
D'ALBERTI M., 50
DAMAŠKA M.R., 11
D'ANGELO G., 265
DANOVI R., 36
DELLA CANANEA G., 179, 180, 252, 253, 254, 267
DE PALO G., 9, 33, 168
DE ROBERTO A., 79, 127, 151
DE SOUSA SANTOS B., 10
DENTI V., 265
DEPIERO R., 158
D'ORTA C., 137, 138, 139, 140
DUGATO M., 120, 122
DWORKIN R., 12
EDWARDS H.T., 11, 33, 168
ELSTER J., 184
ENDRICI G., 138
ESPOSITO C., 113
FASSÒ G., 13
FERRARI C., 24, 197
FERRARI G., 127
FIGORILLI F., 108
FISS O.M., 15, 21, 168
FITZPATRICK P., 11
FLOOD J., 26
FOLLIERI E., 61, 95, 106, 154
FRANCHINI C., 102, 104
FRANZONI M., 25
FREDIANI P., 28, 168
FRIEDMAN L.M., 37, 38, 41
FULLER L.L., 168
FUSARO A., 19, 33
GAFFURI F., 160
GAGGERO P., 218
GALGANO F., 13
GALLO C.E., 87, 152, 158, 164
GAMBINO S., 12
GARTH B., 7, 37
GENN H., 6, 20, 168, 169, 172
GENTILI C., 229
GHIRGA M.F., 18
GIACCHETTI S., 17
GIANNINI M.S., 41, 50, 56, 66, 67, 68, 76, 113, 118, 135, 136, 203, 204
GIARDA F., 255
GIOVANNINI M., 14, 85, 93, 112, 160, 164, 187, 229
GIOVANNUCCI ORLANDI C., 168
GOGGIAMANI F., 204, 205
GOISIS F., 197, 199
GOLA M., 159
GOLDBERG S.B., 9, 33, 168
GOUGE A., 33
GOULD N., 32
GRECO G., 120, 195, 197, 198
GUARNIERI C., 13
GUICCIARDI E., 55, 92, 195, 196, 197

- GUIDI G., 9, 33, 168
GULLIVER P.H., 23, 168
HABERMAS J., 184
HARLOW C., 50
HUERGO LORA A., 112
HOWELL-RICHARDSON P., 33
IAI I., 17
LANCIELLOTTI F., 167
LEDDA F., 108, 118
LEGGATT A., 19
LIBERTINI M., 245
LINDBLOM P.H., 46
LODI P.L., 153
LUCIANI F., 109
LUISO F.P., 106, 168
MALINCONICO C., 264
MANDRIOLI C., 26
MANNORI L., 58
MARCHI G., 179
MARI A., 136
MARZUOLI C., 86
MASSA T., 46
MASSERA A., 90
MASTRAGOSTINO F., 120
MASUCCI A., 112
MAZZAROLLI L., 127, 134, 145, 151
MC THENIA A.W., 21
MEALE A., 97, 147, 159
MENY Y., 14
MENKEL-MEADOW C., 31
MEOLI C., 137, 139, 140
MERLONI F., 138
MERRY S.E., 5
MERUSI F., 81, 98, 237, 240, 241, 258, 259, 261, 262, 263
MIELE G., 77
MIGLIORINI L., 127
MIGNONE C., 26, 119
MINERVINI E., 182, 183
MOCCIA L., 50
MONTEDORO G., 229, 230
MONTEFERRANTE L., 122
MORANA D., 179
MORBIDELLI G., 81, 145
MOSCARINI L.V., 24
MURRAY J.S., 168
NADER L., 15,
NAPOLITANO G., 93, 118, 122, 180, 211, 238
NESIC M., 168
NIGRO M., 14, 53, 68, 69, 71, 99, 158
NORI G., 46
ORLANDO V.E., 55
ORSI BATTAGLINI A., 86, 90, 92
OTTAVIANO V., 66, 67, 71
PAJNO A., 52, 75, 77, 82, 90, 99, 103, 107, 124, 142, 145, 219, 230, 237, 244, 259, 260, 261
PALAZZO A., 24
PALEOLOGO G., 78, 127, 151
PALMER M., 9, 17, 25, 168
PASSARO M., 261, 241,
PATRONI GRIFFI F., 17, 259
PEDERZOLI P., 13
PESCE G., 252, 253
PINTO V., 177, 178
PIRAS A., 56
PIZZOFERRATO A., 25, 97, 177
POLICE A., 68, 210
PROTO PISANI A., 86
PROTTO M., 35, 159
PUBUSA A., 57

- PUNZI C., 26
RAGNISCO L., 152
RAWLINGS R., 50
RECCHIA G., 112
REES W.M., 33
RESNICK J., 33, 168
RESTA E., 20, 172, 173
RICCI E.F., 224, 225
RIGHETTINI M.S., 14
ROBERTS S., 9, 17, 25, 168
RODOTÀ S., 12
ROGERS N.H., 9, 33, 168
ROMANO A., 87, 127, 133, 134, 135
ROMANO S., 164
ROMUALDI G., 174
ROSSANO M., 152
ROSSI A., 168,
ROSSI G., 204
ROVERSI-MONACO F.A., 141
SACCUCCI A., 17,
SANDER F.E.A., 3, 9, 33, 112, 168
SANDULLI A., 159
SANDULLI A.M., 63, 76, 77, 103, 127, 134, 145, 151, 155
SANVITI G., 81
SANTAGADA F., 27, 168, 179,
SCARSELLI G., 63, 85, 113
SCHIAVONI G., 184
SCHMITT GLAESER W., 210
SCIULLO G., 137
SCOCA F.G., 161, 210
SHAFFER T.L., 21
SHAPIRO M., 19, 37
SHERMAN E.F., 168
SILVESTRI E., 20, 33, 168
SIMONATI A., 192
SORACE D., 136, 241
SORDI B., 58
SPAGNA MUSSO E., 102
STICCHI DAMIANI S., 44
TALICE C., 81, 82, 166
TARUFFO M., 12, 170, 178, 184
TENORE V., 177, 212
TONINI P.M., 79, 127, 151
TONOLETTI B., 84
TORCHIA L., 138, 201, 237
TOTH F., 202
TOTH I., 29, 168, 175
TRAVI A., 57, 60, 70, 72, 73, 79, 83, 84, 86, 92, 99, 116, 127, 128, 131, 133, 145, 146, 155, 159, 162, 247
TRIMARCHI BANFI F., 79, 118, 120
UZQUEDA A., 28, 168
VACCARELLA M., 217
VILLATA R., 260
VIPIANA P.M., 204
VIRGA P., 127, 130
VOZA R., 176
WOOLF LORD H., 41, 50
ZAGREBELSKY G., 12
ZANETTI L., 123
ZANFRAMUNDO E., 251, 254
ZANOBINI G., 67
ZITO A., 217

SOMMARIO

Introduzione	XI
------------------------	----

PARTE PRIMA

RISOLUZIONE ALTERNATIVA DELLE CONTROVERSIE E FUNZIONE GIUSTIZIALE

CAPITOLO I

LA RISOLUZIONE ALTERNATIVA DELLE CONTROVERSIE

1. La <i>Informal Justice</i> tra informalità e alternatività	3
2. I vantaggi della risoluzione informale nel dibattito all'interno degli ordinamenti di <i>common law</i>	6
3. Il movimento di critica	10
4. Problemi veri e falsi dell'informalità	16
5. Le principali forme di <i>Adr</i> nella loro configurazione di base	23
6. I molteplici significati dell'alternatività e il progressivo "ritorno" della giurisdizione negli ordinamenti di <i>common law</i> : un modello da seguire? . . .	28
7. La risoluzione alternativa delle controversie secondo la prospettiva comunitaria	35
7.1 L'accesso alla giustizia nella sua duplice dimensione	37
7.2 Risoluzione alternativa e principi comunitari	41

CAPITOLO II

LA FUNZIONE GIUSTIZIALE DELL'AMMINISTRAZIONE

1. La tutela amministrativa nel quadro della risoluzione alternativa delle controversie	49
2. L'incerto cammino della tutela amministrativa: l'orientamento tradizionale e le esigenze di "governo" del sistema	53
3. L'emancipazione della tutela amministrativa dall'amministrazione attiva. Verso una "consapevolezza giustiziale"	62

4. Funzione giustiziale e decisione amministrativa	68
5. La valorizzazione mancata della funzione giustiziale tra crisi dell'amministrazione e crisi della giurisdizione	75
6. La tutela di merito e i recenti sviluppi della giurisdizione amministrativa	82
7. La funzione giustiziale nella Costituzione	87
7.1 Funzione giustiziale e riforma del Titolo V	91
7.2 Indipendenza e imparzialità	98
7.3 Il contraddittorio.	104
8. Tutela giustiziale e tutela giurisdizionale: la necessaria pregiudizialità	109
9. Le diverse forme di manifestazione della funzione giustiziale	116

PARTE SECONDA

GLI STRUMENTI DELL'AMMINISTRAZIONE GIUSTIZIALE: DIRITTO POSITIVO E PROSPETTIVE POSSIBILI

Sezione I

La risoluzione della controversia con atto amministrativo

CAPITOLO I

IL RICORSO AMMINISTRATIVO ORDINARIO

1. Il ricorso gerarchico proprio. Cenni generali	127
2. L'influenza della relazione gerarchica sul regime giuridico del rimedio	130
3. Il superamento della gerarchia?.	135
4. L'impossibilità di collocare il ricorso gerarchico proprio nell'ambito degli strumenti giustiziali	142
5. Il ricorso gerarchico improprio: uno sguardo in prospettiva	144

CAPITOLO II

IL RICORSO STRAORDINARIO AL CAPO DELLO STATO

1. Il ricorso straordinario in generale	151
2. Il principio di alternatività e la sua influenza sul regime giuridico del ricorso. Il lento cammino verso la giurisdizione	153
3. La collocazione del ricorso straordinario: dentro o fuori dalla giurisdizione?	162

Sezione II
La risoluzione delle controversie con atto negoziale

CAPITOLO I
LA CONCILIAZIONE STRAGIUDIZIALE

1. La conciliazione come fenomeno eterogeneo.	167
2. La conciliazione stragiudiziale amministrata nell'attuale ordinamento	173
2.1 Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro pubblico	175
2.2 La conciliazione presso le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura	179
2.3 Le Camere di conciliazione presso i tribunali	185
3. La conciliazione stragiudiziale nell'attività di progettazione normativa: uno sguardo in prospettiva	187
4. La conciliazione stragiudiziale quale rimedio generale nelle controversie con l'amministrazione	191
4.1 La disponibilità del diritto.	194
4.2 Il consenso dell'amministrazione nell'ottica dell'autolimitazione.	199
4.3 Il dipendente pubblico che partecipa al procedimento di conciliazione	208
4.4 La responsabilità del dipendente pubblico	211

CAPITOLO II
L'ARBITRATO AMMINISTRATO

1. La difficile collocazione dell'arbitrato e i diversi modelli arbitrali	217
2. L'arbitrato amministrato in generale	222
2.1 L'arbitrato in materia di lavori pubblici.	227

Sezione III
Il paradigma dell'amministrazione giustiziale

CAPITOLO I
FUNZIONE GIUSTIZIALE E AUTORITÀ INDIPENDENTI

1. Un destino incompiuto?	235
2. La risoluzione delle controversie presso le autorità indipendenti nel diritto positivo	241

2.1 La Consob.	241
2.2 L'Autorità garante della concorrenza e del mercato.	243
2.3 L'Autorità garante per la protezione dei dati personali	246
2.4 L'Autorità per l'energia elettrica e il gas	248
2.5 L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. La risoluzione delle controversie tra operatori e utenti secondo la delibera 173/07/Cons.	250
3. Il problema del sindacato giurisdizionale sulle decisioni delle autorità	258
4. Gli effetti prodotti dalla fase giustiziale presso l'autorità sulla eventuale "vicenda" giurisdizionale	266
 Bibliografia	 271
 Indice degli autori	 291

PUBBLICAZIONI DEL SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

1. COLI U., *Collegia et sodalitates*, 1913.
2. DONATELLI I., *La "consortia" di Avesa*, 1914.
3. VALENZA P., *Il diritto di usufrutto nelle leggi sulle tasse del registro*, 1915.
4. ZINGALI G., *La statistica della criminalità*, 1916.
5. TUMEDEI C., *La separazione dei beni ereditari*, 1917.
6. ALBERTONI A., *L'"Apokeryxis"*, 1923.
7. SALVI F., *La cessione dei beni ai creditori*, 1947.
8. MILANI F., *Distinzioni delle servitù prediali*, 1948.
9. FASSÒ G., *I "quattro autori" del Vico*, 1949.
10. FERRI L., *La trascrizione degli acquisti "mortis causa" e problemi connessi*, 1951.
11. ROSSI G., *La "Summa arboris actionum" di Ponzio da Ylerda*, 1951.
12. POGGESCHI R., *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, 1951.
13. MATTEUCCI N., *Antonio Gramsci e la filosofia della prassi*, 1951.
14. FORCHIELLI P., *I contratti reali*, 1952.
15. SALVI F., *Il possesso di stato familiare*, 1952.
16. FASSÒ G., *La storia come esperienza giuridica*, 1953.
17. PALAZZINI FINETTI L., *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus iuris giustiniano*, 1953.
18. ROSSI G., *Consilium sapientis iudiciale*, 1958.
19. MANCINI G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, 1957.
20. FERRI L., *L'autonomia privata*, 1959.
21. TORELLI P., *Scritti di storia del diritto italiano*, 1959.
22. SANTINI G., *I Comuni di Valle del medioevo. La Costituzione federale del "Frignano"*, 1960.
23. GIANNITI F., *I reati della stessa indole*, 1959.
24. GHEZZI G., *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, 1960.
25. NARDI E., *Casae "infestate da spiriti" e diritto romano e moderno*, 1960.
26. FERRI L., *Rinuncia e rifiuto nel diritto privato*, 1960.
27. GHEZZI G., *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, 1963.
28. BONSIGNORI A., *Espropriazione della quota di società a responsabilità limitata*, 1961.
29. REDENTI E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. I, *Intorno al diritto processuale*, 1962.
30. REDENTI E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. II, *Intorno al diritto sostanziale*, 1962.
31. GUALANDI A., *Spese e danni nel processo civile*, 1962.
32. BONSIGNORI A., *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, 1960.
33. MANCINI G.F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, vol. I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, 1962.
34. NARDI E., *Rabelais e il diritto romano*, 1962.
35. ROMAGNOLI U., *Il contratto collettivo di impresa*, 1963.
36. SANTINI G., *I "comuni di pieve" nel medioevo italiano*, 1964.
37. RUDAN M., *Il contratto di tirocinio*, 1966.
38. BONINI R., *I "libri de cognitionibus" di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della "cognitio extra ordinem"*, 1964.
39. COLLIVA P., *Ricerche sul principio di legalità nell'amministrazione del Regno di Sicilia al tempo di Federico II*, 1964.
40. MENGOTZI P., *L'agenzia di approvvigionamento dell'Euratom*, 1964.
41. *Scritti minori di Antonio Cicu*, tomi I e II, *Scritti di teoria generale del diritto - Diritto di famiglia*, 1965.
42. *Scritti minori di Antonio Cicu*, *Successioni e donazioni. Studi vari*, 1965.
43. SACCHI MORSIANI G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, I, 1965.
44. GHEZZI G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, 1965.
45. ROVERSI MONACO F.A., *Enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*, 1967.
46. GIANNITI F., *L'oggetto materiale del reato*, 1966.
47. MENGOTZI P., *L'efficacia in Italia di atti stranieri di potestà pubblica su beni privati*, 1967.

48. ROMAGNOLI U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, 1967.
49. MONTUSCHI L., *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, 1967.
50. RANIERI S., *Scritti e discorsi vari*, vol. I, *Scritti di diritto penale*, 1968.
51. RANIERI S., *Scritti e discorsi vari*, vol. II, *Scritti di procedura penale*, 1968.
52. BONINI R., *Ricerche di diritto giustiniano*, 1968.
53. SANTINI G., *Ricerche sulle "Exceptiones legum romanorum"*, 1969.
54. LO CASTRO G., *La qualificazione giuridica delle deliberazioni conciliari delle fonti del diritto canonico*, 1970.
55. SACCHI MORSIANI G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, II, 1970.
56. ROVERSI MONACO F.A., *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, 1970.
57. GIANNITI F., *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, 1970.
58. DE VERGOTTINI G., *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, 1971.
59. MENGOSZI P., *Il regime giuridico internazionale del fondo marino*, 1971.
60. CARINCI F., *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, 1971.
61. OSTI G., *Scritti giuridici*, voll. I e II, 1973.
62. ZUELLI F., *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, 1973.
63. PERGOLESI F., *Sistema delle fonti normative*, 1973.
64. MONTUSCHI L., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, 1973.
65. PATTARO E., *Il pensiero giuridico di L.A. Muratori tra metodologia e politica*, 1974.
66. PINI G., *Arbitrato e lavori pubblici*, 1974.
67. CARPI F., *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, 1974.
68. DE VERGOTTINI G., *Lo "Shadow cabinet"*, 1973.
69. PAOLUCCI L.F., *La mutualità nelle cooperative*, 1974.
70. DE GENNARO A., *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, 1974.
71. STORTONI L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, 1978.
72. GIANNITI F., *Prospettive criminologiche e processo penale*, 1977.
73. BONVICINI D., *Le "joint ventures": tecnica giuridica e prassi societaria*, 1977.
74. DE VERGOTTINI G., *Scritti di storia del diritto italiano*, voll. I, II, III, 1977.
75. LAMBERTINI R., *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, 1977.
76. DALLA D., *L'incapacità sessuale in diritto romano*, 1978.
77. DI PIETRO A., *Lineamenti di una teoria giuridica dell'imposta sull'incremento di valore degli immobili*, 1978.
78. MAZZACUVA N., *La tutela penale del segreto industriale*, 1979.
79. ROMANELLI G., *Profilo del noleggino*, 1979.
80. BORGHESI D., *Il contenzioso in materia di eleggibilità*, 1979.
81. DALLA TORRE G., *L'attività assistenziale della Chiesa nell'ordinamento italiano*, 1979.
82. CARPI F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, 1979.
83. ALLEVA P., *Il campo di applicazione dello statuto dei lavoratori*, 1980.
84. PULIATTI S., *Ricerche sulla legislazione "regionale" di Giustiniano*, 1980.
85. FASSÒ G., *Scritti di filosofia del diritto*, voll. I, II, III, 1982.
86. SCUBBI F., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, 1980.
87. LAMBERTINI R., *Plagium*, 1980.
88. DALLA D., *Senatus consultum Silanianum*, 1980.
89. VANDELLI L., *L'ordinamento regionale spagnolo*, 1980.
90. NARDI E., *L'otre dei parricidi e le bestie incluse*, 1980.
91. PELLICANÒ A., *Causa del contratto e circolazione dei beni*, 1981.
92. GIARDINI D., *Politica e amministrazione nello Stato fondato sul decentramento*, 1981.
93. BORTOLOTTI D., *Potere pubblico e ambiente*, 1981.
94. ROFFI R., *Contributo per una teoria delle presunzioni nel diritto amministrativo*, 1982.
95. ALESSI R., *Scritti minori*, 1981.
96. BASSANELLI SOMMARIVA G., *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano*, 1983.
97. ZANOTTI A., *Cultura giuridica del Seicento e jus publicum ecclesiasticum nell'opera del cardinal Giovanni Battista De Luca*, 1983.
98. ILLUMINATI G., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, 1983.
99. TONIATTI R., *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, 1983.
100. NARDI E., *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, 1983.
101. DALLA D., *Praemium emancipationis*, 1983.
102. MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale - L'illecito commissivo doloso e colposo*, 1983.

103. *Studi in onore di Tito Carnacini. I. Studi di diritto costituzionale, civile, del lavoro, commerciale*, 1983.
104. CAIA G., *Stato e autonomie locali nella gestione dell'energia*, 1984.
105. BARATTI G., *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, 1984.
106. BORTOLOTTI D., *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, 1984.
107. PULIATTI S., *Ricerche sulle novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustiniano I a Giustino II*, 1984.
108. LAMBERTINI R., *La problematica della commorienza nell'elaborazione giuridica romana*, 1984.
109. ZUELLI F., *Le collegialità amministrative*, 1985.
110. PEDRAZZOLI M., *Democrazia industriale e subordinazione*, 1985.
111. ZANOTTI M., *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, 1985.
112. RUFFOLO U., *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore*, I, 1985.
113. BIAGI M., *Sindacato democrazia e diritto*, 1986.
114. INSOLERA G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, 1986.
115. MALAGÙ L., *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, 1986.
116. RICCI G.F., *La connessione nel processo esecutivo*, 1986.
117. ZANOTTI A., *Il concordato austriaco del 1855*, 1986.
118. SELMINI R., *Profili di uno studio storico sull'infanticidio*, 1987.
119. DALLA D., *"Ubi venus mutatur"*, 1987.
120. ZUNARELLI S., *La nozione di vettore*, 1987.
121. ZOLI C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, 1988.
122. CAVINA M., *Dottrine giuridiche e strutture sociali padane nella prima età moderna*, 1988.
123. CALIFANO L., *Innovazione e conformità nel sistema regionale spagnolo*, 1988.
124. SARTI N., *Gli statuti della società dei notai di Bologna dell'anno 1336 (contributo allo studio di una corporazione cittadina)*, 1988.
125. SCARPONI S., *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, 1988.
126. BERNARDINI M., *Contenuto della proprietà edilizia*, 1988.
127. LA TORRE M., *La "lotta contro il diritto soggettivo". Karl Larenz - la dottrina giuridica nazionalsocialista*, 1988.
128. GARCIA DE ENTERRIA J., *Le obbligazioni convertibili in azioni*, 1989.
129. BIAGI GUERINI R., *Famiglia e Costituzione*, 1989.
130. CAIA G., *Arbitrati e modelli arbitrali nel diritto amministrativo*, 1989.
131. MAGAGNI M., *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, 1989.
132. PETRONI L., *La disciplina pubblicistica dell'innovazione tecnologica in Francia*, 1990.
133. ZANOTTI A., *Le manipolazioni genetiche e il diritto della Chiesa*, 1990.
134. SARTOR G., *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, 1990.
135. ROSSI L.S., *Il "buon funzionamento del mercato comune". Delimitazione dei poteri fra CEE e Stati membri*, 1990.
136. LUCHETTI G., *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, 1990.
137. SARTI N., *Un giurista tra Azzone e Accursio*, 1990.
138. GUSTAPANE A., *La tutela globale dell'ambiente*, 1991.
139. BOTTARI C., *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, 1991.
140. DONINI M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, 1991.
141. PERULLI A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, 1992.
142. VANDELLI L. (a cura di), *Le forme associative tra enti territoriali*, 1992.
143. GASPARRI P., *Institutiones iuris publici*, 1992.
144. CAPUZZO E., *Dal nesso asburgico alla sovranità italiana*, 1992.
145. BIAVATI P., *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, 1992.
146. FERRARI F., *Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione*, 1992.
147. GUSTAPANE A., SARTOR G., VERARDI C.M., *Valutazione di impatto ambientale. Profili normativi e metodologie informatiche*, 1992.
148. ORLANDI R., *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, 1992.
149. CARPANI G., *Le aziende degli enti locali. Vigilanza e controlli*, 1992.
150. MUSSO A., *Concorrenza ed integrazione nei contratti di subfornitura industriale*, 1993.
151. DONINI M., *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, 1993.
152. CALIFANO PLACCI L., *Le commissioni parlamentari bicamerali nella crisi del bicameralismo italiano*, 1993.

153. FORNASARI G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, 1994.
154. MANZINI P., *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust italiano*, 1994.
155. TIMOTEO M., *Le successioni nel diritto cinese. Evoluzione storica ed assetto attuale*, 1994.
156. SESTA M. (a cura di), *Per i cinquant'anni del codice civile*, 1994.
157. TULLINI P., *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, 1994.
158. RESCIGNO F., *Disfunzioni e prospettive di riforma del bicameralismo italiano: la camera delle regioni*, 1995.
159. LUGARESI N., *Le acque pubbliche. Profili dominicali, di tutela, di gestione*, 1995.
160. SARTI N., *Maximum dirimendarum causarum remedium. Il giuramento di calunnia nella dottrina civilistica dei secoli XI-XIII*, 1995.
161. COLLIVA P., *Scritti minori*, 1996.
162. DUGATO M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, 1996.
163. GARDINI G., *La comunicazione degli atti amministrativi. Uno studio alla luce della legge 7 agosto 1990, n. 241*, 1996.
164. MANZINI P., *I costi ambientali nel diritto internazionale*, 1996.
165. MITTICA M.P., *Il divenire dell'ordine. L'interazione normativa nella società omerica*, 1996.
166. LUCHETTI G., *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, 1996.
167. LA TORRE M., *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, 1996.
168. CAMON A., *Le intercettazioni nel processo penale*, 1996.
169. MANCINI S., *Minoranze autoctone e Stato. Tra composizione dei conflitti e secessione*, 1996.
170. ZANOBBETTI PAGNETTI A., *La non comparizione davanti alla Corte internazionale di giustizia*, 1996.
171. BRICOLA F., *Scritti di diritto penale. Vol. I, Dottrine generali, Teoria del reato e sistema sanzionatorio. Vol. II, Parte speciale e legislazione complementare, Diritto penale dell'economia*, 1997.
172. GRAZIOSI A., *La sentenza di divorzio*, 1997.
173. MANTOVANI M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, 1997.
174. BIAVATI P., *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, 1997.
175. ROSSI G. (1916-1986), *Studi e testi di storia giuridica medievale*, a cura di Giovanni Gualandri e Nicoletta Sarti, 1997.
176. PELLEGRINI S., *La litigiosità in Italia. Un'analisi sociologico-giuridica*, 1997.
177. BONI G., *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la canonizatio legum civilium*, 1998.
178. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Vol. I, Diritto del lavoro*, 1998.
179. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Vol. II, Diritto dell'Unione europea*, 1998.
180. ROSSI A., *Il GEIE nell'ordinamento italiano. Criteri di integrazione della disciplina*, 1998.
181. BONGIOVANNI G., *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, 1998.
182. CAPUTO G., *Scritti minori*, 1998.
183. GARRIDO J.M., *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, 1998.
184. BELLODI ANSALONI A., *Ricerche sulla contumacia nelle cognitiones extra ordinem*, I, 1998.
185. FRANCIOSI E., *Riforme istituzionali e funzioni giurisdizionali nelle Novelle di Giustiniano. Studi su nov. 13 e nov. 80*, 1998.
186. CATTABRIGA C., *La Corte di giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, 1998.
187. MANCINI L., *Immigrazione musulmana e cultura giuridica. Osservazioni empiriche su due comunità di egiziani*, 1998.
188. GUSTAPANE A., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, premessa di Giuseppe De Vergottini, 1999.
189. RICCI G.F., *Le prove atipiche*, 1999.
190. CANESTRARI S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, 1999.
191. FASSÒ G., *La legge della ragione*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.
192. FASSÒ G., *La democrazia in Grecia*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.
193. SCARCIGLIA R., *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, 1999.

194. BRIGUGLIO F., *"Fideiussoribus succurri solet"*, 1999.
195. MALTONI A., *Tutela dei consumatori e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia, profili costituzionali*, prefazione di Augusto Barbera, 1999.
196. FONDAROLI D., *Illecito penale e riparazione del danno*, 1999.
197. ROSSI L.S., *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, 2000.
198. GRAGNOLI E., *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, 2000.
199. BONI G., *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, 2000.
200. LUGARESI N., *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, 2000.
201. LALATTA COSTERBOSA M., *Ragione e tradizione. Il pensiero giuridico ed etico-politico di Wilhelm von Humboldt*, 2000.
202. SEMERARO P., *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, 2000.
203. VERZA A., *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, 2000.
204. LOLLI A., *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, 2000.
205. Busetto M.L., *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, 2000.
206. CAMPANELLA P., *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, 2000.
207. BRICOLA F., *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, 2000.
208. LASSANDARI A., *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, 2001.
209. BIANCO A., *Il finanziamento della politica in Italia*, 2001.
210. RAFFI A., *Sciopero nei servizi pubblici essenziali. Orientamenti della Commissione di garanzia*, 2001.
211. PIERCIGLI V., *Lingue minoritarie e identità culturali*, 2001.
212. CAFARO S., *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*, 2001.
213. MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, 2001.
214. MASUTTI A., *La liberalizzazione dei trasporti in Europa. Il caso del trasporto postale*, 2002.
215. ZANOTTI A., ORLANDO F., *L'itinerario canonistico di Giuseppe Caputo*, 2002.
216. LUPOI M.A., *Conflitti transnazionali di giurisdizioni. Vol. I, Policies, metodi, criteri di collegamento. Vol. II, Parallel proceedings*, 2002.
217. LOLLI A., *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo. Stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, 2002.
218. CURI F., *Tertium datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, 2003.
219. COTTIGNOLA G., *Studi sul pilotaggio marittimo*, 2003.
220. GARDINI G., *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, 2003.
221. CEVENINI C., *Virtual enterprises. Legal issues of the on-line collaboration between undertakings*, 2003.
222. MONDUCCI J., *Diritto della persona e trattamento dei dati particolari*, 2003.
223. VILLECCO BETTELLI A., *L'efficacia delle prove informatiche*, 2004.
224. ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, 2004.
225. BRIGHI R., *Norme e conoscenza: dal testo giuridico al metadato*, 2004.
226. LUCHETTI G., *Nuove ricerche sulle istituzioni di Giustiniano*, 2004.
227. *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, voll. I, II, 2004.
228. PIPERATA G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, 2005.
229. CANESTRARI S., FOFFANI L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'Europa?* Atti del Convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola (Bologna, 28 febbraio-2 marzo 2002), 2005.
230. MEMMO D., MICONI S. (a cura di), *Broadcasting regulation: market entry and licensing. Regolamentazione dell'attività radiotelevisiva: accesso al mercato e sistema di licenze. Global Classroom Seminar*, 2006.
231. QUERZOLA L., *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, 2006.
232. TAROZZI S., *Ricerche in tema di registrazione e certificazione del documento nel periodo postclassico*, 2006.
233. BOTTI F., *L'eutanasia in Svizzera*.
234. FONDAROLI D., *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*
235. ALAGNA R., *Tipicità e riformulazione del reato*
236. GIOVANNINI M., *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*

Finito di stampare nel mese di agosto 2007
presso Aslay Fotocomposizione srl – www.aslay.com